

Tierra en transición

Justicia transicional,
restitución de tierras
y política agraria
en Colombia



Nelson Camilo Sánchez León

TIERRA EN TRANSICIÓN

JUSTICIA TRANSICIONAL, RESTITUCIÓN DE TIERRAS
Y POLÍTICA AGRARIA EN COLOMBIA

Tierra en transición

Justicia transicional,
restitución de tierras
y política agraria
en Colombia

Nelson Camilo Sánchez León

Co^llección
Dejusticia

 **Dejusticia**
derecho · justicia · sociedad

Nelson Camilo Sánchez León

Tierra en transición. Justicia transicional, restitución de tierras y política agraria en Colombia. Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad, Dejusticia, 2017

322 p; 15 x 24 cm (Colección Dejusticia)

ISBN 978-958-5441-17-0 versión digital

978-958-5441-16-3 versión impresa

1. Justicia transicional 2. Reparaciones 3. Restitución de tierras 4. Reforma agraria 5. Política agraria 6. Propiedad 7. Construcción de paz

ISBN 978-958-5441-17-0 versión digital
978-958-5441-16-3 versión impresa

Preparación editorial
Marta Rojas

Revisión de textos
Emma Ariza

Cubierta
Alejandro Ospina

Impresión
Ediciones Antropos Ltda.

Primera edición
Bogotá, D.C., octubre de 2017

Este texto puede ser descargado gratuitamente
en <http://www.dejusticia.org>



Creative Commons Licence 2.5
Atribución – No comercial – Compartir igual

Dejusticia, 2017
Carrera 24 N° 34-61, Bogotá D. C.
Teléfono: 608 3605
www.dejusticia.org

Agradecimientos

Este libro recoge el trabajo de casi una década. Por eso, mis deudas y gratitudes son más extensas que el mismo texto.

Dejusticia ha sido un lugar soñado para adelantar este trabajo de investigación-activismo-reflexión, que terminó convertido en una tesis doctoral en Derecho de la Universidad Nacional de Colombia. No puedo menos que brindar mi agradecimiento inicial al profesor Rodrigo Uprimny Yepes, director de esta tesis; su amistad y generosidad me han abierto puertas a nuevo conocimiento, han promovido mi carrera, me han evitado cometer una cantidad incontable de errores y me han hecho exigirme cuando ha sido necesario. Gracias Uprimny por obligarme a hacer un doctorado.

Sin el incondicional apoyo de César Rodríguez Garavito no hubiera escrito este libro, especialmente cuando el trabajo me abrumaba y temía no encontrar suficiente tiempo para escribir. Todo lo que necesité, César lo hizo posible. Ese apoyo incluyó dos cortas temporadas en exilio de redacción. En la primera de ellas, Ariel Dulitzky y Denise Gilman no solo gestionaron que el Bernard and Audre Rapoport Center for Human Rights and Justice de la Universidad de Texas me recibiera, sino que además me abrieron las puertas de su casa en un frío invierno de Austin. En la segunda, Patrick Heller se aseguró de que el Watson Institute for International and Public Affairs de la Universidad de Brown pusiera a mi disposición sus cómodas instalaciones.

Mis colegas en Dejusticia han sido grandes aliados en la formación de mi pensamiento, incluyendo el que se refleja en estas páginas. En el equipo del Área de Justicia Transicional he encontrado activistas comprometidos y brillantes que han sido

el motor de este tema. Gracias les debo a Aura Bolívar Jaimes, Laura Gabriela Gutiérrez, Sergio Chaparro y Laura Lozano. En el equipo de Dejusticia siempre conté con el consejo y apoyo de Diana Esther Guzmán, Diana Rodríguez, Carlos Baquero, Carolina Villadiego, Sebastián Lalinde, Daniel Marín, Javier Revelo, José Rafael Espinosa, Miguel La Rota, Mauricio Albarracín, Diana Isabel Güiza, Vivian Newman, Lucía Albarracín, Yaneth Vargas y William Morales. Además, Elvia Saenz y Marta Rojas con mucho profesionalismo se encargaron de que este libro se hiciera realidad.

Un grupo de estudiantes de derecho que en estos años han pasado por Dejusticia (hoy en día ya casi todos abogados brillantes) mucho me ayudaron en la identificación y recopilación de información bibliográfica. Mi agradecimiento va para Benjamin Hoffman, David Attanasio, Nicole Summers, Angel Everett, Miriam Chernick, Kelsey Jost-Creegan, Silvia Ruiz Mancera y Alejandro Jiménez Ospina.

En estos años, diversos colegas me han dado múltiples lecciones y puntos de vista que han enriquecido mi visión del asunto. Por ello agradezco a Yamile Salinas, Luis Jorge Garay, Fernando Barberi, Fernando Vargas, Marco Romero, Sabine Michalowski, Myriam Hernández Sabogal, Sergio Roldán, Patricia Buriticá, Catalina Díaz Gómez, Óscar Parra Vera, Iris Marín, Bernardette Atuahene, Rodhi Williams, Rubén Carranza y Lars Waldorf. Especialmente quiero agradecer a Clara Sandoval, Rocío Peña Huer-tas y Camilo Borrero, quienes integraron el panel de jurados de la tesis, me hicieron agudos comentarios para mejorar mis argumentos y me llevaron a modificar buena parte del último capítulo.

En el trabajo práctico y de campo he conocido los difíciles desafíos de investigar sobre este tema. Quiero expresar no solo mi agradecimiento, sino mi reconocimiento y admiración por quienes los enfrentan: el personal de la Unidad Administrativa para la Gestión de la Restitución de Tierras, los jueces, magistrados civiles especializados para la restitución de tierras y sus equipos. Igual reconocimiento merece el exmagistrado Néstor Raúl Correa, un incondicional aliado de la restitución.

Con un enorme amor y paciencia, Karolina Naranjo Velasco leyó los primeros borradores de cada uno de los capítulos y me ayudó a hacerlos más legibles. Con ese mismo amor me llenó de ánimo para que terminara de escribir pronto.

Sin saberlo, mis tíos Miguel y Ricardo León han contribuido como nadie a esta investigación. Nuestra aventura en Puerto Concordia (Meta) ha cambiado por completo mi cerrada perspectiva de académico ciudadano frente a la producción agrícola, el trabajo rural y la vida campesina. Lo que he encontrado en las sabanas llaneras no lo hubiera podido sacar de ninguna biblioteca o investigación.

Quise dejar para el final mi agradecimiento principal. El desarrollo de mi carrera profesional, incluyendo la redacción de este libro y la obtención del título de doctorado, hubiera sido mucho más difícil y errático si no hubiera tenido a mi lado la paciente y cariñosa guía de mi mentor, el profesor Mauricio García Villegas. Cuando era estudiante de la carrera de Derecho en la Universidad Nacional de Colombia, Mauricio se encargó de que entendiera la importancia de hacer vida académica y la necesidad de esforzarme para ello. Como si eso no hubiera sido ya fundamental, durante los siguientes 15 años me ha acompañado en este camino y siempre ha estado ahí para echarme una mano. No lo ha hecho solo conmigo, sino con distintas generaciones de estudiantes. Ese es el profe Mauricio. Gracias de corazón, colega.

Contenido

Agradecimientos	5
<hr/>	
PRIMERA PARTE	
Discusión teórica	11
Introducción	12
Capítulo 1 ¿Justicia social, transicional o transformadora?	24
El alcance del concepto de justicia transicional	26
Reparos a la justicia distributiva en la agenda transicional	37
La defensa de una justicia transicional inclusiva	41
Lineamientos para un debate productivo	50
- Las distintas concepciones del problema	52
- Los aspectos que deberían ser abordados y su justificación	54
- Los tipos de respuesta posible a los problemas identificados	56
<hr/>	
Capítulo 2 Tierras y posconflicto	60
Enfoque restitutivo o <i>modelo Pinheiro</i>	62
Enfoque distributivo o <i>modelo reforma agraria</i>	76
Enfoque de crecimiento económico o <i>modelo de eficiencia productiva</i>	86
El caso sudafricano: un ejemplo de enfoque mixto	97
<hr/>	
Capítulo 3 Tierras, justicia y derecho	106
La tierra en el derecho internacional de los derechos humanos	108
- Tierra y derechos sociales	109

- Tierra y propiedad	110
- Tierra y poblaciones	113
Esquemas normativos de regulación de la tierra	117
- Protección a la propiedad privada, régimen de derecho civil y justicia correctiva	119
- Función social de la tierra y justicia distributiva	124
- Propiedad étnica y justicia histórica	126
- Protección de recursos naturales y justicia ambiental	129
- Dominio eminente y estratégico del Estado	131
<hr/>	
Capítulo 4 Síntesis teórica: ¿hacia una justicia transicional civil?	136
<hr/>	
SEGUNDA PARTE	
Estudio de caso	149
Capítulo 5 La cuestión de la tierra en Colombia	150
Los conflictos históricos sobre la tierra	152
Políticas de tierras	161
La variable <i>justicia transicional</i> en la cuestión de la tierra	167
- La restitución como medida preferente	170
- La esperanza redistributiva y el proceso de paz con las FARC	179
<hr/>	
Capítulo 6 Teoría normativa para la restitución de tierras en Colombia	188
Descripción de la acción y la ruta de restitución	192

Hacia el concepto de 'justicia transicional civil'	196
- Principios de derecho privado en contextos transicionales	198
- Normas sustanciales y su reinterpretación conceptual	213
- Normas procesales y probatorias	219
- La decisión judicial y su materialización	223

Capítulo 7 Restitución y gestión de tierras en la transición colombiana	230
El desafío metodológico de evaluar la acción de restitución	233
La implementación de la estrategia de restitución como mecanismo de justicia transicional	237
- La cuestión de las “demandas” y las “admisiones” e “inadmisiones”	241
- Los retos y debates de la priorización y focalización	246
- Ocupación secundaria y buena fe	253
- Órdenes estratégicas y compromiso posfallo	259
Los distintos efectos de los procesos de restitución de tierras	264
De la restitución a la gestión integral de tierras	269
<hr/>	
Conclusiones generales	284
<hr/>	
Bibliografía	298
<hr/>	

PRIMERA PARTE

Discusión teórica

Introducción

El concepto *justicia transicional* ha entrado con una inusitada fuerza en las discusiones políticas y jurídicas en el país. Hace 15 años prácticamente nadie conocía o hablaba de él, mientras que hoy es uno de los más importantes referentes en casi todas las discusiones sobre el futuro de una sociedad que se encuentra en la tarea de poner fin a uno de los conflictos más largos del mundo. El impacto del ideario de la justicia transicional ha traspasado las discusiones sobre el castigo y los dispositivos penales que serán aplicados a los excombatientes y se ha instalado en muchas de las conversaciones sobre los asuntos más importantes de la sociedad colombiana. Uno de esos temas estructurales que hoy en día pasan por la lente de la justicia transicional ha sido aquel de los conflictos sobre la regulación de la tierra y las estructuras agrarias del país.

La restitución de tierras despojadas con ocasión del conflicto es considerada como una de las apuestas más ambiciosas de política pública en décadas. La discusión sobre la reversión del despojo y desarraigo forzados despertó una agenda política sobre la cuestión de la tierra que había sido sepultada, por la fuerza y el temor de las armas, no solo en los campos sino también en los círculos de toma de decisiones del país. De esta política se ha destacado también su carácter innovador y su potencial transformador frente a las anquilosadas estructuras que históricamente han impedido realizar cambios al *statu quo* de la tierra. En Colombia incluso se acuñó el término “justicia transicional civil” como una muestra de la potencialidad de esta política para subvertir las tradicionales barreras conceptuales del campo jurídico, de tal manera que pueda convertirse en una herramienta emancipadora para alcanzar la justicia agraria.

Estas altas expectativas de la sociedad colombiana en la justicia transicional han sido alentadas por desarrollos políticos y académicos internacionales contemporáneos. Si bien durante las primeras décadas de estudios sobre justicia transicional los interrogantes y las agendas se concentraron en otros aspectos, la restitución de tierras y viviendas han tenido una centralidad evidente en transiciones recientes, como aquellas experimentadas por los países de las antiguas dictaduras comunistas soviéticas, el caso surafricano y en el proceso de la desintegración de la antigua Yugoslavia. Estas tres experiencias, disímiles entre sí, han dado lugar a una explosión académica sobre la relación entre justicia transicional y restitución de propiedades, así como a múltiples estudios comparados sobre lecciones respecto de cómo las sociedades que enfrentan transiciones políticas deberían abordar el tema de la tierra dentro del paraguas de la justicia transicional.

De la mano de la investigación académica ha surgido el interés en el tema por parte de los formuladores de política pública que enfrentan los desafíos prácticos de estas transiciones. Su experiencia ha relevado la necesidad de estructurar arreglos institucionales eficientes que permitan, en un contexto de debilidad institucional, promover la revisión de todos aquellos casos de transacciones ilícitas sobre las propiedades para reversarlas y garantizar una restitución efectiva a cada una de las familias que han sido víctimas del despojo.

El marco prioritario de intervención de la justicia transicional en el tema de tierras ha sido el de la restitución, que se basa en la teoría de las reparaciones a las víctimas de violaciones de derechos humanos. La aprobación de los denominados *Princípios Pinheiro* en la Asamblea General de la ONU fue la culminación de un trabajo de años en la búsqueda de estándares específicos para restitución de propiedades de aquellas personas que fueron desplazadas o tuvieron que exiliarse durante los tiempos de represión. Sin embargo, esta tendencia de priorizar la mirada de la restitución de tierras como parte de una medida de justicia transicional ha enfrentado críticas e interrogantes sobre su viabilidad práctica y teórica, así como sobre su conveniencia política.

Un primer interrogante es si temas estructurales como el modelo de propiedad rural deben ser abordados desde una agenda de transición y si los mecanismos de la “caja de herramientas” de

la justicia transicional están suficientemente equipados para acometer dicha tarea. De hecho, un sector importante de teóricos del campo considera que los objetivos de la justicia transicional deben ser modestos, pues en sí mismos son ya difíciles que alcanzar y están desbordados y, por lo tanto, sostiene que la justicia transicional debería evitar la tentación de convertirse en la fórmula de revisión de todos los asuntos del pasado tormentoso de una sociedad. Para estos estudiosos, el campo debería enfocarse en objetivos concretos de rendición de cuentas, esclarecimiento y apertura del sistema político, y dejar el resto al juego democrático en tiempos postransición.

Una segunda crítica que enfrenta el modelo Pinheiro es su marcada preferencia por la conservación del *statu quo* de la propiedad. La defensa de la restitución de la propiedad parte de dos supuestos: el reconocimiento y la defensa del sistema de propiedad existente, y la valoración política de que el estado de cosas de ese sistema debe ser mantenido. Estos dos postulados se ven confrontados en sociedades que antes de la violencia eran altamente desiguales y en donde solamente unos pocos tenían acceso a la tierra. En tales escenarios, el modelo Pinheiro podría no solo mantener el contexto de inequidad sino, incluso, llegar a pronunciarlo.

La pregunta resultante es entonces doble. Por un lado, ¿qué tanto es el modelo Pinheiro una fórmula universal que puede ser replicada sin importar el contexto? Esto, pues en la práctica podrían encontrarse al menos cuatro escenarios en donde la fórmula de intervención no necesariamente debería ser la misma: i) casos de sociedades bien ordenadas y violaciones y despojos aislados; ii) una sociedad previa al conflicto más o menos justa, pero que vivió despojos y violaciones masivas; iii) una sociedad previamente injusta que enfrenta despojos y violaciones masivas; y iv) situaciones catastróficas de violaciones y despojos generalizados.

Por otro lado, problematizando el concepto de justicia, es posible preguntarse para qué una sociedad quisiera embarcarse en una tarea tan costosa y abrumadora simplemente para quedar en el mismo punto de donde salió, especialmente cuando se trata de una sociedad con acceso desigual a recursos como la tierra. Algunos teóricos proponen que, en casos en donde la victimización y destrucción de la propiedad y el despojo fueron tan masivos y

generalizados, tal vez sea mejor optar únicamente por estrategias basadas en postulados de justicia distributiva.

En tercer lugar, el modelo Pinheiro ha sido promovido como una forma de arbitraje legal al politizado debate de la distribución de la tierra, en donde se impone la neutralidad del debido proceso legal y los derechos sustantivos frente al poder y los intereses políticos. Pero resulta paradójico que los estudios comparados y las propuestas de diseño institucional generalmente no han partido de un diálogo entre los objetivos de la justicia transicional y el estudio de los sistemas jurídicos que pretende impactar o incluso transformar. Las discusiones jurídico-normativas de la justicia transicional han estado sobre todo relacionadas con materias de derecho penal. Es difícil encontrar propuestas sobre cómo compatibilizar la relación entre los principios de la justicia transicional y órdenes normativos de regulación de la propiedad o de los procedimientos civiles a partir de los cuales se desarrollan los procesos que dan lugar a la restitución de dicha propiedad. El estudio jurídico más fino y concienzudo de la aplicación de estos mecanismos ha estado ausente.

La relación entre justicia transicional y tierras no es entonces tan pacífica como aparenta. Si sus defensores buscan hacerse un espacio en este campo, deberán responder estos interrogantes y desafíos. El primer paso será establecer conceptualmente si la agenda de tierras podría hacer o no parte de los objetivos que busca una transición y cuáles de las herramientas de la justicia transicional podrían ser útiles para avanzar en este propósito. El segundo, si se acepta que el modelo de restitución imperante es insuficiente para enfrentar estos desafíos, la teoría tiene el reto de responder qué otras concepciones de justicia (distributiva, étnica) deben hacer parte de la aproximación de la justicia transicional al problema de la tierra y cómo podrían articularse. Finalmente, la justicia transicional para la restitución de tierras tiene el reto de hacer una construcción jurídica de los elementos que la integran, a partir de revisar cuáles son las relaciones positivas y negativas existentes entre el paradigma de la justicia transicional y la lógica y principios que sustentan la normatividad encargada de regular las tierras, particularmente el derecho de propiedad (civil), de propiedad y explotación agraria (derecho agrario) y el que regula las formas de transacción y aseguramiento de derechos (derecho procesal civil y agrario).

El propósito de este libro es contribuir a este debate teórico desde el análisis de un estudio de caso. La metodología que uso trabaja a partir de una dialéctica entre teoría y caso con un doble propósito. A diferencia de otras investigaciones, en donde se parte de una teoría consolidada y se usa un caso para probarla o negarla, lo que busco, en primer lugar, es utilizar el caso para avanzar una teoría que se encuentra en construcción. Así las cosas, las reflexiones que se suscitan desde una experiencia concreta de transición buscan generar nuevas reflexiones teóricas. Algo que no es nuevo en el campo de la justicia transicional, que precisamente ha crecido en una simbiosis entre teoría y práctica (Arthur, 2009; Bell, 2009).

Bajo esta óptica, el proceso de transición de Colombia se constituye como un laboratorio casi único para corroborar o desvirtuar las críticas sobre la inclusión de gerencia de estructuras agrarias en la agenda transicional. Las más de cinco décadas de conflicto y el despojo masivo que en ellas se ha vivido muestran los desafíos prácticos de realizar un proceso de identificación de derechos que sirva para los efectos de la reversión de injusticias. Al mismo tiempo, la diversidad del país hace que las cuestiones clásicas de derecho civil y agrario deban pasar por el tamiz de la protección de los derechos étnico-territoriales y, obviamente, resolver las contradicciones entre unos y otros órdenes normativos. Además, la naturaleza fragmentaria del proceso de transición se presenta también como un factor relevante para incluir en el análisis de la oportunidad práctica de llevar a cabo los desafíos conceptuales señalados. Y, como si esto no fuera ya suficiente, todos estos aspectos están enmarcados dentro de un contexto de intrincados e irresueltos conflictos históricos sobre la propiedad rural y la estructura agraria.

Un segundo objetivo de esta metodología es analizar las discusiones teóricas buscando hacerle un aporte concreto a una experiencia real en construcción. Así, este trabajo evalúa la relación entre justicia transicional y agenda de tierras en el país durante la última década, con especial énfasis en los cinco años de implementación de la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras. Existe un agitado debate político y académico en el país sobre el balance de la ley, especialmente de su componente de restitución de tierras, así como distintos ejercicios para medir qué

tan eficaz ha sido el mecanismo para cumplir con sus objetivos inmediatos. Mi interés se alimenta de esta discusión, pero va más allá: a partir del análisis del contexto de las relaciones agrarias, del contexto político de introducción de los mecanismos de justicia transicional y de la experiencia de implementación de la ley, me pregunto qué tanto puede contribuir el proceso de restitución al cumplimiento global de los objetivos de la transición política colombiana y cuál puede ser el aporte concreto de la justicia transicional a la transformación de los conflictos históricos sobre la tierra en el país. Y, en dicho análisis, las construcciones teóricas existentes además de ser fundamentales para la evaluación, son centrales para establecer qué tipo de correctivos deben ser aplicados a la política en caso de encontrar fallas o limitaciones.

Desde el inicio, esta tarea tiene dos limitaciones evidentes. La primera, el poco tiempo de implementación de la política (cinco años) hace que sea imposible realizar juicios definitivos sobre resultados globales o determinar si falló o fue exitosa en promover reformas estructurales. La segunda, dado que el proceso colombiano es un trabajo en proceso, si bien la acción judicial de restitución de tierras ha marcado el camino de intervención estatal en la materia, todavía siguen discutiéndose medidas complementarias –o incluso contradictorias– en materia de regulación de tierras, especialmente por las medidas a desarrollar con base en los acuerdos de La Habana entre el gobierno y la guerrilla de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC).

A pesar de estas dos significativas barreras, existe un repertorio fascinante de experiencias y conocimientos derivados del diseño, construcción e implementación del modelo de restitución, que con creces permiten desarrollar un análisis robusto. Para empezar, en tan solo cinco años, los despachos judiciales han producido casi 2.000 decisiones judiciales sobre restitución que, en sí mismas, pueden ser objeto de diversos análisis técnicos y sociojurídicos. Igualmente, la puesta en marcha del modelo ha dejado reflexiones institucionales importantes y profundas sobre la construcción y el fortalecimiento de instituciones públicas, así como de las relaciones entre Estado, víctimas y sociedad, que nutren este libro y generan muchas reflexiones sobre las preguntas que se formularon al inicio de esta introducción.

Este trabajo, inicialmente preparado como una tesis de doctorado en derecho, es el producto de casi una década de reflexión participativa en el tema de estudio. Como investigador del Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (Dejusticia) he tenido la tarea y el privilegio de seguir de cerca las discusiones sobre construcción de este modelo y los desafíos sobre su diseño e implementación. Desde la discusión de los borradores iniciales de articulado del primer estatuto de víctimas que naufragó en el Congreso hasta la discusión de casos difíciles con los funcionarios judiciales encargados de la restitución, he podido acercarme a sus complejidades prácticas, así como a las grandes preguntas teóricas y existenciales de un proyecto tan difícil, pero a la vez tan importante, como la restitución masiva de tierras en una sociedad con un alto nivel de desigualdad en la tenencia de la tierra. Este trabajo de campo se fue alimentando con el tiempo a partir de mi participación en redes académicas sobre justicia transicional especialmente interesadas en las preguntas conceptuales que se derivan de este tema. Tanto en la reflexión con mis colegas de Dejusticia como en el intercambio con practicantes y académicos de otras latitudes, se fue forjando no solo mi interés en profundizar en la materia, sino en la identificación de las fuentes y casos que fueron poco a poco contribuyendo al inicio de la recopilación bibliográfica que sirvió de soporte a la investigación. El trabajo con los jueces y magistrados de restitución en los procesos de formación con la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, así como con los funcionarios de la Unidad de Restitución de Tierras, me enfrentó también de manera privilegiada con los desafíos más concretos de esta labor. De todas estas experiencias y conocimientos se alimentan las reflexiones aquí contenidas.

Concretamente y con la orientación metodológica ya reseñada, en este trabajo hago dos cosas. Por un lado, sistematizo y analizo la literatura existente sobre la interrelación entre justicia transicional y estrategias de intervención en las estructuras agrarias en países que salen de un conflicto armado. Para ello, recorro tanto a las construcciones teóricas como a las lecciones que deja la experiencia comparada. Este tema es el objeto de la primera parte del libro.

Por otro lado, en la segunda parte, me concentro en el estudio a profundidad del caso colombiano, especialmente de los

esfuerzos de su reciente proceso de transición por enfrentar conflictos relacionados con la propiedad, tenencia y uso de la tierra. Este ejercicio se realiza acudiendo tanto a la literatura especializada disponible como a fuentes de primera mano, que incluyen la legislación, políticas y decisiones judiciales de los operadores concernidos en el proceso, información directa recaudada en entrevistas y conversaciones con distintos actores del proceso, información estadística oficial y análisis realizados por organizaciones sociales y académicas que hacen seguimiento al proceso, notas de prensa de seguimiento, entre otras.

El libro está dividido en dos partes estructuradas en siete capítulos sustantivos y unas conclusiones finales. Si bien esta organización está pensada para que cada una de sus partes contribuya a la formación del argumento final, los capítulos se han escrito con una cierta independencia narrativa y metodológica para que cada uno pueda dar cuenta por sí solo de su tema específico.

La primera parte presenta los retos internos del campo de la justicia transicional para responder a los desafíos del abordaje del tema de la tierra. En el capítulo 1 analizo la literatura existente sobre lo que se consideran los errores y aciertos de incluir una agenda amplia de derechos sociales dentro de los objetivos de la justicia transicional. Allí expongo cómo desde los orígenes del campo ha existido una aparente separación entre objetivos más “inmediatos” asociados a ciertas garantías de derechos civiles y políticos, y agendas más “estructurales” respecto de cuestiones de justicia social y derechos económicos, sociales y culturales. Mi conclusión aquí es que los debates incluyen una serie de malentendidos y de conceptos difusos que hacen que la discusión termine no siendo productiva y, por tanto, planteo algunas guías para ordenar mejor dicho debate.

En el capítulo 2 me concentro en cómo este debate afecta las decisiones que debe tomar una sociedad en posconflicto sobre sus políticas públicas en materia de tierra. Con base en una recopilación y análisis de la bibliografía existente, señalo, a grandes rasgos, las tres opciones globales de política a las que podrían recurrir estas sociedades: primera, a una política de naturaleza reparativa, con base en una idea de justicia correctiva que restituya la tierra a quienes la poseían antes de que la violencia los despojara; segunda, a una política de redistribución de propiedad

a larga escala cimentada en principios de justicia distributiva en donde se privilegie el acceso a la propiedad de la población rural más vulnerable; tercera, a una política que se concentre en el uso eficiente de la tierra para producir rentas rápidas que ayuden a solventar las necesidades de la transición y, por tanto, privilegien ya sea la propiedad o la tenencia de los inversionistas del campo. Para complementar esta discusión teórica, presento el caso surafricano como el modelo en el que se ha intentado construir una política que combina distintos tipos de opciones. Una conclusión de esta revisión me lleva a plantear que, dadas las limitaciones jurídicas y contextuales, en la práctica es más factible que una sociedad implemente uno solo de estos modelos.

En el capítulo 3, y derivado de la aparente división del campo transicional entre tipos de derechos y de la conclusión de que los modelos ideales puros son insuficientes, abordo la cuestión de cuál es el significado jurídico del concepto tierra y cómo esta concepción determina las opciones de política pública en materia de tierras y justicia transicional. La pregunta central de este capítulo es si la tierra puede ser adscrita a una tipología jurídica específica y, si así fuera, cuál sería el principal régimen que la gobierna. Para esto, inicialmente recorro a una reconstrucción del derecho internacional en la materia. Posteriormente discuto los distintos sistemas regulatorios de administración de la tierra en los sistemas jurídicos domésticos en las sociedades modernas y cómo estos se conectan con determinados intereses políticos y concepciones filosóficas sobre la justicia. Todas ellas abren oportunidades y desafíos para su tratamiento en contextos de transición. Por tanto, una visión simplista y polarizada entre justicia correctiva *vs.* justicia social pierde de vista estos importantes elementos.

Para cerrar esta primera parte, en el capítulo 4 sintetizo las reflexiones teóricas de los tres primeros apartados. En este breve capítulo establezco la relación entre los debates sobre el contenido y alcance de la justicia transicional con las opciones de política sobre tierras en el posconflicto y las regulaciones jurídicas sobre la tierra. Una de mis conclusiones es que si la justicia transicional pretende incidir de manera positiva en este debate debe poner mayor atención a los aspectos jurídicos específicos que regulan estas materias, y crear una teoría normativa que le permita servir de guía de intervención más clara.

La segunda parte del trabajo aterriza la discusión teórica en el caso colombiano. Esta tarea se desarrolla en tres capítulos: uno descriptivo, otro en donde se propone una teoría normativa y uno de cierre en donde se evalúa el desarrollo de la política y teoría jurídica propuesta.

Inicialmente, el capítulo 5 reconstruye la cuestión de la tierra en el país mediante un análisis de tres fenómenos: el contexto de conflictos históricos sobre la tierra, la reseña de políticas públicas que han intentado enfrentarlos, y la reciente inclusión del marco de la justicia transicional al debate sobre política rural y explotación agraria. En este último punto, el capítulo aborda tanto la iniciativa puesta en marcha desde ya hace cinco años (la restitución de tierras) como las expectativas de mecanismos complementarios provenientes de la discusión del proceso de paz de La Habana.

El capítulo 6 parte de la acción de restitución de tierras que estableció la ley colombiana para desarrollar una teoría normativa para la restitución de predios rurales. A esta teoría le denomiño justicia transicional civil y la entiendo como una tarea reconstructiva con la que se pretende crear un sustento normativo que soporte la política pública de restitución a partir de un balance entre los principios del campo de la justicia transicional y aquellos de las legislaciones que regulan de manera ordinaria las relaciones humanas sobre la tierra, como el derecho civil y agrario.

Finalmente, el capítulo 7 presenta una evaluación global de la implementación de la política de restitución de tierras tras cinco años de su vigencia. Los procesos institucionales y sociales que se han forjado a partir de una seria tarea de interpretación jurídica en clave institucional han sido fundamentales para enfrentar los obstáculos de implementación de la acción y se constituyen en acumulados para otras formas de intervención. Así, aun cuando la acción de restitución no tiene el objetivo ni la capacidad de convertirse en el modelo único de resolución de los conflictos sobre la tierra, muestra que la experiencia hasta ahora acumulada puede ayudar a conectar procesos institucionales operativos que sirvan a políticas sobre tierra y ruralidad en el país. En este capítulo también retomo los acumulados de la implementación de la ley de restitución de tierras para pensar en formas de articulación de esta medida con aquellas que deberán entrar a desarrollar los acuerdos de paz derivados de la mesa de negociación de La Habana.

Como cierre conceptual, las conclusiones del libro indagan por las reflexiones generales que el caso colombiano deja al campo de la justicia transicional, particularmente en el debate sobre cómo abordar el tema de la tierra. Allí se defiende que los modelos ideales que se desarrollan a partir de discusiones teóricas deben pasar por un baño de realidad cuando buscan convertirse en opciones de política en contextos específicos. Con ello, la defensa a ultranza de modelos ideales o puros parece insostenible. Por ejemplo, una distinción completa entre modelos de justicia correctiva, distributiva o eficientista se enfrenta a situaciones creadas por las relaciones sobre la tierra y el territorio que hacen que las distinciones teóricas se conviertan en diferencias artificiales y poco útiles. Esto no quiere decir que una política pública no deba informarse de tal debate teórico. Lo que se deriva de dicha conclusión es la necesidad práctica de los formuladores de política de balancear de la mejor manera posible los distintos intereses sobre un bien tan disputado como la tierra. De la misma manera, en las conclusiones se analizan algunas de las críticas a la inclusión de aspectos socioeconómicos en la justicia de transición y se presenta cómo estas no han sido limitantes para el desarrollo del modelo de restitución colombiano, aun cuando se constituyen en advertencias importantes sobre los límites y riesgos de la actual política.

Capítulo 1

¿Justicia social, transicional o transformadora?

En los últimos años ha crecido un interés en los formuladores de política sobre cómo usar los mecanismos asociados con la justicia transicional para producir cambios en el *statu quo* de la propiedad o el uso de la tierra afectada por la violencia o la represión. Este llamado, no obstante, se enfrenta al cuestionamiento de un importante sector de la academia especializada que considera que los mecanismos de la justicia transicional deben restringirse a la consecución de unos objetivos modestos y concretos que no incluyen los difíciles conflictos que en una sociedad dada pueden existir sobre aspectos estructurales como la propiedad y tenencia de la tierra.

Esta discusión se deriva directamente del debate contemporáneo sobre el alcance del concepto de justicia transicional y su capacidad para producir o incentivar cambios en aspectos socioeconómicos, contribuir a políticas de justicia social o combatir inequidades estructurales. Como lo afirman Frank Haldemann y Rachelle Kouassi, “la cuestión de si aspectos sociales, económicos y culturales deberían ser parte de la justicia transicional es, después de todo, más que una cuestión marginal: se trata de un cuestionamiento directo a los propios fundamentos de la justicia transicional, acerca de su significado y sus objetivos” (2014, p. 514).

Antes de avanzar entonces sobre la conveniencia de uno u otro modelo, es importante abordar este debate. Para ello, dividiré el presente capítulo en cuatro partes. En la primera, a manera de introducción, plantearé la discusión sobre el alcance y la naturaleza del concepto de justicia transicional, así como los reclamos de un sector de la doctrina que denuncia el poco peso que han tenido, en la práctica comparada y en la literatura especializada, las cuestiones asociadas a la justicia social, así como las

posibles razones históricas de este fenómeno. En la segunda sección me concentraré en los argumentos prácticos y teóricos que se han esgrimido para justificar esta situación. En la tercera sección, presentaré las respuestas que ha dado un sector emergente de la doctrina a estas críticas. En cuarto lugar, y tras constatar que críticos y defensores parecen hablar en niveles de discusión distinta, propondré una metodología de caracterización del debate que ayude a ordenar la discusión.

El alcance del concepto de justicia transicional

Pese a que entre formuladores de política pública, donantes y organismos multilaterales se ha extendido un concepto unificado de justicia transicional –que remite a la definición adoptada por el Secretario General de la ONU en 2004–,¹ la disputa académica por el significado del término ‘justicia transicional’ sigue siendo intensa. Para empezar, la academia especializada discute sobre cuál es la esencia que une a los *transicionalistas*. ¿Es el estudio de la justicia de transición hoy en día una disciplina, un campo, un conjunto de reglas, o una subdivisión del campo de los derechos humanos? En su reconstrucción de una genealogía, Paige Arthur relata la creación del campo de la justicia transicional como “una red internacional de individuos e instituciones” que encontraban coherencia interna a partir de “conceptos comunes, metas compartidas, y demandas similares sobre legitimidad”, el cual emergió como una respuesta a dilemas prácticos y se caracterizó en su inicio por un intento de sistematizar conocimiento comparado útil para resolver esos dilemas (2009, p. 324). Según expone Bell, aun cuando en esta primera época todavía no se utilizaba la expresión justicia transicional,² su esencia se usaba para resumir de-

1 Según el informe del Secretario General, la Justicia transicional “abarca toda la variedad de procesos y mecanismos asociados con los intentos de una sociedad por resolver los problemas derivados de un pasado de abusos a gran escala, a fin de que los responsables rindan cuentas de sus actos, servir a la justicia y lograr la reconciliación. Tales mecanismos pueden ser judiciales o extrajudiciales y tener distintos niveles de participación internacional (o carecer por completo de ella) así como abarcar el enjuiciamiento de personas, el resarcimiento, la búsqueda de la verdad, la reforma institucional, la investigación de antecedentes, la remoción del cargo o combinaciones de todos ellos” (Secretario General ONU, 2004, párr. 8).

2 Para Bell, “el término justicia transicional solamente empezó a

bates sobre cómo un régimen sucesor debería enfrentar un legado de abusos a los derechos humanos de un régimen autoritario predecesor (2009, p. 7).

Esta red originaria se ha expandido de manera exponencial durante los últimos años. Este crecimiento ha tenido lugar tanto en quienes hacen parte de ella como de las situaciones a las que ha pretendido cubrir, y en los intereses de quienes dicen participar de ella.³ Esta irrupción de actores e intereses ha dado lugar a múltiples cuestionamientos conceptuales, a discusiones y a disensos internos. Como lo simboliza Christine Bell, la justicia transicional ha abandonado sus años de juventud y ha entrado en una etapa madura en donde se hace preguntas existenciales (2009, p. 13). De allí, el interés académico reciente por explorar cuestiones sobre los contenidos y objetivos de la justicia transicional; sobre las dinámicas de poder entre los actores en el interior del campo (McEvoy, 2007; Bell, 2009; Nagy, 2008); sobre el rol del derecho dentro del campo y la interdisciplinariedad de la justicia transicional (McEvoy, 2007; Lundy y McGovern, 2008); sobre las diferencias conceptuales entre tipos de transición (Bassiouni y Rothenberg, 2007; Orozco, 2003);⁴ sobre la excepcionalidad o

usarse a mediados de los 90s” y argumenta que “la justicia transicional solamente se consolidó como un aparente ‘campo’ con posterioridad al 2000” (2009, p. 7).

3 La reciente publicación de una Enciclopedia sobre justicia transicional ayuda a ilustrar este punto. Como lo señala el comentario realizado por Pablo de Greiff, los tres volúmenes de esta enciclopedia muestran la rápida expansión de la justicia transicional. Por un lado, resume la enorme producción en la materia: se compone de 42 definiciones “básicas”, incluye una extensa lista de estudios de caso (83), describe 23 métodos de justicia transicional (tribunales, tribunales híbridos, internacionales, comisiones de la verdad, proyectos no oficiales de verdad, reparaciones, amnistías, disculpas y “métodos cuantitativos de ciencias sociales”), así como entradas de 104 instituciones en el mundo relacionadas con la justicia transicional. Por otro lado, De Greiff reseña la rapidez con la que la justicia transicional como proyecto académico alcanzó este estado de desarrollo. Para ello compara campos similares, como el del “Genocidio”, cuya enciclopedia fue publicada “casi cinco décadas después de la trágica instancia central que lo motivó”. Algo similar cita De Greiff con referencia a la *Enciclopedia Internacional de Oxford sobre Paz*, publicada unos 50 años después de que se iniciara la publicación de revistas especializadas y se establecieran centros de investigación sobre la materia (2013, p. 549).

4 Existe, por ejemplo, una importante discusión sobre los alcances del concepto de justicia transicional y su relación con sociedades en

estandarización de las medidas de transición (Teitel, 2000; Posner y Vermeule, 2003), sobre la medición de su impacto o éxito (Olsen *et al.*, 2010; Sikkink, 2013; Skaar *et al.*, 2015); y sobre su rol como herramienta de prevención de conflictos o de resolución de conflictos (Sharp, 2013; Uprimny, 2013), entre otros.

Un cuestionamiento general que se deriva de estas preguntas es qué tanta coherencia tiene esta producción y si es posible denominar campo a esta multiplicidad de estudios y enfoques.⁵ Bell considera que la justicia transicional no constituye un campo coherente. A su juicio, el eslogan de justicia transicional sirve como una etiqueta que ayuda a racionalizar una variedad de negociaciones sobre el pasado (2009, p. 6) y, por ello, declara que la justicia transicional debería asumirse más bien como un “no campo”. En contraposición, De Greiff asume lo que considera las “tensiones internas” de la justicia transicional, pero defiende la idea de la existencia de un campo que ha sabido controlar las “fuerzas centrífugas” que podrían desintegrarlo y se ha consolidado a partir de un paquete de medidas que se aplican no solo en

conflicto. Para algunos, como Iván Orozco, la justicia transicional tenía un ámbito de aplicación limitado que solo opera en aquellas situaciones en las que se hace tránsito de una dictadura a una democracia (2003). Otros, por su parte defienden uno más amplio, así en la práctica internacional no haya alcanzado una terminología uniforme. Con base en esta idea más amplia, como se sostiene en la Introducción de los *Principios de Chicago sobre Justicia del Post-Conflicto*, la justicia transicional podría usarse como sinónimo de las expresiones “justicia del posconflicto”, “justicia de transición”, “estrategias para combatir la impunidad”, “estrategias de construcción de paz”, “reconstrucción de posconflicto”, entre otras (Bassiouni y Rothenberg, 2007).

5 La mayoría de escritos académicos que abordan este debate epistemológico prefieren el uso del término ‘campo’, en lugar de ‘disciplina’. En este sentido, Bell identifica el término campo como una “esfera de conocimiento, intereses y actividades unidos por justificaciones de su legitimidad propia”. Por su parte, como disciplina se entendería “un cuerpo de conocimiento que contiene su propio arsenal de educación, enseñanza, procedimientos y métodos de sus áreas de contenido”. La clave para distinguir a la justicia transicional como campo y no como disciplina parece estar entonces en que la justicia transicional comprende no solo una esfera de conocimiento académico, sino además representa un contenido práctico que se considera como una actividad que está intrínsecamente relacionada con la construcción académica (Bell, 2009, p. 7). Sobre la discusión de la justicia transicional como campo en términos de Bourdieu, ver McEvoy (2007). Para otra definición del concepto ‘campo’ aplicado al estudio de la justicia transicional, ver Arthur (2009, p. 324).

los contextos para los que originalmente se creó, sino a situaciones que se consideran similares (2013, p. 550).

Otras preguntas abarcan temas sensibles como cuáles son los presupuestos básicos de la aplicación de este paradigma. Especialmente, si la justicia transicional es una forma distinta de administrar justicia o un tipo de justicia que responde a un contexto particular (Bickford, 2004, p. 1045), y si la justicia transicional es un fenómeno nuevo o más bien corresponde a un término reciente para ser aplicado a prácticas históricas (Uprimny, 2006).

Pese a estas discusiones, dos cuestiones son comunes en la literatura. Por un lado, existe un reconocimiento de que hay algo que, a pesar de las diferencias y tensiones, une a quienes desde la teoría o la práctica promueven la justicia transicional. Por otro lado, existe un reconocimiento unánime de las tensiones internas y de las disputas por la identificación de lo que hace parte y de lo que está por fuera de ese campo común.

Así, Bell sostiene que a pesar de que las definiciones varían, todas las perspectivas ven la justicia transicional como un intento de enfrentar un pasado de violencia en sociedades que están pasando o intentan pasar por alguna forma de transición política (2009, p. 7). Con base en la idea de enfrentar el pasado, la gran mayoría, sino todos los practicantes y teóricos del campo, definen la justicia transicional i) por sus mecanismos, ii) por sus fines o iii) mediante una combinación de fines y mecanismos (Sandoval, 2011). Sharp, por ejemplo, se enfoca en los fines para definir la justicia transicional. Para este autor, la justicia transicional tiene dos tipos de fines. Por un lado, la versión original de la idea se enfocó en el propósito de “enfrentar los legados de la violencia y de las violaciones masivas de los derechos humanos”, y luego evolucionó y agregó un nuevo conjunto de propósitos orientados hacia la construcción de democracias liberales de mercado (2013, p. 149). Otros autores, como Pablo de Greiff, se enfocan en los mecanismos a partir de los cuales se enfrenta el pasado. Como lo presenta De Greiff, “la justicia transicional principalmente se refiere a la implementación de justicia penal, esclarecimiento de la verdad, reparaciones y medidas de reforma institucional” (2009, p. 33).

Finalmente, un tercer grupo define la justicia transicional como una mezcla de fines y mecanismos. Zinaida Miller expone que la justicia transicional consiste tanto en mecanismos prácticos

como en un proyecto político que sirve no solo para delinear el pasado y el futuro sino también para “definir violación y crimen, víctimas y perpetradores, injusticia y moralidad” (2008, p. 281). Por su parte, Sharp la define como “un conjunto de dilemas políticos, jurídicos y morales sobre cómo enfrentar el pasado en sociedades que atraviesan por alguna forma de transición política” (2014, p. 6). Ruti Teitel parte de que la justicia transicional es “una concepción de justicia asociada con periodos de transformación política” cuyo fin es “reconstruir el significado social de conflictos pasados, especialmente derrotas, con el ánimo de reconstruir el presente y el futuro” (2003, p. 87).

Aun con estos acuerdos básicos, algunos puntos de debate siguen abiertos. Por un lado, el carácter “transicional” del concepto sugiere un requisito de cambio o de transformación, el cual usualmente ocurre entre una situación de conflicto o represión a una de paz y democracia (Roht-Arriaza, 2006, p. 2). Bajo esta interpretación, los mecanismos asociados con este paradigma serán exclusivamente aquellos que se implementen en un momento histórico intermedio, en el cual ya no existe un conflicto, pero aún no se ha alcanzado una institucionalidad democrática que responda a las necesidades sociales y a los postulados propios del Estado de derecho. Sin embargo, esta concepción limitada de la justicia transicional se confronta con una realidad creciente que denota que cada vez más en el mundo se usan mecanismos asociados con este término para ser aplicados en contextos y situaciones donde difícilmente se puede hablar de cesación de las hostilidades, la violencia o el conflicto armado.

Por otra parte, el término ‘justicia’ también presenta complicaciones interpretativas pues, de hecho, es uno de los conceptos que más disputas filosóficas, éticas y políticas ha propiciado desde los propios orígenes del pensamiento humano (Elster, 2006; Laplante, 2008). Es usado por algunos, por ejemplo, para hacer referencia a la institucionalidad encargada de resolver ciertas disputas en una sociedad, con lo cual esta acepción de justicia se asemeja a sistema judicial. Otros, por el contrario, lo usan para calificar distintas reivindicaciones sobre el balance adecuado respecto de una situación concreta donde se contraponen distintos intereses, como el aseguramiento de un castigo frente a una acción criminal (justicia retributiva), la asignación equitativa de recursos y

cargas sociales (justicia distributiva), la corrección de un perjuicio ocasionado en contravención de una norma (justicia correctiva), o la restauración de relaciones sociales rotas y la reconstrucción de tejido social en una comunidad (justicia restaurativa).

No obstante estos debates, en la actualidad existe cierto consenso en cuatro elementos básicos de la noción de justicia transicional: 1) las medidas de transición o pacificación deben respetar un mínimo de justicia, 2) esos mínimos están definidos por el derecho internacional, especialmente por los derechos de las víctimas, 3) se trata de la aplicación de justicia en situaciones estructuralmente complejas con particularidades específicas y por ello se admite la flexibilidad de estos estándares, y 4) para su aplicación debe existir de manera cierta una situación cercana a la transición política (Uprimny *et al.*, 2015).

La cuestión es entonces cómo articular los distintos mecanismos, procesos y objetivos asociados con la justicia transicional en una realidad concreta. La doctrina actualmente dominante en este sentido es la idea del modelo holístico, defendido por autores como Boraine. El modelo holístico parte de distinguir, sostiene Boraine, los cinco pilares fundamentales de la justicia transicional. El primero, un enfoque retributivo bajo el cual los responsables de las violaciones de los derechos humanos deben ser sancionados tanto como sea posible en atención a las limitaciones fácticas y políticas. El segundo se basa en la recuperación de la verdad a través de la documentación y el análisis de las estructuras y métodos utilizados por los perpetradores de las violaciones, teniendo en cuenta el contexto social, político y económico donde ocurrieron.⁶ El tercer pilar es la reconciliación, que, en el caso de la transición de un conflicto armado a la paz, involucra principalmente la reintegración de los excombatientes a la vida civil; no se trata de olvidar, esconder o perdonar, sino más bien de reconocer

6 Para esta reconstrucción, Boraine (2006) recurre a las distintas dimensiones de la verdad: en primer lugar, la determinación de los hechos a través de evidencia empírica y objetivamente verificable (verdad factual, objetiva o forense); en segundo lugar, los relatos de las víctimas y perpetradores (verdad personal o narrativa); en tercer lugar, la verdad construida a partir del diálogo y el debate público entre distintos actores de la sociedad (verdad social o dialógica); y en cuarto lugar, la verdad como experiencia específica de reparación, que no solo implica esclarecimiento, sino reconocimiento de la responsabilidad (verdad sanadora y restaurativa).

y admitir la existencia del otro como constitutiva de la comunidad política. El cuarto pilar es el de las garantías de no repetición y la reforma institucional que extiende los mecanismos de rendición de cuentas de los individuos a las instituciones. Estos mecanismos deben conducir a la reestructuración de estas, pues de otro modo no resulta posible reconstituir las sociedades sobre una base creíble de respeto a los derechos. Finalmente, el quinto pilar se basa en la idea de las reparaciones, que constituyen “la manifestación más tangible de los esfuerzos del Estado para remediar los daños que (las víctimas) han sufrido” (Boraine, 2006).

Por otra parte, el modelo holístico reconoce que la implementación de cada uno de estos pilares es compleja y que difícilmente se conseguirá satisfacción plena en su consecución. Por eso, cada uno en sí mismo tiene enormes debilidades. No obstante, la debilidad intrínseca de cada una de las medidas se puede compensar con la implementación conjunta de las mismas. La experiencia internacional muestra que la implementación aislada de las medidas y mecanismos de la justicia transicional lleva a una menor probabilidad de que estas sean socialmente interpretadas como ejemplos de justicia. Por ejemplo, medidas de reparación que no van acompañadas de intentos de esclarecimiento de la verdad suelen ser interpretadas por las víctimas como un intento por comprar su silencio. Por el contrario, la implementación interrelacionada de las medidas aumenta la posibilidad de que estas se potencien: así como las reparaciones necesitan el esclarecimiento de la verdad para que los beneficios de los programas puedan ser concebidos por las víctimas como medidas de justicia, la búsqueda de la verdad necesita igualmente “más que palabras” para que produzca un efecto reconfortante en las víctimas. Algo similar ocurre en la relación entre enjuiciamiento penal, la búsqueda de la verdad y las reparaciones.

Las medidas de justicia transicional no han sido agrupadas entonces simplemente al azar, sino que se distinguen como tales porque de hecho comparten objetivos comunes. Dichos objetivos pueden verse en tres niveles. El primero es el objetivo inmediato, es decir que la medida cumpla, así sea modestamente, con el fin más evidente para el que ha sido propuesta (por ejemplo, que las investigaciones y enjuiciamientos sirvan para garantizar justicia retributiva de manera concreta; que las comisiones de la verdad

logren el esclarecimiento de casos y patrones; que las reparaciones produzcan una mejoría en el proyecto de vida de las víctimas que se ha truncado por la violencia, etc.). El segundo nivel es intermedio y es allí donde se empieza a notar más claramente la interrelación de objetivos. Lo que tienen en común los mecanismos de la justicia transicional es que buscan tres cosas: proporcionar reconocimiento a las víctimas, generar apego a la ley o reafirmar las normas, y promover la confianza cívica. Finalmente, a lo que una sociedad quiere llegar con la implementación de una política global de transición no es a otra cosa que a la reconciliación y la democratización. Estos son los objetivos finales y constituyen el tercer nivel.⁷

Pero el modelo holístico no ha solventado todas las disputas en el interior del campo. Y una de las tensiones emergentes es la denuncia sobre la desatención académica y práctica a cuestiones sociales o económicas (Miller, 2008, p. 272; Schmid y Nolan, 2014, p. 2; Cavallaro y Albuja, 2008, p. 121). En una reconstrucción de literatura realizada en 2008, Zinaida Miller encontró que los académicos involucrados en justicia transicional difícilmente tocan temas relacionados con exclusión social y que este “silencio ocurre no solo mediante la ausencia literal sino además a partir de la tendencia de nombrar las inequidades o la violencia estructural como un problema, pero luego ignorarlo o reducirlo a un simple contexto de factores que favorecieron la violencia física”. Si bien Miller admite que es necesario un entendimiento del contexto, a su juicio existe un “riesgo de que la pobreza y la inequidad se presenten simplemente como el paisaje en el cual el homicidio, las desapariciones, la tortura y otras graves violaciones fueron cometidas” (2008, p. 276).⁸

En una evaluación práctica de las experiencias comparadas de justicia transicional, Ruben Carranza observa que la violencia económica ha sido, “con pocas excepciones, ignorada” (2008, p. 311). En su momento, Carranza encontró que solo 3 de 35 comisiones de la verdad establecidas en todo el mundo entre 1974 y

7 En este sentido, Pablo de Greiff ha planteado en varios de sus textos cómo se puede pensar en la implementación de una política de transición que, pese a sus limitaciones, cumpla una tarea de transformación social efectiva (2009a).

8 En el mismo sentido, ver Sharp (2014, p. 2, y 2015, p. 170).

2004 “parecen haber expresamente abordado cuestiones relacionadas con crímenes económicos, violaciones a derechos socioeconómicos o conjuntos de crímenes que necesariamente incorporen actos de corrupción” (2008, pp. 315 y ss.). Sharp alcanza conclusiones similares a partir de su estudio de las comisiones de la verdad en Uruguay, Argentina, Sudáfrica, El Salvador y Chile, las cuales considera que fallaron al no enfocarse en derechos económicos, sociales y culturales (DESC), pues su énfasis estuvo en las violaciones de derechos civiles y políticos (DCP), dejando los aspectos económicos simplemente como factores contextuales (2014, p. 39).

Hallazgos similares han sido reportados por Carranza respecto de los juicios penales realizados en el marco de procesos transicionales. El mismo autor ha criticado también la escasa producción en materia de informes de Naciones Unidas sobre esta cuestión, en comparación con aspectos relacionados con violaciones de derechos civiles y políticos (2008, pp. 316 y 319). Otros críticos han encontrado que si bien en algunos procesos transicionales se han abordado dimensiones socioeconómicas, esto no se ha hecho desde el punto de vista de los derechos humanos, sino más bien como respuesta a demandas políticas de determinados grupos (Sriram, 2014, p. 34; Sharp, 2014, p. 12; Miller, 2008, p. 276). En otros casos, se ha criticado que aquellos procesos de construcción de paz que han incluido ciertos programas sociales como procesos de reforma agraria, no han sido completamente implementados (Sriram, 2014, p. 34).

Al preguntarse el porqué de esta situación, la literatura sobre la materia generalmente ha recurrido a seis explicaciones principales. En primer lugar, la mayoría de académicos concuerdan en que la exclusión de aspectos socioeconómicos en la justicia transicional es, en parte, el resultado de la influencia de la disciplina de los derechos humanos en la formación de la justicia transicional, dado que la evolución histórica de los derechos humanos ha favorecido los derechos civiles y políticos en detrimento de los derechos económicos, sociales y culturales (Waldorf, 2012, p. 173; Sriram, 2014, p. 39). De hecho, muchos de los activistas y académicos que fundaron el campo de la justicia transicional provenían del mundo de los derechos humanos (Arthur, 2009; Sharp, 2014, p. 14). En esa época, las violaciones de los derechos civiles eran consideradas como más graves y, por tanto, habrían sido

priorizadas en las respuestas de justicia transicional. Adicionalmente, para algunos autores, la naturaleza legalista de los derechos humanos fue importada a la justicia transicional, lo cual contribuyó a que su enfoque fuera restringido (Sharp, 2014, p. 13).

En segundo lugar, algunos autores sugieren que la exclusión de los derechos económicos y sociales de la justicia transicional se debe a la adscripción de esta al “consenso liberal de construcción de paz” (Waldorf, 2012, p. 173; Muvingi, 2009, p. 167). Este término fue desarrollado por algunos académicos para referirse a un rango de actividades desarrolladas por organizaciones internacionales, instituciones financieras internacionales, ciertos donantes y ONG con el objetivo de “promover estabilidad, democratización y desarrollo en países que superan conflictos violentos” (Sriram, 2014, p. 30). Los objetivos finales de estas actividades son la promoción del libre mercado y la democracia liberal. Así, como señala Sharp, “mientras que los puntos ciegos de la justicia transicional reflejan las divisiones y jerarquías históricas del derecho internacional de los derechos humanos, también son muestra del consenso liberal internacional de la construcción de paz en la cual el libre mercado y la democracia occidental es asumida como el producto deseado de la reconstrucción de un posconflicto” (2014, p. 2). En este sentido, la exclusión de una agenda económica y social no es algo neutral, sino una derivación de una decisión política determinada. Como sugiere Teitel, parece más que coincidencia que la justicia transicional haya aparecido en la misma época que el proceso de globalización económica (2003, p. 84).

Una tercera razón estaría en la influencia de otras áreas del derecho, especialmente el derecho penal internacional y el derecho internacional humanitario en la justicia transicional (Arbour, 2006, p. 3). Especialistas como Teitel (2003), Schmid y Nolan (2014) argumentan que si bien el derecho internacional de los derechos humanos fue fundamental en los albores de la justicia transicional, fue con la inclusión de conflictos armados y, particularmente con la normalización del derecho de la guerra y el derecho penal internacional, cuando se consolidó el campo. El punto es que, para dichas áreas, ninguno de estos regímenes normativos (derecho penal internacional y DIH), de manera específica, parece adecuado para enfrentar temas de justicia social (Waldorf, 2012, p. 173; Sharp, 2014, p. 14).

Una cuarta explicación se enfoca en que, en sus orígenes, la justicia transicional fue concebida como una serie de “procesos legales e institucionales de corto plazo, en vez de transformaciones socioeconómicas más largas y profundas” (McAuliffe, 2014, p. 83). Para algunos, esta concepción es herencia del contexto específico del Cono Sur latinoamericano, en donde los mecanismos de justicia transicional fueron inicialmente implementados, y luego terminaron convirtiéndose en el “modelo de intervención” de otras transiciones, pese a la diferencia de contextos (Sharp, 2015, p. 170).

Un quinto argumento explicativo, relacionado con varios de los anteriores, se refiere a las tácticas de incidencia. Algunos académicos sugieren que una de las razones por las cuales han prevalecido las demandas asociadas con violaciones de derechos civiles y políticos tiene que ver con el énfasis de los activistas en tener claridad sobre los conceptos de violador, violación, remedio y víctima. Este argumento deriva entonces de la concepción inicial de incidencia en derechos humanos asociada al reconocimiento de daño e imputación de responsabilidad clásica conocido en el mundo de los derechos humanos como la estrategia de “*namíng and shamíng*”.⁹ Además, para cierto sector de la doctrina, las violaciones de los DESC no son vistas como crímenes (incluso si estas son masivas) pues la intencionalidad es menos clara.

Finalmente, algunos autores imputan esta situación a la aproximación dominante de la justicia transicional como un proceso de arriba hacia abajo “que se preocupa más por alcanzar los acuerdos necesarios que garanticen que las élites que detentan el poder logren sustentar la transición política, y menos por la naturaleza participativa de la construcción de democracia desde lo comunitario” (Sharp, 2015, p. 150; ver también Roht-Arriaza, 2014, p. 110).¹⁰

9 Para ver una defensa y crítica de este método y su adecuación a una estrategia de incidencia en derechos humanos, ver el clásico debate entre Keneth Roth de Human Rights Watch (Roth, 2004) y Leonard Rubenstein (2004).

10 Este argumento tiene que ver con la naturaleza de los enfoques “desde arriba” o “desde abajo” de la justicia transicional, referidos en las posturas críticas de McEvoy (2007) y Lundy y McGovern (2008).

Reparos a la justicia distributiva en la agenda transicional

Más allá de las posibles causas históricas de esta situación, un sector de la academia defiende la idea de que existen razones conceptuales y prácticas que ameritan que la justicia transicional no se expanda a tareas relacionadas con aspectos económicos y sociales. Para este grupo, como afirma Rosemary Nagy en su crítica a la justicia transicional, existe la necesidad de focalizar, de una vez por todas, un campo que parece tener una “exagerada pretensión de expansión y de colonización de todas las agendas posibles” (Nagy, 2008, p. 276).

El primer argumento se deriva de la supuesta naturaleza de los derechos económicos, sociales y culturales. En este aspecto se incluyen reparos como que (i) las afectaciones de cuestiones sociales, como la pobreza, la exclusión o la vulnerabilidad no son problemas específicos, sino la manifestación de situaciones estructurales de inequidad; (ii) es más difícil encontrar una relación directa entre el conflicto armado o la represión y estos problemas, que entre violencia y violaciones de derechos civiles y políticos; (iii) no todos los temas que incluyen –y de hecho, la mayoría de ellos– son justiciables, y (iv) en esta clase de temas es difícil encontrar con claridad las víctimas y perpetradores directos (Sharp, 2014, p. 18).

Lars Waldorf, un reconocido crítico de la expansión del campo de la justicia transicional, refuta además la idea de que todos los derechos son indivisibles, bajo el argumento de que dicho principio todavía no ha alcanzado el estatus de norma de costumbre internacional. Además, sostiene que incluso si se aceptara que los derechos son indivisibles, este no es un argumento suficientemente convincente como para aceptar la inclusión de estos derechos pues “no ofrece ninguna guía sobre cómo priorizar acciones en contextos de fragilidad institucional y recursos limitados, como son los transicionales” (2012, p. 174).¹¹ Comple-

11 Este argumento es similar al expuesto por Eric Posner como una crítica general a los derechos humanos. Según Posner, “el verdadero problema con el régimen de los derechos humanos yace en otra parte. Si te sientas y lees los tratados, algo que notarás de inmediato es que hay una cantidad espantosa de derechos. Existen unos 400, según mi conteo, y a menudo son bastante imprecisos y abarcan una amplia gama de intereses humanos” (2014).

mentariamente, Waldorf ataca el argumento de quienes sostienen que los asuntos económicos y sociales deben ser incluidos en las fórmulas transicionales por constituirse como las raíces del conflicto que no pueden ser obviadas, si lo que se busca es evitar la no repetición. Waldorf recurre a la extensa literatura que ha discutido el tema, para concluir que “el grado en el cual la pobreza y la inequidad son las causas del conflicto armado es altamente debatido entre científicos sociales” (p. 175).¹²

Una segunda línea de crítica se basa en la inadecuación del marco legal de la justicia transicional para responder a estos desafíos. Así, algunos académicos critican que los defensores de la inclusión de temas socioeconómicos en la agenda de la justicia transicional asumen ingenuamente que “las cortes pueden proveer una vía efectiva para producir justicia social”, sin darse cuenta que, precisamente en sociedades transicionales, “la situación política y social del Estado puede llevar a que la implementación de fallos de naturaleza socioeconómica genere resultados distorsionados” (Haldemann y Kouassi, 2014, p. 509). Esto se debería, en parte, a que el marco legal de protección de estos problemas no se ajusta de manera adecuada a los objetivos de la justicia transicional. Así lo ha señalado Pablo de Greiff, al apuntar que “el marco normativo para perseguir y reparar prácticas que lleven a la inequidad, el subdesarrollo y los crímenes económicos es más débil que aquél establecido para perseguir y reparar violaciones a derechos humanos” (De Greiff, 2009, p. 41). Generalmente, aquellos países que atraviesan por periodos de transición se caracterizan por sistemas jurídicos limitados para los reclamos de derechos y no son los más dotados de herramientas judiciales efectivas para la satisfacción de los mismos, incluyendo los derechos económicos, sociales y culturales. En consecuencia, muchos opositores a

12 Este asunto es particularmente importante frente al tema de tierras. Existen varias teorías sobre la relación entre la distribución de la tierra, el conflicto y la violencia política. Algunos teorizan que la distribución de la tierra independientemente de otros factores es una causa de violencia política. Otros creen que la distribución de la tierra es relevante como causa de la violencia política cuando está vinculada a la creación y la perpetuación de la desigualdad de ingresos. Otro grupo de analistas sugiere que la falta de tierras, en lugar de la desigualdad de la distribución, es la causa más importante del descontento campesino. Una recopilación bibliográfica interesante aparece en Gutiérrez Sanín (2015).

la ampliación del campo ven el litigio sobre materias socioeconómicas “altamente inefectivo como una herramienta para avanzar la justicia social, especialmente respecto a grupos sociales en pobreza y marginalización” (Haldemann y Kouassi, 2014, p. 512). Es por esto que autores como de Greiff y Waldorf consideran que estos temas deben ser enfrentados con los instrumentos de otras iniciativas de intervención, como el desarrollo, en lugar de herramientas de justicia transicional. Pablo de Greiff ve los campos del desarrollo y la justicia transicional como separados, pero complementarios (2009, p. 33); mientras que Waldorf sostiene que los aspectos de inequidad estructural deben ser abordados mediante herramientas de política que en democracia lleven a la justicia distributiva, y no mediante las herramientas asociadas a la justicia transicional (2012, p. 179).

Un tercer argumento sugiere que la expansión del campo para la inclusión de materias sobre justicia distributiva o aspectos socioeconómicos tendría el efecto directo de abrir el campo de tal manera que al querer hacer todo, nada podría ser efectivamente realizado. Para McAuliffe, esta situación parte del hecho de que “la mayoría de los argumentos que defienden la relación entre la justicia transicional y derechos socioeconómicos son sorprendentemente ambiguos y presumen que ésta puede transformar arreglos sociales radicalmente injustos en una manera que incluso la guerra, la democracia, el desarrollo o la ayuda internacional no pueden” (2014, p. 81). Un riesgo similar avista Lars Waldorf: “aumentar lo que ya son expectativas infladas de lo que los mecanismos de justicia transicional pueden lograr” (2012, p. 179). Para ello, da como ejemplo las comisiones de la verdad, que, a su juicio, han expandido sus objetivos iniciales de tal forma que se han convertido en mecanismos ambiguos. Así las cosas, la crítica es doble. Por un lado, se estaría expandiendo demasiado el campo al punto de que perdería su foco y no sería efectivo para alcanzar sus objetivos propuestos. Por otro lado, se estaría expandiendo con asuntos que problematizan estos objetivos pues no tienen un derrotero definido.

De esta crítica también se deriva un argumento relacionado con la posible crisis de legitimidad. El riesgo es doble. Primero, si la justicia transicional no puede mostrar políticamente una agenda concreta y alcanzable, corre el riesgo de que no sea vista

socialmente como legítima o deseable. Un programa político que no tenga un fin específico será tan ambiguo que difícilmente logrará apoyo público (Sharp, 2014, p. 19; Waldorf, 2012, p. 179; McAuliffe, 2014, pp. 99-100). Segundo, si la sociedad percibe que los objetivos de la justicia no se cumplen, dejará de verla como un proyecto político legítimo que debería ser apoyado. En ambos casos, la ampliación del campo produciría un efecto perverso que sería la crisis de legitimidad de todo el proyecto.

Adicionalmente, los críticos resaltan la poca capacidad práctica o logística de las herramientas de la transición para alcanzar los objetivos que exigen políticas de justicia social. Como lo resume Rama Mani, este argumento se basa en la idea de que “los patrones de la injusticia social son tan amplios, las víctimas son tantas, su impacto y las consecuencias son tan profundas tanto en individuos como en las comunidades, que es difícil pensar cómo articular el limitado campo de las medidas de justicia transicional como los juicios, las comisiones de la verdad, o las reformas institucionales, para dar cuenta de estos problemas” (2008, p. 255).

Al menos tres razones prácticas han sido dadas para sustanciar la preocupación que resume –mas no comparte– Rama Mani: (i) sería muy costoso, (ii) tomaría mucho tiempo y (iii) ni los Estados, ni los involucrados tienen la capacidad para hacerlo. En cuanto al primer punto, los críticos señalan que la práctica muestra que los mecanismos de justicia transicional, como están ya, han probado ser inevitablemente costosos, sobrecargados y desfinanciados, en particular en contextos de posconflicto en donde los Estados por lo general carecen de recursos suficientes (Sriram, 2014, p. 35; Sharp, 2014, p. 18; Waldorf, 2012, p. 179). En cuanto a las preocupaciones temporales, De Greiff apunta que los defensores de la expansión generalmente olvidan que “frecuentemente las raíces de estos problemas son culturalmente más profundas y profundas, y por tanto, mucho más difíciles de enfrentar” (2009, p. 41). Por el contrario, la justicia transicional y sus mecanismos tienen, por definición, “una expectativa de duración corta, generalmente asociada al período político de transición (Waldorf, 2012, p. 179). Finalmente, una serie de críticas se dirigen a cuestionar la capacidad que tendrían los débiles estados posconflictuales para acometer estas tareas (McAuliffe, 2014, p. 99), así como se señala que los académicos y practicantes de la justicia transicional “no

tienen ninguna experiencia en el diseño e implementación de programas para reducir las inequidades socioeconómicas” (Waldorf, 2012, p. 179).

Finalmente, los críticos argumentan que para que puedan producirse, las transiciones dependen del apoyo, o al menos del consentimiento, de ciertas élites. Como lo defendieron originalmente Guillermo O’Donnell y Samuel Huntington, las transiciones políticas son el producto de difíciles y frágiles acuerdos políticos amenazados por muchos factores (*spoilers*) que si ven en peligro determinados intereses no aceptarán que la transición se produzca. En tal sentido, transformaciones económicas radicales pueden ser consideradas como inaceptables por las élites económicas que sostuvieron el régimen o se beneficiaron del conflicto (Sharp, 2014, p. 17; Sriram, 2014, p. 34). Lars Waldorf es uno de los defensores de este argumento; muestra, con algunos ejemplos, que “la inclusión de crímenes de naturaleza económica puede provocar una mayor oposición a la justicia transicional, ya no solo de las élites políticas, sino además de las élites económicas que se beneficiaron de estos crímenes, así como sus cómplices” (2012, p. 177).

La defensa de una justicia transicional inclusiva

Estas críticas han sido contestadas por otro sector de la doctrina que defiende la ampliación del campo de la justicia transicional para incluir aspectos relacionados con justicia social y aspectos socioeconómicos. En una tendencia creciente, académicos de distintos contextos han formulado múltiples argumentos que se detienen no solo en mostrar la falsedad de las críticas, sino además en aportar nuevas razones por las cuales se justifica una aproximación más amplia del campo.

En primera instancia, los argumentos sobre la naturaleza de los DESC, y su consecuente inadecuación para ser considerados dentro de una política de transición, así como los reparos sobre las herramientas de la justicia transicional para incluirlos, han sido refutados por distintos académicos por encontrarlos como parte de la vieja discusión sobre la falsa dicotomía conceptual entre derechos económicos, sociales y culturales y los derechos civiles y políticos (Sriram, 2014, p. 28; Carranza, 2008, p. 310).

Durante ya más de 20 años, la doctrina jurídica ha desmitificado la idea de que existen diferencias conceptuales profundas entre los derechos (basadas en si pertenecen al grupo DESC o DCP), que harían razonable establecer prioridades de protección entre ellos o mecanismos diferenciados de satisfacción.¹³

Como señala Miller, en la medida en que la justicia transicional creció asociada en buena parte con los debates sobre derechos humanos, de allí “se han importado tanto las limitaciones como los beneficios del discurso de los derechos humanos” (2008, p. 275). A pesar de que este debate se ha pacificado en los últimos años y en la actualidad los argumentos sobre la dicotomía de derechos han sido abandonados por un amplio sector de la doctrina y de los practicantes de los derechos humanos, Schmid y Nolan han apuntado que las discusiones sobre justicia transicional siguen demostrando (tanto de parte de opositores como de defensores de ampliar el campo) importantes desconocimientos conceptuales y prácticos sobre la naturaleza de los derechos económicos, sociales y culturales. Estas dos autoras se concentran en cuatro temas específicos: (1) estructural *vs.* específico; (2) largo plazo *vs.* corto plazo; (3) simple *vs.* complejo; y (4) abusos y violaciones *vs.* cuestiones de contexto.

En primer lugar, las autoras critican la tendencia a ver los DESC necesariamente como cuestiones de falencias estructurales, mientras que los civiles y políticos como violaciones específicas o puntuales. Este argumento no tiene en cuenta que en cuestiones de violencia masiva, la violencia física y las violaciones de los derechos civiles y políticos se convierten en estructurales, así como tampoco observa que violaciones puntuales de DESC ocurren con relativa frecuencia en situaciones de conflicto, como cuando “grupos armados queman casas, destruyen cultivos, deshabilitan infraestructura sanitaria o envenenan fuentes de agua potable” (2014, p. 373).

13 La literatura sobre el punto es profusa. Para un resumen de los múltiples argumentos, ver Abramovich y Courtis (2002) y Rodríguez y Rodríguez (2015). En materia internacional, la cuestión se ha discutido arduamente y parece haber sido saldada mediante la adopción del Protocolo Facultativo al Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales en 2011. Sobre el tema, ver Courtis (2008).

En segundo lugar, Schmid y Nolan encuentran que erróneamente la discusión entre transicionalistas asume que las violaciones de derechos civiles y políticos son una tarea de corto plazo, mientras que las violaciones que involucran derechos económicos, sociales y culturales requieren necesariamente proyectos a largo plazo. No obstante, las autoras subrayan que la doctrina relevante ha demostrado ya que múltiples aspectos de los DESC son realizables de manera inmediata; al mismo tiempo, algunos relativos a la plena vigencia de los DCP son imposibles de alcanzar de manera inmediata y deben ser implementados mediante políticas públicas de alcance progresivo.

En tercer lugar, el texto cuestiona la idea de que las violaciones de los DCP son cuestiones jurídica y fácticamente simples, mientras que las asociadas a DESC son siempre complejas. Las autoras se preguntan, por ejemplo, por qué se debería considerar que reparar la destrucción de viviendas en el marco de un conflicto armado debería ser inherentemente más complejo que reparar desapariciones forzadas u otras graves violaciones de derechos civiles y políticos (p. 375).

Finalmente, Schmid y Nolan ponen en duda la asunción general consistente en que las cuestiones relativas a los DESC son la “consecuencia secundaria de las violaciones a los derechos civiles y políticos o simplemente las necesidades diarias de las víctimas”, mientras que “las violaciones a los derechos humanos son el resultado de una acción deliberada de violencia” (p. 376). En tal sentido, acudiendo a la idea de interdependencia e indivisibilidad, las autoras llaman a miradas más complejas de los escenarios de conflicto que puedan permitir mejores diagnósticos de política.

En una segunda línea de respuesta, una serie de activistas y académicos defienden que la inclusión de cuestiones relacionadas con justicia social o reducción de inequidades es vital a uno de los objetivos principales de la justicia transicional pues sería un vehículo importante para reducir la conflictividad y la violencia asociada a esta (Sriram, 2014, p. 36; Cahill-Ripley, 2014, p. 192). Estos argumentos son denominados por Chandra Leika Sriram como “razones pragmáticas de prevención de conflictos” (p. 37), mientras que por Louise Arbour como “razones instrumentales” que justifican la ampliación del campo (2007, p. 8). En

su influyente llamado a incluir estos temas en la agenda de transición, la Ex-alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos resaltó la necesidad de abogar por una justicia transicional que “enfrente la injusticia del pasado mediante medidas que procuren un futuro más equitativo”, lo cual, a su juicio, debería incluir “crímenes y abusos cometidos durante el conflicto que dio lugar a la transición, así como a las violaciones a derechos humanos que precedieron el conflicto, lo causaron, o contribuyeron a este” (Arbour, 2007, p. 3). A una conclusión similar llega Sharp (2014), quien sostiene que el lenguaje de “nunca más” tiene muy poco sentido si los autoimpuestos puntos ciegos del campo distorsionan nuestro entendimiento del conflicto y limitan nuestro rango de soluciones posibles.

La crítica de Waldorf, relativa a que el grado en el cual factores de disparidad económica contribuyen a la creación y persistencia de los conflictos, continúa siendo debatida en ciencias sociales; autores como Sriram contestan diciendo que “la mayoría de académicos concuerdan en que la pobreza absoluta y la inequidad relativa, asociados con la competencia por recursos escasos o costosos, pueden contribuir al conflicto” (2014, p. 33). Miller va más allá, al sostener que debe tenerse en cuenta además que “aparentes motivaciones étnicas, raciales o religiosas de conflictos armados usualmente esconden orígenes económicos” (2008, p. 285). Por tanto, al ignorar raíces profundas de los conflictos como la relación entre inequidad y reconciliación, así como injusticia e inequidad, los mecanismos de justicia transicional pueden contribuir a la creación de nuevos brotes de violencia. Esto, además, puede llevar a no incluir en los procesos de transición actores involucrados en la violencia como los económicos, abarcando empresas multinacionales, que pueden llegar a ser conclusivos en “desbalances estructurales transnacionales” (p. 285).¹⁴

De manera similar a los argumentos sobre prevención del conflicto, se defiende que la inclusión de estos aspectos contribuye a una idea de “paz holística”. Así, en lugar de que la justicia transicional tenga una mirada meramente retrospectiva o

14 Sobre actores corporativos y justicia transicional, ver, en general, Michalowski (2014). Para una tipología de aspectos económicos y actores privados en contextos de transición, ver Sánchez (2014).

preventiva de la violencia, los proponentes de esta idea abogan por la inclusión de medidas de justicia social en la agenda transicional como una herramienta para la creación de paz positiva.¹⁵ En este sentido, las políticas de justicia social y combate a la inequidad pueden constituirse en medidas de justicia que impliquen cambios en la distribución y no solamente en el retorno a las condiciones del *statu quo* que precedieron al conflicto.

Dustin Sharp es uno de quienes promueven que la justicia transicional se enfoque no sólo en el establecimiento de la democracia, sino que además se preocupe por la construcción de paz positiva (2014, p. 4). Para Sharp, la justicia transicional no solo debe concentrarse en el “silenciamiento de los AK-47s y en la ausencia de violencia directa física”, sino que debe también tener como prioridad otras formas indirectas de violencia como la pobreza, la corrupción, las inequidades extremas de carácter económico, social, civil y político, así como otras formas de injusticia social (p. 21).

Quienes defienden esta aproximación reconocen que esta propuesta pretende ir más allá de los enfoques tradicionales de la justicia transicional, que a juicio de Sharp son generalmente más “legalistas” y, por tanto, no incluyen este tipo de preocupaciones (p. 22). Además, aceptan que este enfoque de promoción de paz controvierte la idea de una inherente tensión entre justicia y paz (Sriram, 2014, p. 29). Es por ello que Rama Mani prefiere denominar este enfoque como transformativo más que transicional, pues debe incluir “una aproximación multifacética de la construcción de paz, que se oriente no solo a la reconstrucción del Estado de derecho y la reparación de los abusos pasados, sino además orientada a enfrentar las injusticias socioeconómicas y culturales que potencialmente pueden causar los conflictos” (citado por Haldemann y Kouassi, 2014, p. 501).

Adicionalmente, se defiende que no enfrentar los asuntos relacionados con discriminaciones o carencias sociales estructurales puede generar “impunidades mutuas que se refuerzan entre sí” o “círculos nefastos de impunidad” (Carranza, 2008, p. 29; Sriram, 2014, p. 5). Así, al no enfrentar la impunidad relacionada con

15 La distinción entre los conceptos de paz positiva y paz negativa viene de la tipología clásica de Galtung (1968).

delitos económicos, se produce un contexto en el que se promueve la impunidad de violaciones de derechos civiles y políticos. Ello, pues quienes cometen delitos físicos o de sangre usualmente perpetran además violaciones económicas, y los recursos que amasan a partir de dichas actividades les permitirán evadir las consecuencias de sus atrocidades en materia de derechos civiles y políticos. Al intervenir estos ciclos económicos se facilita entonces una mayor posibilidad de persecución por los delitos de sangre.

Los defensores de esta tesis han sugerido varios ejemplos de experiencias comparadas que a su juicio sustentan esta idea. Ruben Carranza, por ejemplo, se remite a los ejemplos de los regímenes de Pinochet en Chile, Abacha en Nigeria, Suharto en Indonesia y Marcos en Filipinas, para argumentar que los crímenes económicos ayudan, “en lo mínimo, a vencer o retrasar las estrategias de justicia y persecución penal por otras violaciones de derechos humanos” (2008, p. 313).¹⁶

Un argumento adicional puede derivarse de lo expuesto por Pablo de Greiff, quien –vale la pena aclarar– se opone a la ampliación del campo, pero está abierto a interconexiones con otros campos, como el del desarrollo. Para De Greiff, hacer públicas estas violaciones de naturaleza económica podría traer un beneficio adicional, el cual sería la deslegitimación de los perpetradores de violaciones políticamente motivadas frente a los ojos del público general (2009, p. 34).¹⁷

Una tercera línea de defensa enfatiza en la priorización de las necesidades y expectativas de las víctimas. Este argumento se estructura con base en dos premisas. En primer lugar, parte de defender que cuando se consulta a las víctimas sobre sus prioridades o expectativas en procesos de transición, estas generalmente identifican dentro de sus mayores anhelos asuntos relacionados con derechos económicos, sociales y culturales. En segundo lugar, la teoría de la justicia transicional dominante establece que las medidas

16 Un argumento similar, basado en el caso de Liberia, es defendido por Schmid (2009, p. 6).

17 Pablo de Greiff cita el caso de Pinochet y sus cuentas en el “Riggs Banks” con dinero de corrupción. Según De Greiff, este asunto deslegitimó a Pinochet y el mito que existía en un sector de Chile de que había sido un dictador sangriento, pero que lo había hecho por una necesidad colectiva y no para beneficio personal.

deben estar dirigidas a la satisfacción de las expectativas de las víctimas (p. 35). Así las cosas, si de satisfacer a las víctimas se trata, las cuestiones relacionadas con los DESC deberían ser incluidas como prioritarias dentro de las medidas de justicia transicional.

Dado que la satisfacción de servicios sociales está directamente relacionada con las necesidades más inmediatas de las víctimas, estas, al ser consultadas, usualmente las identifican como prioridades. Para el caso de Nepal, por ejemplo, Simon Robins descubrió que la verdad sobre el paradero de los desaparecidos, la recuperación de los cuerpos y la posibilidad de cubrir necesidades básicas, como alimentación, servicios sanitarios y educación, fueron preferidas por las víctimas sobre otro tipo de derechos (2012, p. 17). Más allá del debate sobre si la entrega de estos servicios básicos puede ser contada o no como medida de reparación (Uprimny y Saffon, 2012), autoras como Chinkin (2009) y Schmid (2013, p. 241), exponen que, en muchos contextos, cubrir las necesidades básicas de las víctimas es un prerrequisito para iniciar procesos de persecución de responsables de violaciones a derechos civiles y políticos o incluso un requisito previo para iniciar diálogos sobre reparación. La inclusión de materias relacionadas con DESC es defendida entonces como un primer paso para empoderar a las víctimas para la garantía de otros derechos.

Además, si las necesidades básicas de las víctimas son una de las preocupaciones centrales de las sociedades en transición, entonces los procesos de justicia transicional sólo serán percibidos como legítimos si adecuadamente enfrentan estas preocupaciones. El propio Pablo de Greiff reconoce que las sociedades en transición generalmente están sumidas en la pobreza, altas inequidades, instituciones débiles, infraestructura pública destruida, niveles bajos de gobernabilidad, altos niveles de inseguridad y bajos niveles de capital social. Por tanto, concluye De Greiff, “no es irrazonable pensar que solo si las condiciones de vida de las personas mejoran como consecuencia de la transición política las medidas de justicia transicional dejarán de ser vistas como una serie de eventos triviales” (2009, p. 30). De manera más directa, Naomi Roht-Arriaza considera que las mejoras en las condiciones de vida, especialmente de aquellos que soportaron la violencia en carne propia, será la vara a partir de la cual se mida el éxito de la transición (2014, p. 110).

De forma complementaria, otros autores defienden la expansión del campo, acudiendo a argumentos de agencia local y pertenencia del proceso por parte de los actores locales. Este argumento se basa en un postulado muy defendido hoy en día en el campo de las transiciones, especialmente por los seguidores de las corrientes de la “justicia transicional desde abajo”: más que lineamientos internacionales o académicos, un proceso de transición debe responder a las expectativas de sus constituyentes primarios. Son aquellos afectados por el conflicto o represión quienes legítimamente deben tomar las decisiones sobre la naturaleza y el alcance de su programa político de transición (Nagy, 2008; McEvoy, 2007). Sharp y Carranza han desarrollado estos argumentos en relación con derechos económicos, sociales y culturales. Para el primero, los procesos transicionales generalmente adolecen de ser “dirigidos externamente” y “de arriba hacia abajo”, a pesar de que la política de las Naciones Unidas es promover la “agencia local” en materia de justicia transicional (Sharp, 2015, p. 160). Por tanto, para que esta idea deje de ser simplemente retórica, es necesario hacer caso a los “dueños locales” del proceso e incluir, cuando estos así lo consideren, materias de justicia social como tareas prioritarias del programa de transición.

Un argumento adicional para la inclusión de estos aspectos sostiene que solamente a partir de un análisis integral del contexto, de las violaciones de los derechos civiles y libertades, exclusiones, discriminaciones y motivaciones económicas de los crímenes, es posible crear una narrativa completa del pasado que permita cumplir con los objetivos de la transición (Sriram, 2014, p. 35; Sharp, 2014, p. 3, y 2015, p. 171; Miller, 2008, p. 5). Incluir solamente violaciones físicas termina por simplificar el contexto histórico de las narrativas e impide un proceso efectivo de memoria colectiva. Así ocurrió, según Zinaida Miller, en el caso sudafricano, en el cual el *apartheid* se terminó convirtiendo en “una historia acerca de violaciones específicas e individuales, en lugar de un contexto sistemático y prolongado de abusos producidos por un proyecto colonial con objetivos económicos”. A su juicio, un caso similar sucedió en Ruanda, cuyo genocidio terminó representado como “una historia de odio entre Hutus y Tutsis, en lugar de una narrativa de décadas de inequidad de recursos, distribución inequitativa de tierras y construcciones coloniales lesivas” (2008, p. 281).

La decisión de cómo se realiza una narrativa es tanto política como práctica. Miller expone que los propios parámetros de categorías como “perpetrador” y “víctima” se determinan desde el propio mecanismo, y los efectos de estas definiciones no solo impactan en el debate abstracto del Estado de derecho, sino en la visión más amplia de lo que significó la atrocidad y cómo la sociedad se define frente a ella. Los actores indirectos, como los financiadores o quienes se beneficiaron económicamente de la violencia, quedan intocados y terminan como inocentes en la reconstrucción de la historia.

Este argumento es compartido por Sharp, quien no solo defiende la idea de que incluir un solo tipo de derechos es erróneo pues se presenta una suerte de violencia unidimensional, cuando en la vida real los conflictos son “procesos complicados y desordenados de relaciones políticas sociales, económicas y culturales”, sino que además se preocupa por los efectos de esta historia. Así, Sharp sostiene que el problema fundamental de las narrativas distorsionadas es que limitan el rango de imaginación sobre las posibles soluciones posconflicto que pudieran emprenderse para enfrentar las raíces del conflicto (2015, p. 171).

Una cuarta línea de argumentación se enfoca en los impactos prácticos de incluir o excluir derechos. Los argumentos de este tipo se basan en la premisa de que incluir o excluir un determinado tema de la agenda es siempre una decisión política que tiene consecuencias prácticas. Así, una serie de académicos critican la seudoneutralidad que defienden aquellos que exponen que la justicia transicional debería no tomar partido por una opción de intervención. A su juicio, al no incluir los temas relacionados con la violencia económica o sus efectos se está tomando una clara decisión distributiva. Aquella de hacer prevalecer el *statu quo* actual o *ex ante*. Miller cuestiona, por ejemplo, la idea de neutralidad y apoliticidad de los mecanismos más “legales” de la justicia transicional pues en ellos existe una opción política definida respecto de la inequidad, la redistribución y el desarrollo (2008, p. 267). En la misma línea, Sharp sostiene que cuando la justicia transicional no enfrenta tales situaciones, las está legitimando, y lo hace generalmente a partir de su visión de consenso liberal de construcción de paz que viene asociada con su agenda de democratización y liberalización de mercados (Sharp, 2014, p. 3; Nagy, 2009, p. 279).

Por el contrario, si se ve de otra forma, la necesidad de intervención es justificada por razones pragmáticas. Por ejemplo, en lo que se relaciona con la intervención sobre actores económicos o aquellos que han cometido crímenes económicos. Al intervenir las fortunas ilegalmente amasadas durante la represión o el conflicto, la sociedad en transición podría traer recursos que ayuden a solventar necesidades de la transición y, en particular, las relacionadas con la reparación de las víctimas (Carranza, 2008, p. 324).

Un argumento final, también de origen pragmático o de estrategia política, es aquel que señala que los procesos de transiciones son oportunidades únicas –o muy raras–, en donde las sociedades pueden hacerse preguntas trascendentales y tienen la capacidad política para impulsarse transformaciones. Las cuestiones relacionadas con inequidades históricas e intrincadas difícilmente se transforman mediante el empleo de mecanismos rutinarios; por el contrario, los cambios radicales se han producido a través de iniciativas que han aprovechado determinados momentos históricos en donde se canalizan intereses políticos transformadores (Teitel, 2002, p. 87). Así las cosas, si el escenario transicional y su *momentum* no son aprovechados para discutir proyectos de largo plazo que requieren una transformación radical en el orden injusto, se hará poco provecho de él y además no aplazará –como sostienen los defensores de la implementación secuencial de medidas– sino que impedirá que estos temas sean resueltos (Sharp, 2014, p. 18).

Lineamientos para un debate productivo

Tanto la fuerza de los argumentos que han respondido a las voces críticas de la expansión del campo para incluir aspectos socioeconómicos dentro de la agenda de la justicia transicional como las experiencias comparadas recientes han ido cimentando una creciente práctica de admitir que, en determinados contextos, es necesario ampliar la concepción más limitada de los objetivos y tareas de la justicia transicional (OACNUDH, 2014). Hace casi una década, cuando el debate empezó a ganar tracción, Rama Mani se preguntaba: “¿Puede hoy la justicia transicional darse el lujo de no enfrentar de manera directa los problemas de injusticia social, los patrones de inequidad, discriminación y marginalización que

fueron los fundamentos del conflicto?” (2008, p. 253). La respuesta práctica general actual parece ser un abrumador no.

No obstante, hay varios aspectos sobre los cuales el debate no parece haberse resuelto. Esto se debe principalmente, a mi juicio, a ciertas inexactitudes conceptuales y metodológicas que han llevado a que los argumentos no puedan ser discutidos en el mismo plano. Como señalan Schmid y Nolan, en este debate se ha recurrido a una serie de términos que no necesariamente significan lo mismo, pero que han sido utilizados de manera tal que tienden a confusiones terminológicas y conceptuales importantes (2014, p. 1). Así, para referirse a la cuestión objeto de debate se hace uso de conceptos como ‘violencia económica’, ‘crímenes de naturaleza económica’, ‘crímenes socioeconómicos’, ‘dimensiones socioeconómicas del conflicto’, ‘justicia social’, ‘derechos económicos, sociales y culturales’, ‘raíces económicas del conflicto’, ‘violencia estructural’, ‘pobreza’, ‘discriminación y exclusión’, entre otros. Sharp, por ejemplo, recurre al concepto de ‘violencia económica’, que se opone al de violencia física, y que incluye “violaciones a derechos económicos y sociales, corrupción, el robo de recursos naturales, y otros crímenes de naturaleza económica” (2015, p. 169). Por otro lado, Lisa LaPlante, Paul Gready, Gaby Oré Aguilar y Felipe Gómez Isa recurren al concepto de ‘violencia estructural’, acuñado por antropólogos y médicos como Farmer, que refiere a “aquellas arraigadas condiciones socioeconómicas que causan pobreza, exclusión e inequidad” a partir de una “violencia sistemática adelantada por instituciones sociales que oprimen a ciertos grupos sociales condenándolos a la pobreza y la marginalización” (LaPlante, 2008, p. 33; Gready *et al.*, 2010, p. 2; Oré y Gómez, 2011, p. 1).

Es por ello necesario hacer algunas precisiones conceptuales y terminológicas que pueden ayudar a entender mejor el alcance de lo debatido y ayudar a avanzar en soluciones prácticas de intervención adecuada. Los aspectos en los que una aclaración conceptual sería beneficiosa son los siguientes: 1) la definición de la naturaleza del debate, 2) las distintas visiones sobre los aspectos que deberían ser abordados por la justicia transicional para hacer frente a las deficiencias identificadas y 3) las distintas formas en que se propone sean abordadas estas deficiencias.

Las distintas concepciones del problema

Si bien existe un núcleo de unicidad en quienes abogan por abrir las fronteras de la justicia transicional respecto de cuestiones económicas y sociales, también es cierto que las propuestas difieren tanto en su naturaleza (algunas son exigencias de carácter político, otras de economía política, y otras de carácter jurídico) como en su alcance (algunas se preocupan por el contexto general de inequidad o discriminación estructural, mientras que otras ponen énfasis en los impactos económicos de ciertas formas de violencia, pero no desafían el modelo económico o político general).

Entendiendo que estas diferencias obviamente varían la aproximación al tema,¹⁸ en este texto usaré el concepto de ‘aspectos socioeconómicos de la justicia transicional’, acuñado por la Red de Justicia Transicional de la Universidad de Essex, como un término genérico que se refiere de manera general al conjunto de estas preocupaciones. Si bien el argumento de Schmid y Nolan es correcto, en el sentido de que el uso de términos muy amplios puede llevar a inexactitudes jurídicas, también es cierto que leer las discusiones desde un concepto eminentemente jurídico como ‘derechos económicos, sociales y culturales’ no solo limitaría la discusión al campo jurídico, sino que además traería el problema de importar las propias críticas que se hacen a la relación conceptual de esta categoría.¹⁹ Así, en este punto entiendo el concepto de dimensiones socioeconómicas de la justicia transicional como un término paraguas que resume distintas aproximaciones al tema, incluyendo crímenes económicos o responsabilidad de actores económicos, pero que especialmente se concentran en la preocupación por las relaciones de igualdad material y desafíos de justicia social en una sociedad en transición, provenientes de contextos en donde se presentaron también violaciones atroces y sistemáticas de derechos considerados como civiles y políticos.

18 Por ejemplo, Rama Mani señala: si el enfoque es solamente cómo enfrentar crímenes económicos, no se requerirían necesariamente medidas de justicia social. Para ello, sólo podría ser necesario recurrir a mecanismos más tradicionales de responsabilidad (2008, p. 258).

19 Las propias Schmid y Nolan anotan que “los DESC son solo un aspecto de las dimensiones económicas y sociales de la justicia transicional” y, por ello, enfatizan la necesidad de distinguir entre estos derechos y otros aspectos socioeconómicos para evitar implicaciones problemáticas para ambos lados del debate (2014, p. 364).

En efecto, uno de los aspectos socioeconómicos de relevancia en la agenda de la justicia transicional en un contexto determinado puede ser la discriminación estructural, mientras que en otros contextos –o aun en el mismo– sería la comisión de crímenes de naturaleza económica como la corrupción. Entender y distinguir la naturaleza de cada uno de estos aspectos es fundamental para orientar el debate hacia los verdaderos dilemas y posibles obstáculos que enfrentaría una estrategia que intente dar cuenta de cada uno de ellos. En ese orden de ideas, y como se verá en el capítulo siguiente, la aproximación que puede tener una agenda transicional frente a la cuestión de la tierra puede ser abordada desde diversos puntos de vista.

Pese a que algunos de los dilemas pudieran ser comunes a las distintas tipologías de aspectos socioeconómicos, otros dependerán de qué tan estructural es el problema, o qué tan radical es la solución propuesta. Por ejemplo, en un lado del espectro de gradación sería posible ubicar los desafíos de incluir los denominados crímenes de naturaleza económica (bien sea en una sociedad altamente desigual o más o menos igualitaria). Allí, como dice Rama Mani, el desafío es efectivamente ampliar a más delitos la agenda de la transición y el alcance de los mecanismos tradicionales de justicia, pero no necesariamente se requerirán transformaciones radicales del orden social.²⁰ Pero esa no sería la misma situación de una sociedad que se enfrente a déficits de acceso a servicios públicos o cubrimiento de necesidades básicas de su población. Para enfrentar este reto se requerirían mecanismos adicionales como aquellos relacionados con oferta pública en materia de derechos económicos, sociales y culturales. Un tercer caso sería ofrecido por un contexto en donde las exigencias sociales de cambio radical de las condiciones de inequidad extrema vayan más allá del acceso prioritario a servicios mínimos vía seguridad social. Por ejemplo, el caso de un sistema de discriminación estructural que requiera medidas de política radicales y redistributivas como una reforma agraria. Distinguir los tres escenarios nos deja en una mejor posición para enfrentar un debate más concentrado sobre los desafíos reales –en contraposición a genéricos o imaginarios– de un determinado contexto de transición.

20 Sobre el tema, ver también la postura de Andrieu Kora (2012).

Los aspectos que deberían ser abordados y su justificación

Una segunda distinción que facilitaría avanzar en el debate es aquella relativa a la causa que justificaría incluir respuestas de tipo socioeconómico dentro del abanico de las medidas de la justicia transicional. En esta materia pueden identificarse al menos tres tipos de argumentos distintos: 1) los que sugieren que la justificación está en que tales fenómenos habrían obrado como causas o raíces del conflicto (teoría de los *root causes*); 2) los que defienden que así la desigualdad o discriminación no haya sido la causante directa del conflicto, la justicia transicional debe buscar corregir desigualdades históricas; y 3) los que independientemente de las condiciones existentes cuando se desencadenó el conflicto o la represión, defienden que si con la violencia produjeron injusticias, estas deben hacer parte de la agenda de la transición.²¹

El primer grupo de argumentos se basa en la idea de desenterrar las causas del conflicto para, por un lado, remediar los orígenes de las violaciones presentes y, por otro, evitar que se recurra a un conflicto similar. Este doble propósito se ve en Miller, quien defiende que si se ignoran las raíces más profundas del conflicto como la relación entre inequidad y reconciliación o de injusticia y distribución desigual, los mecanismos de justicia transicional contribuirán a nuevos brotes de violencia, pudiendo incluso mantener a las sociedades en “trampas de violencia” (2008, p. 288).

Esto incluiría, como defienden Frances Stewart y Wayne Nafziger, prácticas de discriminación, exclusión y marginalización de ciertos grupos o comunidades, generalmente basadas en cuestiones étnicas, raciales, de clase, de casta, de género, religión u otras diferencias (Stewart, 2002, p. 342; Nafziger, 2006, p. 14). Esta visión es compartida por Thoms y Ron, Louise Arbour y Rama Mani, quienes argumentan que las violaciones de

21 Otra forma de clasificación es realizada por Miller en su texto “(Re)distributing transitions”, en donde expone que los argumentos para incluir cuestiones de inequidad y violencia estructural pueden dividirse en tres categorías justificativas: 1) pragmáticas (basadas en la teoría de la paz sostenible o raíces del conflicto), 2) filosóficas (basadas en argumentos de justicia distributiva o equidad después del conflicto, y 3) sociológicas (basadas en las preferencias de las víctimas) (2013, p. 376).

naturaleza socioeconómica actúan como base estructural del conflicto (Thoms y Ron, 2007; Arbour, 2008; y Mani, 2008).

Así, como sugiere Miller, basados en razones pragmáticas, quienes defienden esta justificación encuentran que si uno de los objetivos de la justicia transicional es la construcción de paz duradera, todas aquellas cuestiones socioeconómicas que obran a la base del conflicto deben ser enfrentadas en aquellos contextos que así lo requieran.

Un segundo tipo de justificación está en aquellos que consideran que independientemente de si la inequidad o exclusión causó el brote específico de violencia, el proceso de transición es una oportunidad única para enfrentarlas y, por tanto, es necesario considerar estos aspectos dentro de las medidas de justicia. Así lo expone Louise Arbour con su tesis del “trampolín”, en la que defiende que una concepción de justicia transicional que incluya inequidades históricas creará democracias más robustas y concepciones de justicia más profundas y completas (2006). Esta idea se basa además en la teoría de los momentos de oportunidad de cambio que se presentan durante los procesos de transición. Así, a pesar de que no pueda derivarse una relación directa entre violencia e inequidad, seguiría siendo defendible la tesis de que las medidas de justicia transicional deberían aprovechar el momento de ruptura para promover cambios sociales radicales que profundicen la democracia y vigencia de los derechos.

La tercera aproximación, por su parte, se preocupa menos por la situación anterior al conflicto, y más por la situación posterior a aquel. Como lo ven Bergsmo, Rodríguez, Saffon y Kalmanovitz, una concepción muy limitada de rendición de cuentas que se base solo en las cuestiones anteriores al conflicto puede restringir el potencial de la justicia transicional para enfrentar las injusticias sociales y promover la transformación democrática (Bergsmo *et al.*, 2012). Así, la base de análisis para establecer la posible inclusión de factores socioeconómicos no debería ser solamente el punto de partida del conflicto, sino la situación real al finalizarlo. Allí podrán encontrarse, por ejemplo, situaciones en donde han existido transformaciones radicales de orden social y económico en las cuales los perdedores del conflicto habrán soportado más altos impactos y, con base en lógicas de justicia distributiva, se requerirían intervenciones independientemente de si esta situación

presente se deriva de una exclusión que haya funcionado como raíz del conflicto o de si hace parte de una situación estructural o histórica.

Los tipos de respuesta posible a los problemas identificados

Una tercera distinción que sirve para ordenar este debate se encuentra al analizar los tipos de respuesta o de intervención que defienden quienes abogan por una justicia transicional más inclusiva. En este tema es posible encontrar cuatro tipos de propuestas: (i) aquellas que ven el tema como una cuestión de promoción de desarrollo; (ii) las que proponen un abordaje basado en lógicas de justicia distributiva; (iii) las que sugieren abordar los problemas recurriendo a una expansión de los actuales procesos reconocidos como la “caja de herramientas” de la justicia transicional, y, finalmente, (iv) quienes tienen propuestas que mezclan las anteriores, como los defensores de las teorías de las reparaciones robustas.

En el primer grupo se ubican aquellos que ven la cuestión en clave de medidas de desarrollo o crecimiento económico. Esta opción identifica el asunto como un problema de recursos escasos (económicos, humanos, políticos, sociales) que deben ser enfrentados mediante políticas que produzcan más de esos recursos y lleguen, prioritariamente, a manos de aquellos más necesitados.²² Por tanto, quienes defienden esta aproximación la ven como una cuestión entre justicia y desarrollo, y, en buena medida, como una cuestión de desarrollo orientado al crecimiento económico (De Greiff y Duthie, 2009). Al poner la discusión en estos términos, algunos autores rechazan la idea de que el desarrollo deba ser considerado como parte de las medidas de justicia transicional, mientras que otros defienden que sean tomados como campos

22 Es necesario reconocer aquí que el concepto de ‘desarrollo’ es amplio y de él existen múltiples definiciones. Algunas son más apegadas a una idea clásica de desarrollo económico (entendido como riqueza), y otras incluyen aspectos más complejos, como la idea de desarrollo humano del PNUD, que se basa en la teoría de desarrollo como capacidades de Amartya Sen. En todas ellas, sin embargo, podría defenderse que se basan en la idea de que para fomentar el acceso a ciertos recursos escasos (bien sea económicos, sociales o culturales) es necesario fomentar las condiciones para que estos se produzcan.

separados, pero complementarios, como De Greiff (2009, pp. 29, 63) y Lenzen (2009, p. 84); finalmente, otros defenderían, como se ha visto anteriormente, la necesidad de que se involucren o incluso se prioricen dentro de la agenda de transición.

Un segundo grupo ve la cuestión como un desafío de justicia distributiva. Entre éstos, Jon Elster argumenta que en contextos de “guerras civiles cuya principal causa fue la injusticia económica”, para asegurar la paz estable, “la injusticia que causó la guerra tendría que aliviarse con medidas de justicia distributiva, especialmente de redistribución de la tierra o el ingreso” (2012, p. 16). La diferencia central entre la aproximación desarrollista y la basada en justicia distributiva es que mientras la primera se enfoca principalmente en la eficiencia, la segunda se orienta fundamentalmente por principios de equidad. Así, aun cuando se podría decir que, en últimas, las políticas distributivas son de algún modo una visión específica del desarrollo, existen diferencias entre ambos modelos. Obviamente, que el enfoque principal sea uno u otro no elimina el hecho de que una política de redistribución puede tener también objetivos de eficiencia.²³ Sin embargo, es posible asumir que dado que el enfoque principal es la distribución equitativa, las aproximaciones que lo defienden se orientan a la implementación de políticas más o menos radicales de distribución como prioridad de la transición y no tanto a la producción de desarrollo económico como fin último.

A diferencia de estos dos modelos que requieren la ampliación de los mecanismos tradicionalmente asociados a la justicia transicional (bien sea para la creación de nuevos recursos, para la distribución equitativa de los existentes, o las dos), un tercer modelo de intervención intenta construir respuestas a los desafíos socioeconómicos a partir de los mecanismos tradicionales existentes (Laplante, 2008). En materia de crímenes económicos y casos de corrupción, autores como Carranza han defendido que la mayoría de cortes de derechos humanos existentes podrían

23 Así lo defiende Elster, acudiendo a una idea de justicia distributiva en sentido amplio. Su argumento parte de la base de que “un aumento del tamaño del pastel hace más fácil compartirlo más justamente, sea cual sea el principio de justicia distributiva que se defiendan”. Y por tanto, Elster señala que “las medidas de reforma agraria se pueden defender por razones de equidad, por razones de eficiencia, o por ambas” (2012, p. 20).

tomar medidas para enfrentar este tipo de crímenes, incluso si ello no es considerado como la cuestión principal de su mandato (2009, p. 327).²⁴ Otros han defendido el uso de comisiones de la verdad como herramientas útiles para abordar cuestiones más estructurales de carácter socioeconómico.²⁵ De hecho, algunas comisiones de la verdad han empezado a incluir estos temas, como lo sugiere Sharp, quien cita a las de Chad, Sierra Leona, Timor Oriental, Ghana y Liberia (Sharp, 2015, p. 172). Los programas masivos de reparaciones son también defendidos como vehículos importantes para enfrentar cuestiones socioeconómicas del conflicto, incluyendo los de reparaciones, orientados a la restitución de propiedades, viviendas y tierras (Williams, 2005; Lecombe, 2008; Atuahene, 2010). Finalmente, algunos autores han defendido también el pilar de reforma institucional como un punto de entrada para abordar estos temas. Las propuestas van desde reformas constitucionales que reconozcan derechos económicos, sociales y culturales, y los hagan justiciables (Arbour, 2007, p. 21), hasta reformas a marcos regulatorios que impidan que factores económicos puedan generar de nuevo la violencia a partir, por ejemplo, de la explotación de recursos naturales, como es el caso de las recomendaciones de la Comisión de la Verdad de Liberia (Harwell y Le Billon, 2009, p. 301).

Finalmente, un cuarto tipo de respuesta se encuentra en quienes defienden modelos mixtos de intervención, como es el caso de las teorías robustas de reparación de Rodrigo Uprimny (2009) y Bernadette Atuahene (2010). En su teoría de las reparaciones con vocación transformadora, Uprimny defiende una intervención que combine aspectos de justicia correctiva (asociados a la teoría de las reparaciones) con consideraciones distributivas (asociadas a lógicas de justicia social). En su criterio, en sociedades

24 Un ejemplo concreto es dado por Arbour, quien señala que en el caso Kupreskic, el International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (ICTY) reconoció que “la destrucción masiva de hogares y propiedades podía constituir un crimen de lesa humanidad cuando se probara el requisito de dolo” (2007, p. 16).

25 En ese sentido, De Greiff considera más adecuado incluir aspectos socioeconómicos en las comisiones de la verdad que en juicios, dado que estas “generalmente gozan de un mandato más amplio, que usualmente de manera directa les permite investigar las condiciones estructurales que permitieron que sucedieran las violaciones a derechos humanos” (2009, p. 35).

transicionales que enfrentan profundas desigualdades sociales y económicas y pobreza extrema extendida, el ideal de la reparación integral se torna problemático pues lleva a difíciles conflictos entre necesidades de justicia correctiva y justicia distributiva. Para superar estos dilemas, Uprimny (2009) propone una concepción transformadora de las reparaciones, en donde su propósito no sea devolver a las víctimas pobres a su situación previa de precariedad material y de discriminación, sino transformar esas circunstancias que pudieron ser una causa del conflicto, pero que en todo caso son injustas. Así, las reparaciones deberían ser entendidas en estos contextos no solo como un instrumento para saldar cuentas con una injusticia que ocurrió en el pasado, sino como una oportunidad modesta de impulsar una sociedad más justa.

En sentido similar, Bernadette Atuahene introduce el *concepto de propiedad transformadora* como un mecanismo para suavizar las reglas de interpretación de los atributos de la propiedad para estratégicamente facilitar la redistribución de derechos de propiedad en escenarios de posconflicto, de manera tal que se promueva la igualdad, se eviten las contrarreacciones destructivas por la aplicación de las medidas de transición y, a largo plazo, se aumente la eficiencia de los sistemas de propiedad. El propósito central de la visión transformadora de la propiedad es encontrar el balance entre defender derechos tradicionales del dueño de una propiedad y los derechos de los desposeídos, para facilitar el acceso democrático a la tierra en situaciones de desposesión masiva generadas por el conflicto o la represión (Atuahene, 2010).

De aquí se deriva entonces una pregunta específica: ¿Cómo trasladar esta discusión teórica a estrategias de política pública que permitan realizar intervenciones masivas sobre la tierra en contextos de posconflicto? Las distintas opciones disponibles para hacerlo serán el objeto de análisis del siguiente capítulo.

Capítulo 2

Tierras y posconflicto

El fin de un conflicto armado, especialmente cuando se trata de una guerra civil prolongada, usualmente crea una situación en la cual una proporción significativa de la población afectada busca el acceso o la restitución de tierras y recursos. Dado el tamaño de la población rural potencialmente afectada, en muchas sociedades posconflictuales, esta tarea es lo suficientemente grande como para sobrecargar, al menos, la primera fase de la reconstrucción posguerra. En tales escenarios, las necesidades de política y regulación son amplias, tanto en términos de áreas como de personas afectadas. De la misma manera, dada la escala del problema, las existentes tensiones sobre el valor y significado de la tierra, no solo se exacerban sino que proveen un significativo potencial para nueva confrontación armada. La paz incipiente, frente a las demandas competitivas y radicalizadas, puede constituir un eficiente caldo de cultivo para el retorno a la guerra. Es por ello que las sociedades que enfrentan tales dilemas deben actuar de manera rápida y eficaz para resolverlos.

En este segundo capítulo abordaré las principales estrategias de política que se han defendido teóricamente y que se han implementado en la práctica comparada para enfrentar estos procesos. El propósito es abrir la discusión sobre cuáles son las opciones a disposición de las sociedades que padecen estos contextos, presentando tanto las ventajas como las desventajas de los modelos tradicionales. Para ello, en primer lugar, el capítulo aborda el modelo de intervención de restitución masiva de propiedades en posconflicto, conocido como modelo Pinheiro, el cual se basa principalmente en una lógica de restitución de justicia correctiva. En segundo lugar, el texto presenta las críticas que a este modelo han hecho los defensores de un enfoque redistributivo

y las herramientas de intervención a la tierra que presenta dicha propuesta. En tercer lugar, el capítulo expone los argumentos de quienes defienden que en tales contextos la mejor opción es acudir a intervenciones que garanticen el uso más racional y eficiente para fomentar la producción de la tierra. Finalmente, el capítulo cierra con un ejemplo de una estrategia concreta a partir de la evaluación del caso de Sudáfrica.

Enfoque restitutivo o *modelo Pinheiro*

La cuestión de la restitución de propiedades ha figurado de manera ascendente en la agenda de transiciones políticas y acuerdos de paz desde el final de la Guerra Fría. Como explica Scott Leckie, si bien las primeras experiencias internacionales de manejo de conflicto —especialmente las promovidas por las Naciones Unidas a través de sus misiones de mantenimiento de la paz— fueron erráticas en la materia, durante los últimos años se ha prestado mayor interés a la cuestión de tierras, viviendas y derecho de propiedad (2005, p. 9).¹

La restitución de propiedades tiene un natural atractivo tanto para los tradicionales defensores de los derechos de propiedad como para los defensores de derechos humanos (Ballard, 2010, p. 467). De hecho, los mecanismos de restitución modernos han sido promovidos a partir de dos procesos políticos y jurídicos interrelacionados: los de la tercera ola de democratización y fortalecimiento del modelo de Estado de derecho liberal, y el ascendente reconocimiento de los derechos de las víctimas de graves violaciones de los derechos humanos (Ballard, 2013).

Los defensores de los programas de restitución de propiedades sostienen que este enfoque propicia el fortalecimiento del

1 En un estudio comprado de experiencias internacionales, A. Smit hace un recuento de 13 experiencias “modernas” de programas de restitución de posconflicto, en las que incluye a Israel/Palestina, Chipre, Camboya, Mozambique, Tayikistán, Ruanda, Guatemala, Bosnia-Herzegovina, Timor del Este, Kosovo, Afganistán, Irak, Georgia (Osetia del Sur) (Smit, 2012). Esta lista, sin embargo, dista de ser exhaustiva. No incluye, por ejemplo, uno de los casos más estudiados a nivel comparado: Sudáfrica. Tampoco incluye sistemas de restitución posrepresión (solo posconflicto) como aquellos que fueron comunes en los antiguos países comunistas, como el de la República Checa. Sobre estos dos casos, ver Rhodri Williams (2008) y sobre los países de Europa del Este, ver Nalepa (2012).

Estado de derecho en sociedades posconflictuales, promueve la reconciliación y pacificación, y, al mismo tiempo, aumenta las condiciones para la estabilidad social y económica, reduciendo la pobreza (Langford y Moyo, 2010; Ballard, 2013; Leckie, 2005). En primer lugar, la restitución de propiedades fomenta el ideal de apego a la ley mediante la creación de sistemas neutrales, eficaces y probos para resolver disputas, basados en estándares jurídicos. Así, se evita además que las decisiones sobre cómo enfrentar los conflictos sobre la tierra se conviertan en disputas políticas,² que, a su vez, amenacen la seguridad y estabilidad.³ Complementariamente, una política de restitución puede cumplir un papel fundamental para fortalecer funciones básicas de un Estado que, por culpa del conflicto o la represión (o incluso por incapacidad histórica), no han sido adecuadamente realizadas. El mejor ejemplo es el de los sistemas de registro y catastro sobre propiedades y tierras. En muchos de los países que han recurrido a programas de restitución ha sido necesario crear o fortalecer dichos mecanismos, con lo cual la restitución además promueve el fortalecimiento global de las funciones del Estado.

En segundo término se encuentran las justificaciones del proceso a partir de los avances en desarrollo económico que se pueden activar a partir de la restitución de propiedades. La premisa fundamental parte de que la restitución de propiedades constituye una medida para generar progreso económico en lo macro, y a nivel micro, sacar de la pobreza a los beneficiarios de los programas. Esta idea, abogada por reformistas neo-institucionalistas

2 En el caso de Bosnia, por ejemplo, la restitución de propiedades a través de un proceso “legal” se defendió como una forma de enfrentar de manera neutral las tensiones étnicas y nacionales del proceso de retorno. Es decir, como un mecanismo de despolitización de la toma de decisiones sobre la propiedad. Al respecto, ver Ballard (2010, p. 484).

3 El argumento de la restitución como un mecanismo de promoción de la paz sostenible tiene varias defensas. Por un lado, se sostiene que al asegurar el retorno se promueve un mejor control sobre las zonas que padecieron la guerra, y se inhiben los sentimientos de injusticia de los desplazados y exiliados que pueden derivar en revanchas y más conflicto sobre la tierra (Ballard, 2010, p. 485). Además, el control sobre territorio y propiedades es un factor determinante tanto del conflicto armado como de los regímenes autoritarios y, por tanto, la restitución los debilita. Sobre este argumento, cfr. Collier y Hoeffler (2000).

promotores del concepto de Estado de Derecho liberal, defiende que los derechos de propiedad deben ser claros y estar protegidos, pues las leyes débiles y los sistemas judiciales ineficientes reducen los incentivos para ahorrar y acumular riqueza (Rodríguez y Uprimny, 2006, p. 115). Específicamente en materia de propiedad inmobiliaria, seguidores del pensamiento neoliberal defienden que los países que no han alcanzado un desarrollo económico sostenido se caracterizan por tener sistemas de propiedad que impiden una eficiente formalización de los derechos sobre los bienes.⁴

En paralelo a esta línea de argumentación, la restitución de propiedad es defendida como categoría de derechos humanos. Como se verá más adelante, la propiedad privada ha tenido una difícil ruta de reconocimiento a nivel universal. Es por ello que el precursor del derecho a la restitución de propiedades no ha sido la propiedad, sino el derecho al retorno de quienes han sido obligados a dejar sus viviendas y lugares de asiento. En tal sentido, el derecho a la restitución se apalancó inicialmente del derecho internacional de los refugiados, el cual establece una obligación estatal a proveer “soluciones duraderas” para la terminación del refugio.⁵ A finales del siglo pasado, la cuestión se dinamizó con las discusiones llevadas a cabo en el seno de Naciones Unidas sobre cómo enfrentar la situación de las víctimas del desplazamiento forzado interno, particularmente con la adopción, en 1998, de los Principios rectores del desplazamiento forzado –Principios Deng–.⁶

4 El abanderado de esta posición ha sido el economista peruano Hernando de Soto. Su tesis central es que la formalización de la propiedad es fundamental para convertir capital social en riqueza, pues los sistemas formales de propiedad permiten un sistema universal y estandarizado de instrumentos de intercambio centralmente registrados y regulados por la ley (De Soto, 1993), así como obtener prueba de propiedad sobre los bienes, lo cual promueve el intercambio y la transacción sin fraudes. De esta manera, el capital que se concentra en la propiedad agraria no puede ser eficientemente transformado en riqueza, pues los sistemas informales de propiedad hacen que sea imposible el intercambio (De Soto, 2002, p. 351). Para una presentación más detallada de este argumento ver Uprimny y Sánchez (2010, p. 13).

5 La teoría ha identificado tres tipos de soluciones alternativas: el establecimiento definitivo en el país de recepción, la recepción en un tercer país, o el retorno al lugar de origen (Williams, 2008; García Godos, 2010).

6 Los principios Deng prohíben la privación arbitraria de la propiedad y posesiones de la población en situación de desplazamiento,

Pero el punto definitorio de este proceso se alcanzaría a mediados de la primera década de siglo mediante la aprobación de dos instrumentos de derecho blando que han sido muy influyentes en la evolución de los derechos de las víctimas de graves violaciones de los derechos humanos. Por un lado, en 2005, la Asamblea General de las Naciones Unidas avaló un largo proceso promovido por la entonces Comisión de Derechos Humanos, mediante la aprobación de los “Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones”.⁷ En dicho documento, la restitución es reconocida como una de las formas posibles de reparación (considerada como un derecho cuya titularidad es detentada por las víctimas de graves violaciones), la cual debe buscar, “siempre que sea posible [...] devolver a la víctima a la situación anterior”, e incluye “el regreso a su lugar de residencia, la reintegración en su empleo y la devolución de sus bienes”.

En paralelo con este proceso se gestó el segundo desarrollo: el esquema de las Naciones Unidas para la restitución de propiedades, conocido popularmente como el modelo Pinheiro. Desde finales del siglo anterior, y particularmente preocupada por la situación de los Balcanes, la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas comisionó al experto Paulo Sergio Pinheiro para que estableciera un grupo de discusión sobre cuál sería el mejor modelo para enfrentar las situaciones de despojo masivo. En 2002, el experto presentó un documento inicial de avance,⁸ el cual fue discutido en varias consultas con expertos y dio lugar a un documento definitivo de principios, que fue finalmente avala-

y señalan la obligación de proteger la propiedad. Igualmente, establecen la protección de la propiedad y las posesiones que hayan sido abandonadas por los desplazados internos, frente a actos de destrucción y apropiación, ocupación o usos arbitrarios e ilegales (Principios Rectores del Desplazamiento Forzado. Anexo del Documento E/CN.4/1998/53/Add.2 del 11 de febrero de 1998. Principio 21).

7 Adoptados por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Sexagésimo período de sesiones, mediante Resolución 60/147.

8 ONU, Consejo Económico y Social. *Restitución de viviendas y patrimonio con motivo del regreso de los refugiados y desplazados internos. Comisión de Derechos Humanos. Informe preliminar del Relator Especial.* ONU Doc. E/CN.4/Sub.2/2003/11.

do por la Comisión en 2005, y que se conoce como los Principios internacionales relativos a la restitución de viviendas y patrimonio de los refugiados y la población desplazada (“Principios Pinheiro”).⁹

De esta manera, los Principios Pinheiro se consolidaron como la respuesta, tanto legal como de política pública, promovida por las Naciones Unidas para enfrentar los contextos de despojo masivo (Ballard, 2013). Los Principios Pinheiro establecen la obligación estatal de restituir la propiedad a toda aquella persona que haya sido despojada, a menos que la restitución sea fácticamente imposible y, cuando ello ocurra, el Estado deberá proveer una compensación justa.¹⁰ Para ello, los Principios parten de las siguientes premisas: 1) la restitución debe establecerse como el medio preferente para la reparación en los casos de desplazamiento, al ser un elemento esencial de la justicia restitutiva; 2) la restitución es un derecho en sí mismo y es independiente de que se haga o no efectivo el retorno; 3) nadie podrá ser obligado a retornar en contra de su voluntad; los regresos voluntarios en condiciones de seguridad y dignidad deben fundarse en la elección libre, informada e individual; 4) las autoridades deben prestar asistencia para el retorno y el reasentamiento efectivo de quienes sean restituidos en sus propiedades; 5) las medidas de restitución deben respetar los derechos de terceros ocupantes de buena fe, quienes, de ser necesario, podrán acceder a medidas compensatorias; 6) las medidas de restitución deberán proveer la protección y asistencia requerida a aquellos con necesidades especiales o que se encuentren en condiciones particulares de desprotección o exclusión, incluyendo los derechos colectivos de pueblos indígenas y comunidades afrodescendientes a los territorios tradicionales.

En cuanto a diseño institucional, los Principios simplemente establecen de manera genérica la obligación del Estado de instituir “procedimientos, instituciones y mecanismos que de una

9 ONU, Consejo Económico y Social. *Principios sobre la restitución de viviendas y patrimonio con motivo del regreso de los refugiados y desplazados internos. Comisión de Derechos Humanos. Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos. Relator Especial Paulo Sergio Pinheiro. 57.º periodo de sesiones. ONU Doc. E/CN.4Sub.2/2005/17. 28 de junio de 2005.*

10 Principios Pinheiro, Principio 2.1.

manera equitativa, oportuna, independiente, transparente y no discriminatoria, y con su apoyo, permitan evaluar y dar curso a las reclamaciones relativas a la restitución de las viviendas, las tierras y el patrimonio” (Principio 12). En tal sentido, cada sociedad deberá, conforme a sus capacidades y necesidades, establecer un sistema que se adecue a dicho estándar. En este frente, las cuestiones que se deben enfrentar y las preguntas que hay que responder son múltiples. En primer lugar, existen preguntas de diseño asociadas al contexto del despojo. Una de ellas es cuándo se inició la práctica de despojo y a partir de entonces habrá reparación. En muchos casos es difícil establecerlo pues las sociedades han contado con olas recurrentes de despojo (Nalepa, 2012). Además, cuanto más lejos se va en el tiempo, más inclusiva podría ser la política, pero, al mismo tiempo, más desafíos tendrá en materia jurídica (paso del tiempo y derechos adquiridos) y en materia social (asentamientos ya consolidados). Con el paso del tiempo, además, la tierra puede ser vendida o transada en múltiples ocasiones, con lo que se hace desaparecer los rastros iniciales de la relación de los despojados con su tierra. Los nuevos poseedores alegarán entonces que adquirieron la tierra a partir de transacciones moralmente neutras y que, en virtud de ello, un proceso de restitución crearía nuevas injusticias.

Una segunda pregunta tiene que ver con el objeto de la restitución: ¿Debería la restitución concentrarse en la tierra, en las viviendas, o incluir también los cultivos y la pérdida de los demás bienes productivos de los desplazados? De nuevo, cuanto más exhaustiva sea la política, más presión generará, más expectativas creará y mayor oportunidad de fracaso enfrentará. Una tercera pregunta tiene que ver con los beneficiarios de la política y, especialmente, las relaciones con la tierra que serán protegidas. Es decir, deberá decidirse si la política restituirá solo la propiedad o si se extenderá a otras formas de tenencia como la posesión, la ocupación u otras. Diseñar una política de restitución implica identificar categorías de posibles reclamantes, bien sea a partir de características históricas, étnicas, raciales u otras. La creación de criterios de legitimación, genera, a su vez, criterios de exclusión (Fray y James, 2011, p. 44).

Una cuarta cuestión, que ha probado ser una de las más difíciles de resolver, es cómo enfrentar el desafío de los terceros

ocupantes. Si bien los Principios Pinheiro establecen que sus derechos deberán ser respetados, en la práctica subsisten diversas opciones para su tratamiento. Una quinta pregunta es qué hacer cuando existe más de una reclamación por el mismo predio o bien, algo común cuando se trata de despojos masivos y sucesivos: ¿Quién debería ser priorizado en la restitución del bien? ¿Podría ser dividido? ¿Debería entregarse compensación a quien no acceda a la restitución? Y, en ese caso, ¿qué tipo y cómo se calcula la compensación? Una sexta pregunta, que depende en parte de las decisiones que se han tomado respecto de algunas de las cuestiones previamente formuladas, tiene que ver con la estrategia que se acogerá para enfrentar las limitaciones para la obtención de información y recolección de pruebas sobre las relaciones jurídicas en el contexto del posconflicto (Uprimny y Saffon, 2009; Ballard, 2013).

Aunadas a estas decisiones políticas derivadas del contexto, las sociedades que diseñan políticas de restitución masiva de propiedades en contextos posconflictuales se enfrentan, además, a decisiones sobre el diseño del sistema, de las que puede depender el éxito o fracaso operativo de la política. Las experiencias internacionales muestran que hay muchas variables importantes en el intento de construir un sistema de restitución de tierras justo, rápido y eficaz. Algunas de estas alternativas han sido ensayadas y sus resultados han sido parcialmente exitosos o catastróficos, dependiendo de un número considerable de variables. Adicionalmente, en contextos tan complejos como los posconflictuales, las opciones de política en general conllevan a ganancias y sacrificios de un lado u otro.¹¹

Para empezar, la experiencia comparada muestra que las políticas de restitución que no han tenido en cuenta los elementos contextuales de distribución de la propiedad y modelos de desarrollo agrario han fracasado en el mediano y largo plazo. En este sentido, por ejemplo, una lección importante que dejan los casos de Kosovo, Bosnia y Herzegovina (BiH) y Sudáfrica es que

11 En los siguientes párrafos retomo una sistematización de experiencias que realizamos con Rodrigo Uprimny (Sánchez y Uprimny, 2010), y que incluyó una extensa revisión de literatura, especialmente los trabajos de Williams (2004; 2008), Hall (2004), Philpott (2005), Von Carlowitz (2005) y Walker (2005).

no es suficiente crear un sistema de restitución aislado, sino que es sumamente importante pensar en las instituciones de restitución sólo como un componente de un sistema más grande que también requiere atención y financiación. Los casos de Kosovo y BiH develan, por ejemplo, la tensión entre las prioridades de un sistema de restitución administrativa masiva y la meta del retorno. Para poder administrar todas las reclamaciones, los sistemas de restitución sólo se concentraron en la restitución del derecho a la propiedad, mas no en el retorno. Los administradores de la restitución dejaron el asunto del retorno a otras instituciones sin pensar en una instancia o mecanismo de coordinación. Como resultado, muchas personas desplazadas que recuperaron su propiedad no tuvieron la garantía de un retorno seguro.

Así las cosas, más allá de la simple creación de una institución con competencia para resolver las disputas jurídicas relacionadas con la restitución de predios y derechos, es necesario acondicionar un verdadero sistema institucional que cumpla con tareas adicionales como garantizar el retorno y proveer medidas de restablecimiento posretorno. Así, en la medida en que la política de restitución hace parte de un sistema más amplio, una segunda cuestión es el diseño de la estrategia de coordinación entre programas e instituciones. Una pregunta relevante en este punto es, por ejemplo, qué tanto usar las instituciones ya existentes (como el Ministerio de Agricultura, existente en prácticamente todos los países) o acudir a la creación de instituciones nuevas. En el caso de BiH se acudió a un sistema basado en las instituciones ya existentes. Aunque la institución central fue construida específicamente para adjudicar las reclamaciones, el sistema contó con la ayuda de oficinas regionales dentro de los gobiernos municipales. Para evitar los efectos graves de una cooptación de las oficinas regionales, el sistema limitó el papel de dichas oficinas sólo a la recepción de las reclamaciones y a la investigación de las pruebas (los casos eran decididos a nivel central). Aunque el uso de oficinas ya existentes fue severamente criticado por algunos observadores, quienes consideraron que hizo más difícil la implementación de sanciones internacionales, no fue un obstáculo insuperable.

Si se recurre a la creación de un mecanismo de resolución de disputas, ¿este debe ser de naturaleza judicial, administrativa o

mixta? Las experiencias comparadas han demostrado la necesidad de construir un sistema que sea, al menos en parte, administrativo y que pueda eficientemente tramitar un número masivo de casos. Tanto en Sudáfrica como en Kosovo, al inicio, los sistemas demoraron mucho en resolver las reclamaciones, en gran parte por el requisito de adjudicar cada caso individualmente, y tuvieron que cambiar los sistemas para añadir elementos más administrativos. Con estos cambios se produjo una transformación radical en la capacidad para resolver las reclamaciones de una manera efectiva y rápida. A pesar de esta mejoría en celeridad, los sistemas sacrificaron cierta protección y sentido de justicia en la adjudicación individual de cada caso. En la opinión de muchos observadores, sin embargo, el sacrificio era necesario para resolver este gran número de casos con mayor rapidez. Así, aun cuando una decisión judicial para cada reclamación resultara en una concepción de justicia robusta, ello sólo se alcanzaría sacrificando otro principio fundamental de la administración de justicia que es la celeridad en la resolución de peticiones.

Una cuestión adicional es qué tanta centralidad o descentralización debería tener dicho sistema. La necesidad de implementación regional se justifica, por un lado, en que garantizar el acceso al proceso de restitución es sumamente importante para asegurar que quienes tienen reclamaciones puedan buscar su resolución. Por otro lado, la capacidad de administrar casos individuales frecuentemente se encuentra en el ámbito regional, más allá del alcance de una institución nacional, tanto en la recolección de pruebas como en la aplicación de las decisiones. Pero en contextos en donde se aprecia una tendencia de los agentes locales a ser cooptados, el ejercicio de un poder central es fundamental para controlar este problema. Además, la administración local tiene que ser controlada por una administración con una perspectiva más amplia para asegurar que no existan discriminaciones y que se alcancen las metas nacionales. La experiencia de BiH muestra claramente esta tensión. Al principio, las oficinas regionales, en gran parte controladas por los políticos locales, no cumplieron la ley. Fue necesario el uso de sanciones, capacitación y la introducción del requisito de informes mensuales para superar este obstáculo. En esta labor resultó clave la existencia de una línea jerárquica explícita. No obstante, el llamado al balance es crucial.

Antes de crear un sistema con una centralización de poder demasiado fuerte, es importante considerar también las posibilidades de cooptación de la institución central.

En esa misma línea, resulta necesario controlar el considerable poder que una institución de este tipo podrá llegar a tener, dado el número de casos, su importancia y la entidad de su tarea (nada más y nada menos que reconstituir el sistema de propiedad de un país). En BiH y en Kosovo, los sistemas de restitución fueron construidos en gran parte por la comunidad internacional, con la necesidad de responder a la carencia de un estado legítimo y a las tensiones todavía existentes. Para ejercer control y asegurar que el sistema no cayera en las manos de quienes querían que fracasara, la comunidad internacional solidificó su papel en la administración del sistema.¹² También, en términos de la composición de las comisiones, es importante definir la duración del mandato y los procesos para destitución como maneras de ejercer control. En Kosovo, por ejemplo, el Representante Especial del Secretario General de la ONU se reservó el derecho de reemplazar miembros de la Comisión, sin muchas restricciones. En Sudáfrica, en comparación, los miembros fueron sujetos de destitución por el Ministerio de Asuntos de Tierras, pero sólo por violaciones del estatuto bajo el cual funcionaba el sistema de restitución.

Finalmente, dos cuestiones de diseño que han resultado trascendentales a partir de la experiencia comparada. Primero, el modelo debe contener una metodología para priorizar la resolución de las reclamaciones recibidas. Un número considerable de peticiones relacionadas con temas distintos y formas elaboradas de despojo que combinan modalidades legales e ilegales no podrá ser procesado y decidido al mismo tiempo. La concentración temática, los patrones regionales, la desprotección y vulnerabilidad específica de determinadas víctimas, entre otros, pueden ser criterios para el desarrollo de este modelo de intervención priorizada. Segundo, las experiencias comparadas muestran que cada uno de los países analizados ha debido cambiar su sistema inicial

12 En Kosovo, la Comisión estaba compuesta por dos miembros internacionales y uno local, todos escogidos por el representante especial de la Secretaría General de la ONU. En BiH, de manera semejante, de los nueve miembros de la Comisión, tres fueron escogidos por el presidente de la Corte Europea de Derechos Humanos.

para responder a algunos problemas que se les presentaron durante la implementación de los mecanismos. Esto señala la necesidad de introducir un cierto grado de flexibilidad en cualquier sistema que se elija. Para ninguno de los países estudiados fue fácil implementar la restitución masiva de tierras: siempre fue un proceso de ensayo y error. Con la dificultad de modificar una medida legislativa y con la alta probabilidad de que el sistema inicial falle de alguna forma, es conveniente introducir previsiones que permitan flexibilidad para dar al sistema alguna capacidad de cambio a partir de las lecciones aprendidas en su fase inicial de implementación.

Ahora bien, al ser la restitución la fórmula predilecta de las Naciones Unidas para enfrentar los problemas derivados del despojo masivo, el modelo Pinheiro ha gozado de una alta aceptación y difusión en la última década. No obstante, el enfoque tiene diversos críticos. Como lo pone Anekke Smit (2012), al lado de los entusiastas promotores del modelo Pinheiro ha ido creciendo un grupo de académicos que defienden un modelo pos-Pinheiro, basado en críticas a su implementación.

Una primera crítica, compartida por Ballard (2010) y por Langford y Moyo (2010), se concentra en los fundamentos legales en los que se basan los Principios Pinheiro. Según la interpretación legal de estos juristas, no existe un sustento claro para determinar que existe un derecho humano a la restitución de propiedades, y menos, un derecho individual a la restitución de propiedades en contextos de despojo masivo.¹³ Una segunda crítica se basa en la filosofía de “una misma respuesta sirve para todos los casos” (*one-size-fits-all approach*) que promueven los Principios. Megan Ballard (2010), una de las defensoras de esta crítica, señala que resulta perjudicial pensar que la ruta Pinheiro debe ser la fórmula

13 Entre los argumentos legales que presentan estos críticos están: i) no existe un reconocimiento universal de un derecho a la propiedad privada del cual se pueda desprender dicha obligación; ii) el derecho al retorno no se ha interpretado tradicionalmente como el derecho individual a una vivienda particular, sino al retorno al país de origen; iii) el derecho al retorno no se ha entendido que aplica de manera masiva; y iv) el derecho a no interferir en el disfrute al derecho a la vivienda puede ser remediado mediante el acceso a una vivienda equivalente, con lo cual no se sostiene el principio jurídico de que la restitución debe ser considerada como la forma prevalente de reparación (Ballard, 2010, p. 483).

para todos los casos y experiencias.¹⁴ Ballard sostiene que la ideología de “consenso liberal de construcción de paz” de quienes promueven de manera entusiasta el modelo Pinheiro es similar a esfuerzos fracasados de iniciativas instrumentalistas de promoción del concepto de Estado de derecho, como las del movimiento inicial de “Law and Development”.¹⁵ La autora señala que las respuestas de los Pinheiro estuvieron altamente influenciadas por la experiencia de Bosnia y que, pese a que pueden haber sido exitosas en dicho contexto, esto no las hace necesariamente buenas para contextos distintos. Por ejemplo, la idea de la restitución como medida preferida es algo que, según Ballard, se heredó de los Acuerdos de Dayton, pero que puede limitar otras mejores opciones en contextos disímiles.¹⁶ De hecho, un caso que presenta es el colombiano, para el que sostiene que, dada su histórica inequidad en la tenencia de la tierra, parecería que fórmulas más prospectivas podrían ser más adecuadas (Ballard, 2013). Una tercera crítica, derivada de esta centralidad de los Pinheiro en el retorno, señala que detrás de la promoción del retorno al lugar de origen como forma preferida y casi única de enfrentar la diáspora están los intereses de los países receptores de refugiados para liberarse del problema de atenderlos en sus regiones. Así, al promover un marco normativo que impulsa el regreso y pone la carga en el Estado expulsor de garantizar la restitución, se debilita el marco tradicional de las soluciones duraderas del derecho de los refugiados y se alivianan las obligaciones de terceros países de acoger los refugiados (Ballard, 2010, p. 482).

Giulia Paglione (2008) formula una cuarta crítica, tras considerar que la aproximación de los Principios Pinheiro es muy conservadora en su alcance y, por tanto, no tiene la capacidad

14 Ballard critica la idea de Scott Leckie (uno de los especialistas que participó en las consultas de redacción de los Principios) de que los Pinheiro proveen una “respuesta consolidada y universal a la restitución” (2010, p. 486).

15 Es necesario anotar que en un texto posterior, Ballard reconoce que “la restitución de propiedad en post-conflicto, a pesar de sus problemas potenciales, puede representar el mejor modelo para remediar el desplazamiento forzado en determinadas sociedades que se recuperan de la guerra” (2013, p. 45).

16 En el mismo sentido, y usando como referencia lecciones de Bosnia y Croacia, ver Anderson (2011, p. 310).

de promover los objetivos que se propone. Según Paglione, pese a que los principios establecen que el derecho a la restitución no depende del retorno, y que la voluntad de las víctimas será tenida en cuenta para este último, no existe en los principios ningún esfuerzo serio por pensar en alternativas de retorno u otras formas de reparación. Así, los principios quedan reducidos a una sola opción (restitución jurídica individual). Con base en esta misma conclusión, Anekke Smit considera que los principios, al concentrarse solamente en la restitución jurídica, crean una desconexión entre la teoría general de las soluciones duraderas y la singularidad y simplicidad de la restitución como única forma de enfrentar el desplazamiento (2012, p. 7).

Dos críticas finales atacan los fundamentos teóricos bajo los cuales los promotores del Estado de derecho liberal han defendido el modelo Pinheiro. Por un lado, la restitución de propiedades puede no ser un vehículo de pacificación y reconciliación, sino, por el contrario, un distractor. Anekke Smit apunta que debido a su diseño, que se enfoca prioritariamente en los intereses de los despojados propietarios, el modelo Pinheiro olvida las necesidades de los terceros ocupantes y de la sociedad en general, lo cual puede convertirse en un motivo de agitación social (2012, p. 4). Megan Ballard, por su parte, expone que, al menos en dos formas, la restitución puede fallar como promotora de un Estado de derecho fuerte y de una paz sostenible. Primero, la restitución potencialmente podría facilitar la agenda de retornados que buscan la venganza.¹⁷ Segundo, el proceso de restitución puede llevar a limitar la participación de los retornados en procesos políticos más amplios de reconciliación y justicia restaurativa. Esto pues al ser un proceso legalista y despolitizado no le permite a las comunidades participar e incidir políticamente en asuntos más generales de política pública. Esto se agudiza por el hecho de que la masividad de las quejas tiende a hacer que la participación de las víctimas en los procesos sea muy limitada, con lo cual no podrían tener siquiera la oportunidad de usar el proceso de

17 Este argumento está sustentado en la experiencia de violencia étnica de Bosnia, en donde “ciertos grupos” usaron el derecho al retorno como una estrategia política para recapturar étnicamente a un territorio que había sido perdido ante otro grupo étnico durante la guerra (Ballard, 2010, p. 489).

adjudicación como un escenario catártico sobre sus violaciones (Ballard, 2010, p. 490).

Por otro lado, el postulado de que la restitución es generalmente una medida promotora del desarrollo social y económico suscita también controversia. Una muy buena crítica en este sentido es hecha por David Kennedy (2011) cuando llama a la cautela sobre la idea promovida por el pensamiento neoliberal de que los derechos de propiedad son una receta universal para el desarrollo económico. El profesor Kennedy sostiene que el derecho de propiedad es, en cualquier parte, una mezcla de reglas formales y normas discrecionales, y siempre está inserto en una compleja combinación de regímenes privados y públicos. El resultado es una densa tela de reglas y procedimientos para ajustar intereses enfrentados por los usos de los recursos productivos de una determinada sociedad. A partir de este postulado, Kennedy desarma y controvierte los seis argumentos clásicos de quienes sostienen que los derechos de propiedad promueven el desarrollo económico, entre ellos, De Soto.¹⁸ Por ejemplo, frente al llamado de De Soto a la formalización como vehículo para el crecimiento económico, Kennedy muestra cómo el excesivo formalismo (tramitomanía) puede convertirse en un obstáculo económico. Además, argumenta que el sector “informal” (aquel que está gobernado por normas distintas a las que aplica el Estado y que emerge de los vacíos de las instituciones oficiales) es frecuentemente una fuente vibrante de energía empresarial, como lo

18 Los postulados que Kennedy controvierte son los siguientes: 1) Los derechos de propiedad tienen una forma ideal de protección que puede ser separada del contexto de luchas sociales y económicas de la sociedad en la que se implementan. 2) El “orden privado” (incluyendo los derechos de propiedad) y la “regulación pública” pueden y deben estar nítidamente separados, pues mientras que el primero promueve el mercado, la segunda lo distorsiona. 3) El fortalecimiento de los derechos de propiedad no tiene implicaciones distributivas, pues estos se refieren a derechos de las personas sobre las cosas y no sobre las complejas relaciones recíprocas de derechos y obligaciones sociales. 4) Las cuestiones sobre usos sociales y obligaciones deben ser reguladas por fuera del régimen de derechos de propiedad, mediante regulación social. 5) En una eficiente economía de mercado, todos los derechos privados pueden y serán organizados por el mercado, lo cual hace innecesaria la intervención del Estado. 6) La formalización de los derechos de propiedad lleva a una mayor eficiencia y un mayor crecimiento económico.

demuestra la experiencia de las economías postransición del Este y Centro de Europa (2011, p. 22).

Enfoque distributivo o modelo reforma agraria

Una alternativa al modelo de restitución, y a su racionalidad de justicia correctiva, ha sido planteada en términos prospectivos, sustentados en la lógica de justicia distributiva. Para esta propuesta, la prioridad no debería ser una política que busque restituir los derechos de propiedad al *statu quo ante*, sino diseñar un sistema de distribución posconflictual que fundamentalmente enfrente las necesidades presentes, y cree alternativas de futuro acceso a la tierra de la sociedad en general. Dos defensores modernos de esta teoría son Pablo Kalmanovitz¹⁹ (2012; 2015) y Nahon Perez (2013). El primero elabora, principalmente, justificaciones filosóficas respecto de las limitaciones de la justicia correctiva para enfrentar problemas de la distribución de propiedad en los contextos de reconstrucción después de una guerra a gran escala. El segundo, basado en consideraciones similares, defiende un modelo prospectivo-distributivo-proporcional (PDP) (*forward-looking, commensurable, distributive approach, FCR*), en reemplazo de la visión dominante de justicia correctiva.

La teoría de Kalmanovitz parte de reconocer que la restitución de propiedades como forma de responder ante la injusticia vivida por quienes han sufrido el despojo ha ganado tracción en los últimos años hasta convertirse en el modelo dominante a nivel internacional (2015, p. 192). Sin embargo, Kalmanovitz se pregunta por qué esa obligación a cargo del Estado debería preferirse cuando compite con otras premuras que este debe enfrentar en el apremiante contexto del posconflicto. Una sociedad que enfrenta una guerra tiene múltiples necesidades para su reconstrucción, y la reparación de las víctimas es solamente una de ellas. Como si fuera poco, en tales contextos, los recursos públicos tienden a ser escasos o inexistentes. Para decidir racionalmente sobre cómo encarar estas necesidades, Jon Elster ha identificado tres criterios de asignación de recursos públicos: i) los derechos, creados por títulos anteriores a la guerra o por el sufrimiento padecido durante

19 Como se verá más adelante, Kalmanovitz construye su teoría usando algunos postulados inicialmente formulados por Jon Elster.

esta; ii) la necesidad presente, que puede o no ser directamente ocasionada por la violencia; y iii) el desarrollo económico, que busca incrementar la productividad de esa sociedad para contar con mayores recursos que puedan permitir una distribución general entre los asociados (Elster, 2005, p. 170).

Bajo dicho esquema, la reparación solamente atiende uno de estos criterios, pero puede poner en riesgo los otros dos. Por tanto, Kalmanovitz indaga –más allá del carácter vinculante de los estándares legales– en qué se justifica la teoría de las reparaciones. La justicia correctiva, de acuerdo con la pesquisa de Kalmanovitz, se construye a partir de dos componentes justificativos: primero, el valor de la autonomía individual; y segundo, la definición de una esfera de expectativas legítimas para el ejercicio de dicha autonomía (2012, p. 85). Por ello, la justicia correctiva posee tres características: i) es individualista, pues sus derechos y obligaciones son activados en contexto de transacciones interpersonales; ii) se orienta hacia el pasado, dado que busca remediar daños previos, y iii) conlleva una transferencia de bienes a la víctima (p. 81).

Pero al poner a prueba estas justificaciones frente a los dilemas en que se encuentra una sociedad que ha sufrido una guerra devastadora, su pertinencia parece no sostenerse. Por ejemplo, en la práctica, la idea retrospectiva de la justicia correctiva no es siempre la mejor. Si la guerra se ocasionó por la distribución inequitativa de recursos o por la lucha por estos (petróleo, tierra), no parece la mejor política revivir dicho estado. Además, la justicia correctiva tampoco es muy explícita sobre cuál es el *statu quo ante bellum* al que se quiere devolver (Kalmanovitz, 2012, p. 79). A estas críticas, Perez adiciona que la visión tradicional individualista de la restitución de propiedad es muy limitada, pues solamente se concentra en el despojo de bienes materiales, pero no se preocupa por otros daños que pueden ser evaluados, como la pérdida de oportunidad de apropiación. Ejemplo de ello sería el caso de Sudáfrica, en donde por décadas la población negra no podía acceder a la propiedad de la tierra o a cargos públicos. Para Perez, tal situación es una violación indirecta de derechos de propiedad de la que no se hace cargo el modelo dominante de restitución (2013, p. 139).

Por otro lado, tanto Kalmanovitz como Perez se preocupan por las enormes barreras de implementación a las que se enfrenta

una política masiva de restitución de propiedades en el posconflicto. En primer lugar, dada la magnitud y las diversas formas en las que se presenta el expolio, la tarea logística de restituir la propiedad es inmensa y se intensificará en la medida en que más bienes, tipos de bienes o daños sean incluidos en la política. Así, el solo hecho de intentar la restitución de los bienes inmuebles puede resultar abrumadora, dada la escala del conflicto, pero si a esto se le suma la identificación y tasación de otros daños económicos relacionados, la cuestión será exponencialmente más difícil. En segundo lugar, en gran parte de los casos las violaciones de los derechos de propiedad datan de muchos años atrás, incluso varias décadas. Esto convierte la tarea de restitución prácticamente en una misión imposible. Primero, los problemas relacionados con la falta de acceso a información confiable son casi imposibles de superar. Segundo, resulta muy difícil planear escenarios contrafácticos que permitan estimar razonablemente la suma de valor que corresponde a la propiedad asignada a cada individuo. En tercer lugar, cuando el tiempo entre el inicio del despojo y la implementación de la política es largo, generalmente se encontrará con varias solicitudes sobre el mismo terreno, presentadas por distintas familias, debido a procesos recurrentes de despojo. En cuarto lugar, la experiencia muestra que habrá disputas entre los solicitantes y los terceros ocupantes; muchos de ellos –especialmente si ha pasado largo tiempo– tendrán reclamos legítimos de buena fe (Perez, 2013, pp. 141-146).

A partir de esta constatación, Kalmanovitz sugiere que la lógica de la justicia correctiva tiene un sentido claro cuando se trata de violaciones aisladas, pero en tanto estas se convierten en masivas, tanto la posibilidad fáctica de cumplir sus objetivos como la justificación filosófica de la justicia correctiva deben abrir paso a mejores formas de enfrentar la situación, como sería la aplicación de modelos de intervención basados en la justicia social. Kalmanovitz llega a esta propuesta en dos pasos. Primero, hace uso del concepto de justicia social de Rawls, es decir, defiende la justicia social como el “conjunto de principios que permiten identificar algunas distribuciones de bienes y oportunidades en la sociedad como preferibles o superiores a otras” (2012, p. 82). Desde esta concepción, la justicia social tiene cuatro características: i) todo ciudadano debe tener acceso a ciertos bienes básicos que, por ser

necesarios para su subsistencia, deben ser garantizados por el Estado; ii) el Estado debe promover la igualdad de oportunidades entre asociados; iii) derivada de la anterior, la justicia social tiene un carácter institucional y no individualista;²⁰ finalmente, iv) la justicia social es prospectiva, pues se fija en el presente y en el futuro, en lugar de en el pasado. En consecuencia, los postulados de los que parten la justicia correctiva y la justicia social pueden resultar enfrentados, aun cuando ambas pueden subsistir en paralelo. Esto ocurre, principalmente, en contextos en donde las violaciones son la excepción. Allí, Kalmanovitz y Perez justifican la justicia correctiva como la forma primordial de enfrentar los despojos.

Sin embargo, cuando existe un contexto de masividad, la prelación puede cambiar. Allí está la segunda parte del argumento de Kalmanovitz: el concepto de las guerras masivamente destructivas.²¹ Basado en una perspectiva liberal lockeana (2015, p. 194), defiende que se debe dar prioridad a los derechos y deberes de la justicia social por encima de los de la justicia correctiva cuando una sociedad ha padecido una guerra de estas características y busca su reconstrucción. Ello, pues si bien el objeto de la justicia correctiva es defender la autonomía individual, en circunstancias de posguerra la protección de tal valor se consigue más eficientemente mediante la justicia social, ya que cuando “las autoridades transicionales (re)establecen instituciones sociales fundamentales de manera efectiva, estas definen y re-estabilizan la esfera del ejercicio de la autonomía y, una vez este proceso se consolida suficientemente, pero solamente entonces, los procedimientos de la justicia correctiva pueden reactivarse” (Kalmanovitz, 2012, p. 91). Por tal motivo, en lugar de establecer condiciones para retomar modos de vida previos, los recursos son mejor invertidos si se aseguran condiciones justas de vida.

20 En el mismo sentido, sostiene Perez que el objetivo del PDP es mejorar el nivel de bienestar y el respeto de los intereses relacionados con la propiedad de la sociedad en general, y no solamente mediante la agregación de los derechos individuales de propietarios (2013, p. 147).

21 Aquellas que cuentan con las siguientes características: i) los daños son la regla, no la excepción, ii) hay incertidumbre generalizada, iii) las instituciones y funciones estatales básicas colapsan, iv) los sectores productivos de la sociedad también colapsan (Kalmanovitz, 2012, pp. 88 y ss.; 2015, p. 197).

En consecuencia, para el caso de la tierra en el posconflicto, esta orientación llama a políticas redistributivas asociadas a los programas de reforma agraria integral, en contraposición con los programas de restitución masiva de propiedades. Las reformas agrarias tradicionalmente han sido defendidas o promovidas mediante diversos argumentos. Uno de ellos es que estas políticas han acelerado positivamente el desarrollo económico de los países que las han implementado.²² Y, en el mismo sentido, investigadores de estas experiencias sugieren que las experiencias que han resultado ser más exitosas –en materia de reducción de la pobreza– han sido aquellas desarrolladas de manera integral. El segundo postulado es que la desigualdad en la distribución de la tierra está directamente relacionada con el conflicto y la inestabilidad política y, por tanto, las reformas agrarias que han buscado la redistribución de tierras han contribuido a la reducción del conflicto y la estabilidad política.²³ Finalmente, un tercer argumento sugiere que en el contexto de un sistema político democrático, las reformas de las tierras pueden, aun cuando no siempre, contribuir al fortalecimiento y la consolidación de la democracia.

En cualquier caso, los postulados desde los que se parte, las decisiones de política y sus mecanismos concretos de orientación son radicalmente distintos si se trata de una política de restitución o de reforma agraria integral. La cuestión de la reforma agraria tiene múltiples ejes de análisis y cada uno de ellos ha despertado amplios y complicados debates. Asimismo, los tipos de reforma y sus características son numerosos.

Por ello, un primer punto para compararlas es establecer qué tipos de políticas caben dentro de este gran marco denominado reforma agraria. Aquí podemos hablar de tres tipos de discusión.

22 Estas mejoras en desarrollo se habrían producido por los siguientes factores: (1) las reformas a la tenencia aumentan la producción; (2) los predios pequeños son más eficientes desde la perspectiva productiva; (3) la tierra concentrada produce un deterioro en el sueldo rural, lo cual hace que a la postre la redistribución resulte en un aumento en los ingresos rurales; y (4) los pequeños propietarios y trabajadores agrarios fortalecen la seguridad alimentaria nacional (Berry, 2010).

23 No obstante, la investigación comparada muestra que es muy difícil implementar una reforma agraria amplia en un contexto de conflicto latente. En consecuencia, experimentan resultados variados, con tendencia al poco éxito con respeto a la reducción del conflicto.

El primero responde a las razones por las que una sociedad decide realizar una reforma sustancial al régimen de la tierra. El análisis comparado muestra que hay varias motivaciones: (i) despojo injusto reciente, (ii) el interés por corregir una histórica distribución inequitativa de la tierra, (iii) la necesidad de consolidar un modelo de desarrollo capitalista y (iv) la voluntad de propiciar crecimiento económico en el sector rural, entre otras. Estas bases son importantes pues determinan el tipo de reforma implementada y, en cierta medida, los instrumentos utilizados para llevarla a cabo.

Así, en la experiencia comparada es posible identificar dos tipos de reformas de la tierra, más allá de la restitución: la redistribución y la reforma integral agraria. En la reforma del tipo *redistribución*, la política intenta repartir la tierra y eliminar la concentración de la propiedad, disolviendo latifundios, repartiéndolos y entregándolos a campesinos que tienen poco acceso a la tierra y/o a los que están sin tierra. Este tipo de reforma también consiste en el cambio del sistema de propiedad de la tierra, pues es común que incluya un programa de formalización de la tenencia. Por su parte, la *reforma integral agraria* es la más comprensiva, pues incluye programas para el desarrollo rural integral, además de brindar políticas de retorno de tierras, titulación y redistribución.²⁴ Ejemplos de esta última son las realizadas en Japón, Taiwán y Corea del Sur, países que implementaron reformas agrarias, integrando programas de desarrollo rural comprensivos y modernizando la tecnología (Griffin e Ickowitz, 2000).

Un segundo eje de comparación se concentra en el tipo de propiedad establecido por la reforma, que puede tener dos dimensiones: (i) en cuanto a la forma de titulación y (ii) en cuanto

24 El experto Michael Lipton denomina reforma agraria clásica (RAC) a aquella legislación que pretende de manera directa redistribuir la propiedad de la tierra dedicada a la producción agrícola, de manera tal que se beneficie a los más pobres y se aumente su estatus, poder e ingreso, en comparación con la situación anterior a la reforma. Así, en la forma “más simple” de RAC, el Gobierno crea: (1) una autoridad máxima de tierras, (2) una extensión máxima posible de los predios aceptados, (3) reglas para la compensación de quienes serán expropiados, (4) un mínimo de extensión de los predios, (5) las fechas en las que la autoridad expropiará la tierra que esté por encima de la extensión máxima permitida, (6) la posterior distribución de la tierra entre quienes no alcanzan el mínimo establecido, y (7) reglas para el pago de la tierra o el acceso a crédito de los beneficiarios (Lipton, 2009, p. 127).

a la forma de producción. Cada una de ellas puede realizarse en forma individual o colectiva, lo cual deja cuatro opciones distintas. La primera opción, *la privatización*, ocurre cuando tanto la producción como la titulación son individuales, pues el campesino es dueño de su propia tierra, y produce, comercializa y genera sus ingresos de manera individual. La segunda opción, *la cooperativa*, se presenta cuando la producción es colectiva, pero la titulación individualizada.²⁵ La tercera opción tiene lugar cuando la producción es individualizada y la titulación colectiva; en ella, la comunidad o el Estado son los propietarios de la tierra, pero cada campesino produce su propio cultivo con el cual genera su propia ganancia.²⁶ La cuarta opción, *la colectivización*, ocurre cuando la producción es colectiva, así como la titulación; en este sistema, la comunidad es dueña de la tierra y esta se explota también de manera colectiva. Esta colectivización puede lograrse a través de varias formas: compartiendo los productos del cultivo entre toda la comunidad, o de una forma más moderada, cuando los miembros de la comunidad reciben los productos de sus propios cultivos, pero se asocian para la comercialización, para compartir los recursos de tecnología y maquinaria, y/o para el acceso al crédito.²⁷

25 Un ejemplo de este sistema son las cooperativas de producción que se crearon en Nicaragua como parte de la reforma después de la guerra (Dorner, 1992). El campesino era dueño de su tierra y cultivaba su cosecha en ella, pero se convertía en miembro de una cooperativa para la comercialización, para el acceso al crédito, y para el uso de maquinaria y tecnología.

26 Este sistema surgió en Europa del Este en los años noventa, y en Uzbekistán, en donde el Estado creó predios colectivos, pero los campesinos producían de manera individualizada y utilizaban contratos para alquilar la tierra. Los campesinos suscribían contratos de arrendamiento por 10 años, pero no tenían acceso a crédito, ni a maquinaria ni a comercialización, pues estos dependían de la decisión colectiva. Otro ejemplo es Vietnam, donde el Estado era propietario de la tierra, pero los campesinos arrendaban los predios por un periodo de 20 años para su producción individualizada y tenían el derecho de utilizar, heredar y transferir el uso del predio, así como arrendarlo y usarlo como garantía para acceder a préstamos (Griffin, Khan e Ickowitz, 2002).

27 Las fincas colectivas de Irak son un ejemplo de este sistema. Algo similar puede hallarse en la historia de varios países africanos, como Tanzania, Etiopía y Zimbabue (Griffin, Khan e Ickowitz, 2002).

Un tercer eje de análisis de clasificación de estas reformas parte de los mecanismos que usan para alcanzar sus objetivos.²⁸ En este punto, en general, se evidencian tres categorías de instrumentos: fiscales, legislativos y de planeación. Los *instrumentos fiscales* incluyen los impuestos a la renta, a las transacciones y al disfrute de la tierra, con el objetivo de motivar ciertos tipos de acción y cambiar la situación de tierras. Por ejemplo, el aumento drástico de un impuesto para predios grandes y/o una reducción del impuesto para predios pequeños incentiva a los propietarios de los primeros a vender su tierra, alterando el sistema de concentración. También una política fiscal de subsidio a la compra de predios pequeños y no de predios grandes puede motivar cambios en la tenencia. Los *instrumentos legislativos* son generalmente medidas que permiten acciones y/o ponen restricciones con relación a la tierra; uno de ellos es la expropiación/confiscación de tierras. Para esta última hay varios tipos de instrumentos, como la legislación que declara que los predios de un tamaño específico pasan a ser propiedad del Estado, o aquella que restringe el área de tierra de propietarios privados y les entrega el título de la tierra excedente a los tenedores y arrendatarios (límites al tamaño del predio), o la expropiación absoluta a favor del Estado. Un instrumento relacionado con la confiscación es la venta/compra obligatoria, cuando se restringe el tamaño del predio y se declara la venta obligatoria al Estado a un precio fijo. Ahora bien, en todos los tipos de confiscación y ventas/compras obligatorias, una cuestión crucial es determinar el valor con el que el Estado va a compensar a la persona cuya tierra es confiscada y este cómo va a ser tasado. Las dos son cuestiones centrales pues el valor de la compensación puede afectar el alcance de la reforma. Por ejemplo, se debe determinar si la compensación será equivalente al precio del mercado, al valor del uso actual de la tierra, o si se establece una suma independiente del tamaño del predio. Ejemplo de un instrumento de este tipo es la legislación que transfiere los títulos de la tierra a los tenedores precarios, revocando los títulos a los propietarios actuales (“reforma de la te-

28 Todos los modelos de reforma de la tierra mencionados han hecho uso de estos instrumentos, sin importar el tipo de propiedad que hayan favorecido, aun cuando algunos están más asociados con ciertos tipos de programas.

nencia”). Otro mecanismo también encontrado es la prohibición legal del arriendo de tierras u otras formas precarias de tenencia. Finalmente, los *instrumentos de planificación* constituyen aquellos ordenamientos territoriales que regulan el uso de la tierra. Por ejemplo, las regulaciones que imponen un uso mínimo productivo de la tierra, aquellas que designan áreas protegidas y/o resguardos para pueblos indígenas y otras minorías étnicas, las que destinan la inversión de infraestructura agrícola en áreas o regiones específicas, o aquellas en donde se autoriza la explotación de recursos naturales.²⁹

Al igual que el modelo de restitución masiva de propiedades, el de redistribución de la tierra vía reforma agraria ha sido objeto de diversas críticas. En primer lugar, a la teoría de Kalmanovitz y Perez se le pueden formular varias objeciones. Por un lado, una intervención únicamente prospectiva corre el riesgo de legalizar el despojo o, de al menos, eximir de la responsabilidad a quienes despojaron. Si bien Kalmanovitz hace la distinción entre la restitución como deber de reparar y como castigo (aduciendo que solo se concentra en el primero), es claro que el modelo restitutivo genera mayor reproche al hecho del expolio.³⁰ Por otro lado, si bien existen algunos criterios esbozados por los autores, existen grises y situaciones no muy fáciles para deducir si se está o no en el escenario de una “guerra masivamente destructiva”. Finalmente, un argumento jurídico: pese a que la posición normativa de Kalmanovitz y de Perez está sustentada en la justificación moral y filosófica de una u otra política, y no desde el plano jurídico, es necesario reseñar que una política eminentemente prospectiva que no tenga en cuenta los desarrollos normativos sobre derechos de las víctimas será muy difícil de sostener frente a la comunidad internacional o las cortes de justicia.

29 En Vietnam, por ejemplo, se declaró que en los predios en donde se producía el arroz no se permitía desarrollar ningún otro cultivo (Griffin, Khan e Ickowitz, 2002).

30 En el caso colombiano, por ejemplo, en un texto sobre la acción de restitución de tierras se presenta este dilema de la siguiente manera: “En el éxito de la restitución se juega un asunto básico de justicia: que los despojadores no puedan salirse con la suya y las víctimas recuperen lo que les pertenece” (Chaparro *et al.*, 2016, p. 6). En similar sentido podría caber la crítica al proceso de Sudáfrica –que se verá más adelante– relativa a que la compra de los predios para la restitución terminó legalizando el despojo.

En segundo lugar, mucho se ha escrito criticando las reformas agrarias por lo que se considera su fracaso en el objetivo de promover el desarrollo productivo. Este tema es objeto de una profunda disputa, pero, sin necesidad de ahondar en ella, quienes critican el modelo de reforma agraria de fomento a la economía familiar (campesina) se basan en argumentos como: (i) la experiencia ha mostrado que las reformas de este tipo han disminuido la producción tanto por la falta de capital para invertir en el predio como por la extensión de los predios; (ii) los pequeños productores en el largo plazo no han sido capaces de incentivar un ciclo productivo de mejoría pues no han tenido la capacidad para ahorrar; (iii) las reformas agrarias han demostrado ser políticamente muy conflictivas, lo cual desincentiva la inversión en el campo, incluyendo la inversión extranjera que pudiera inyectar capital; y (iv) al requerir trabajo familiar, los hijos deberán ejercer actividades agrícolas, fomentando el trabajo infantil e incentivando la deserción escolar y, en consecuencia, creando trampas de pobreza (Griffin, Khan e Ickowitz, 2002).

Finalmente, otra línea de crítica señala que el ideal de pacificación, democratización y estabilidad que se propone con la reforma agraria no ha sido alcanzado mediante este mecanismo. Para resumir un debate teórico y empírico muy largo, es posible decir que existe una gran controversia respecto de la validez del postulado de que la inequidad en la tierra produce necesariamente inestabilidad política y, consecuentemente, de si la reducción de tal inequidad por la vía de la intervención radical en la tenencia de la tierra genera estabilidad y paz. Algunos teorizan que la distribución de la tierra, independientemente de otros factores, es ya una causa de violencia política. Otros creen que la distribución de la tierra es relevante como causa de la violencia política cuando está vinculada a la creación y la perpetuación de la desigualdad de ingresos. Otro grupo de analistas sugiere que la falta de tierras, en lugar de la desigualdad de la distribución, es la causa más importante del descontento campesino.³¹

31 Un estudio escrito por Muller *et al.* (1989) demostró que el factor que más afecta la probabilidad de la violencia política no es la desigualdad en la distribución de la tierra y la riqueza medida por el coeficiente Gini, sino la desigualdad entre la diferencia del predio promedio y los extremos superiores e inferiores (lo que denominan

Enfoque de crecimiento económico o modelo de eficiencia productiva

Una tercera opción de política para una sociedad en transición es privilegiar la explotación eficiente de la tierra para producir rentas económicas en el corto plazo. Como lo presentan De Greiff y el propio Kalmanovitz, las sociedades que salen de un conflicto armado generalmente están sumidas, entre otras, en la pobreza, padecen de enormes inequidades sociales, poseen instituciones débiles, su infraestructura física está deteriorada, tienen bajos niveles de gobernanza, altos niveles de inseguridad y pocos niveles de capital social (De Greiff, 2009, p. 31). En tales condiciones, una de las prioridades de la sociedad en transición es asegurar de manera rápida recursos económicos que le permitan enfrentar dichas necesidades. Y, por tanto, en una sociedad que puede usar la tierra como un recurso productivo, la prioridad debería estar enfocada en aquellas formas de producción que lo hagan social y económicamente más eficiente.

La idea de la eficiencia como principio guía de distribución se estructura entonces tanto a partir de un valor intrínseco como de una justificación instrumental. En cuanto a lo primero, a partir de su metáfora de la flauta expuesta en su libro *Idea de la justicia*, Amartya Sen defiende el utilitarismo como una expresión válida de justicia, en donde la capacidad se privilegia para el mejor uso de un bien público escaso y que no se reproduce.³² En tal sentido, si la tierra es un bien limitado cuya producción contribuye socialmente, lo más justo sería que quienes más eficientemente lo explotan prevalezcan en su asignación. De esta manera, en lugar de defender el eslogan “la tierra es para el que la trabaja”, se defendería la idea de “la tierra para quien mejor la trabaje”. En cuanto a su justificación instrumental, al promover el uso

“desigualdad bifurcada”). Es decir, la brecha entre los terratenientes ricos y los campesinos pobres.

32 Sen (2009) presenta un dilema distributivo entre utilitarismo, igualitarismo y libertarismo, a partir de la lucha de tres niños para que se les asigne una flauta: Uno de ellos la exige con base en que es quien mejor toca el instrumento (argumento utilitarista); el segundo se justifica diciendo que es pobre y no tiene nada más (igualitarismo); finalmente, el tercero la reclama porque él fue quien la fabricó (libertarismo).

eficiente de la tierra se crean unos agregados económicos, sociales e institucionales que luego pueden ser aprovechados socialmente para fomentar el bienestar más extendido, al crear empleo para los habitantes rurales que les permitan acceder a mejores ingresos y, por ende, impactar en la reducción de pobreza rural; asimismo, puede crear excedentes para la diversificación de actividades y generar fuentes de impuestos que puedan ser reinvertidos en bienes y servicios sociales en las zonas rurales.

En tal sentido, como se mencionó en la cita de Elster sobre el tamaño de la torta, este enfoque puede coincidir parcialmente con el modelo de justicia social en dos aspectos. En primer lugar, en su concentración en las necesidades presentes, más que en las violaciones pasadas; y, en segundo lugar, en el posible objetivo final redistributivo. Sin embargo, tienen una diferencia radical en la estrategia para alcanzar dicha distribución: mientras que el modelo de reforma agraria clásica enfatiza en la dotación de tierras a los desposeídos, el modelo de eficiencia favorece la asignación de la tierra a aquellos que más eficientemente puedan explotarla (que generalmente son quienes poseen capital), en orden a que la mejora en productividad genere excedentes sociales y económicos rápidos que serán objeto de distribución futura.

Esta divergencia en los medios se presenta por la crítica de un sector de la academia a la poca eficiencia del modelo de reforma agraria clásica. Un ejemplo clásico de un sector dominante en la evaluación contemporánea de las políticas de tierras es aquel de la comparación entre los resultados de las reformas realizadas en América Latina en el siglo pasado (basadas en general en modelos asociados a reforma agraria clásica) y aquellas llevadas a cabo en países del sudeste asiático (enfocadas en la consolidación de un régimen capitalista). Mientras que las reformas agrarias clásicas surgidas de contextos de conflictos políticos y sociales tuvieron varios éxitos, estos no fueron extendidos y duraderos como los de aquellas implementadas para consolidar el modelo capitalista (Griffin, Khan e Ickowitz, 2002).

En efecto, después de la Segunda Guerra Mundial, algunos países del sudeste asiático, especialmente Taiwán, Corea del Sur y Japón, implementaron grandes reformas de la tierra fuertemente orientadas hacia objetivos de producción capitalista. Los estudios comparados sugieren que la intervención en la tierra en estos

países ha sido una de las más comprensivas en todo el mundo y que, finalizada la implementación de las reformas, los países terminaron con sistemas privatizados de tierra bastante equitativos.³³ Además, los estudios muestran que, en los tres países, las reformas produjeron crecimiento agrícola, económico y desarrollo rural. Un factor que los académicos consideran importante para el logro de estos éxitos fue la implementación de programas de desarrollo rural como complemento a la asignación de la tierra y la reforma de la tenencia.

Ahora bien, algunos factores contextuales son importantes para explicar dichos éxitos. Uno de ellos es que los gobiernos militares jugaron un papel muy importante en la introducción e implementación de la reforma. En Japón y Corea del Sur, el gobierno militar de ocupación (EE. UU.) jugó un papel decisivo. Por su parte, en Taiwán la reforma fue introducida por una fuerza política extranjera (también EE. UU.) que no tenía vínculos con los terratenientes locales. En Corea del Sur y en Taiwán, la reformas se adelantaron dentro de un contexto de descolonización (Griffin, Khan e Ickowitz, 2002). Este factor sugiere que la voluntad política de las reformas de este tipo no provino de los gobiernos internos, los cuales tradicionalmente tenían vínculos fuertes con las clases terratenientes, sino de gobiernos extranjeros, no atados a ellas (Dorner, 1992).

Otra característica clave en este grupo de experiencias es que la tierra era muy escasa en todos los países, lo cual aumentó la justificación para la reforma: en un contexto de tierra escasa, la redistribución se hace más importante. En todos los países, los gobiernos implementaron un “techo” bastante bajo del tamaño permitido del predio, usualmente equivalente a 2,5 veces el tamaño promedio de la tierra disponible por hogar. En Japón y Corea del Sur, el hecho de que el Estado fuera propietario de un gran porcentaje (aproximadamente 20%) de la tierra cultivable facilitó el proceso de redistribución pues los gobiernos pudieron entregar y distribuir tierras propias antes que confiscársela a los terratenientes. Igualmente, los gobiernos de los dos países habían

33 Hoy en día los coeficientes Gini para los países son entre los más bajos del mundo: 0,39 para Japón, 0,47 para Taiwán, 0,20 para Corea del Sur, y 0,22 para China. En comparación, el de Colombia es 0,82.

heredado las industrias del imperio japonés, lo cual les ayudó a financiar la reforma. Así, la combinación del fin de la guerra y la caída del imperio japonés contribuyó decididamente a la reforma. Además, es importante resaltar que en ninguno de los países existía una clase terrateniente con suficiente poder o de suficiente tamaño para obstruir la reforma. Ello en contraste con América Latina, en donde dominaron los latifundios y los grandes propietarios de la tierra, antes y después de las reformas (Kay, 2002).

Igualmente, es importante mencionar que en todas las reformas hubo un elemento fuerte de confiscación, y la compra de tierras no se basó en los principios de mercado: el precio de la compra fue siempre inferior al valor comercial. Estos países también optaron por implementar primero reformas de la tenencia antes de acudir a compensaciones, con lo cual se redujo el precio de arrendamiento de la tierra y su valor. A partir de ello, se facilitó la compra de la tierra a un precio menor. La única excepción fue Corea del Sur, donde la reforma de la tenencia no logró los éxitos esperados (Griffin, Khan e Ickowitz, 2002).

Adicionalmente, esta defensa de un modelo de eficiencia alejado de la distribución inicial de la tierra ha tomado fuerza en época reciente por la supuesta transformación de los “fundamentos y supuestos” de la reforma agraria clásica. En tal sentido, Álvaro Balcázar (2001) hace una evaluación de la “validez actual” de cuatro supuestos de las reformas agrarias clásicas y encuentra que los cambios tecnológicos, científicos y sociales de las últimas décadas los han vuelto obsoletos.

El primer supuesto que analiza Balcázar es aquel que señala que los factores tradicionales de la producción (tierra, capital y trabajo) son las principales fuentes de creación de riqueza. La base de esta idea es que la fertilidad natural de la tierra era fundamental para la productividad. No obstante, dados los desarrollos tecnológicos y científicos actuales, cada vez la contribución relativa de la tierra como factor de producción es menor (2001, p. 109).³⁴

34 El ejemplo típico de este argumento es la denominada “revolución verde” que produjo un considerable aumento de productividad de la tierra –inicialmente en los Estados Unidos y luego en varias regiones del mundo–, a partir del uso de técnicas de monocultivo y la aplicación de grandes cantidades de agua, fertilizantes y plaguicidas.

El segundo supuesto ya rebasado, según Balcázar, es aquel que sostiene que la distribución de la propiedad de los factores tradicionales determina la distribución del ingreso y del poder político y social. Primero, en lo micro, la posesión de la tierra no asegura necesariamente una mejor distribución del ingreso pues un pequeño propietario que no tiene capital para explotarla podría tener un ingreso menor al de un empleado rural. Segundo, en términos macro, Balcázar argumenta que la propiedad de la tierra ya no constituye un factor determinante en la estructura de ingresos de la nación.

El tercer supuesto, que se desprende del segundo, defiende que para construir democracia, equidad económica y justicia social es imprescindible distribuir la propiedad sobre los medios tradicionales de producción. De nuevo, Balcázar sostiene que cuando el progreso de la productividad es bajo, la distribución del ingreso durante un periodo dado se determina principalmente por la distribución inicial de la propiedad. Sin embargo, en la medida en que el progreso técnico y el cambio institucional se han convertido en las principales fuentes de crecimiento de la producción, la forma como se distribuye el valor creado cada vez obedece menos a la distribución inicial de la propiedad. Es decir, no necesariamente las personas que más riqueza tenían ayer son las que más se enriquecen hoy.

Finalmente, el cuarto supuesto que según Balcázar se ha desactualizado es aquel que postula que el alto precio de la tierra – originado en las distorsiones de política y en los privilegios institucionales derivados de la propiedad rural– impide el desarrollo de la propiedad agrícola. Esto sucedía en el pasado, sostiene Balcázar, cuando el precio de la tierra constituía la mayor inversión para la producción agrícola. Pero esto no necesariamente debe influir en las condiciones actuales de producción. Por un lado, en la medida en que actualmente la inversión de capital para la producción eficiente ha aumentado (en términos de adecuación de suelos, agua, fertilizantes, maquinaria, entre otras), el valor relativo de la tierra en la inversión agropecuaria no corresponde al del pasado. Por otro lado, la propiedad de la tierra no es una condición necesaria para la producción: lo que es imprescindible es la seguridad en la tenencia. Por tanto, cualquier proyecto productivo que requiera una inversión de capital importante sólo podrá

hacerse en donde se garantice dicha seguridad (sobre todo en producciones agrícolas de mediano y tardío rendimiento). Pero puede accederse a esta misma seguridad a través de otras vías jurídicas como los contratos de arrendamiento (siempre y cuando se garanticen ciertas condiciones de estabilidad) o a figuras como la del derecho real de superficie.

Una opción de política que podría derivarse de esta plataforma de pensamiento podría entonces estar dirigida a regular un uso eficiente de la tierra (con o sin traspaso de la propiedad de la misma) a sectores capitalistas dispuestos a invertir su capital privado, mientras que los esfuerzos y fondos públicos existentes se canalizan para el fomento de los factores que pueden aumentar una mayor producción a futuro.³⁵ Así, cada tipo de recursos (públicos y privados) se usan de la manera más eficiente y contribuyen a un propósito global.

Acompañando estos argumentos, en los últimos años se ha fortalecido una corriente de pensamiento económico e institucional que defiende la explotación industrial del campo como la forma más adecuada de maximizar la eficiencia en la producción rural y que, a su vez, tiene un impacto positivo en los indicadores sociales de las zonas rurales³⁶ (Da Silva *et al.*, 2013; Banco Mundial, 2008; Perfetti y Cortés, 2013; Deininger y Byerlee, 2011). Si bien históricamente la agricultura ha sido la fuerza más importante para impulsar el desarrollo y la transformación de los territorios rurales, en este nuevo modelo la agricultura asume

35 Una versión de esta opción fue propuesta para el caso colombiano por el reconocido politólogo James A. Robinson a finales de 2014. Allí, Robinson planteó que la ruta adecuada para la modernización del país debería concentrarse en invertir en la educación para promover el desarrollo científico y tecnológico, en lugar de seguir fracasando en intentos de reforma de la tierra. En sus palabras: “el Gobierno colombiano está todavía promoviendo la noción de que la solución del problema agrario pasa por la restitución de tierras y la redistribución de baldíos y de tierras mal habidas. De esta manera, crecen las esperanzas de la gente –cuando todos sabemos que esto es en realidad imposible de conseguir– y se aplaza la posibilidad de que la gente tome la decisión de rendirse y hacer algo distinto”.

36 A partir de dicha estrategia, Perfetti *et al.* (2013) defienden que países como Brasil y Chile, entre otros, ampliaron su canasta de productos de exportación, dando paso a un crecimiento sectorial superior al del promedio mundial y a un mejoramiento de las condiciones de vida de la población rural, consecuencia del aumento en la productividad de la mano de obra.

múltiples funciones.³⁷ De la misma manera, se pasa de una visión de la agricultura fundamentada en las actividades primarias básicas a una más amplia en la que se considera al conjunto de encadenamientos e interrelaciones que se establecen a partir de ella. A este conjunto de actividades económicas se le conoce como sector agroalimentario, complejo agroindustrial o agricultura ampliada (Perfetti y Cortés, 2013, p. 3).

Ahora bien, existe una enorme multiplicidad de formas en las que se pueden promover este tipo de inversiones agrícolas. Para algunos, esta “nueva agricultura” está impulsada por empresarios privados integrados en amplias cadenas de valor que vinculan a los productores con los consumidores e incluyen a numerosos pequeños agricultores con espíritu emprendedor, apoyados por sus respectivas organizaciones. Así, esta nueva visión de la agricultura “redefine la función de los productores, el sector privado y el Estado”. A este último le correspondería entonces “corregir las fallas del mercado, regular la competencia y establecer asociaciones público-privadas estratégicas para fomentar la competitividad en el sector agroindustrial y respaldar la mayor inclusión de los pequeños agricultores y trabajadores rurales” (Perfetti y Cortés, 2013, p. 9).

En todo caso, la relación entre pequeños y grandes agricultores ha resultado ser una cuestión polémica, difícil de regular y balancear. Como lo reconoce la FAO, “es legítimo esperar que existan ganadores y perdedores de los procesos de agroindustrialización”. Y, de hecho, es innegable que la aparición del sector agroindustrial ha tenido consecuencias de distribución significativas. Esto hace necesario reconocer y promover aquellas condiciones bajo las cuales las empresas agroindustriales aportan positiva

37 Según un reciente estudio preparado para la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO), el desarrollo de agroindustrias competitivas es crucial para generar oportunidades de empleo e ingresos (no sólo a nivel agrícola, sino también en actividades fuera de la explotación como manipulación, envasado, procesamiento, transporte y comercialización de productos alimentarios y agrícolas), y mejorar la calidad de los productos agrícolas y su demanda. Además, de acuerdo con el estudio, existen señales claras de que las agroindustrias están teniendo un impacto global significativo en el desarrollo económico y la reducción de la pobreza, tanto en las comunidades urbanas como rurales (Da Silva *et al.*, 2013, p. 3).

y significativamente a los procesos globales de desarrollo económico y al mejoramiento de las vidas de los miembros más pobres de la sociedad, mientras que se minimizan los factores externos negativos y otros impactos (Henson y Cranfield, 2013, p. 32).

En la misma línea, el Banco Mundial, uno de los principales promotores de esta estrategia, reconoce que la inversión en agricultura a larga escala genera significativos desafíos que sólo podrán ser enfrentados exitosamente, si las partes concernidas colaboran efectivamente (Deininger y Byerlee, 2011). Dicha entidad, junto con la FAO, el Fondo Internacional para el Desarrollo Agropecuario, y la Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y el Desarrollo formularon siete principios para que los inversionistas adhirieran a ellos en el ánimo de promover acciones basadas en los principios de acción sin daño y desarrollo social y económicamente sostenibles.³⁸

No obstante, las críticas de distintos sectores y las experiencias donde los más vulnerables han resultado perdedores en este tipo de arreglos abundan (Lipton, 2009, p. 4). Estas disparidades también han dado lugar a una fuerte polarización del debate entre dos supuestos modelos irreductiblemente enfrentados: uno procampesino, que sería aquel enfocado en la economía familiar de explotación tradicional de pequeñas extensiones de tierra; y otro proagronegocio, que favorecería la inversión masiva de capital en amplias extensiones de tierra. Pese a esto, entre estos dos polos existen múltiples opciones de política que resultan de distintas combinaciones y énfasis en la estrategia.

Al igual que los otros modelos presentados, la estrategia de privilegiar la explotación eficiente de la tierra ha sido objeto de variadas críticas. Un primer tipo de críticas controvierten los postulados sobre los que se basan quienes defienden la idea de que la distribución inicial de la tierra no ha sido, o dejó de

38 Dichos principios son: 1) respeto por los derechos a la tierra y los recursos naturales; 2) asegurar seguridad alimentaria; 3) asegurar transparencia, buen gobierno y trato adecuado del medio ambiente; 4) consulta y participación; 5) inversión agrícola responsable que respete el Estado de derecho, las mejores prácticas de la industria, que sean viables económicamente y que sus resultados sean duraderos y sus excedentes compartidos; 6) realizar inversiones que generen efectos sociales y distributivos positivos y no incrementen la vulnerabilidad; y 7) inversiones que sean ambientalmente sostenibles y minimicen riesgos e impactos negativos (Deininger y Byerlee, 2011, anexo).

ser, una manera eficiente para promover la producción agrícola y la reducción de pobreza. En esta línea, uno de los trabajos recientes que más ha recibido mérito por su análisis y su extensa base empírica es el de Michael Lipton (2009) sobre la reforma agraria en los países en desarrollo.³⁹ A partir de su investigación, defiende los beneficios de la reforma agraria clásica, los cuales se generan tanto de manera directa (aumento de los ingresos de los campesinos pobres que obtienen acceso a la tierra) como indirecta (equilibrio general) y a partir del aumento de las tasas globales de salarios (tanto rurales como urbanos), producidas por el incremento generalizado de la productividad marginal de la mano de obra (Lipton, 2009, cap. 1). Es por este motivo, según Lipton, que la cantidad de granjas pequeñas en Asia y África ha aumentado, dada la relativa eficiencia de estas explotaciones y, en algunos casos, la reforma agraria. Así, este autor se enlista en el grupo de quienes defienden que las granjas pequeñas (usualmente de economía familiar) son igual o más productivas que aquellas que se caracterizan por un modelo de producción industrial (Lipton, 2009; Berry 2012). Igualmente, Lipton defiende que la amplia disminución de la pobreza a nivel mundial ocurrida entre 1950 y 2005 se debió más a las políticas de reforma agraria que a la revolución verde (2009, p. 1).

Por otro lado, a partir de su recopilación de experiencias rebate las teorías de autores como Balcázar y concluye que en la mayoría de las condiciones, los argumentos que hacen de la pequeña agricultura familiar la mejor opción son los mismos que hace 50 años. Por tanto, para Lipton, tanto la reforma agraria como las políticas que promuevan este tipo de agricultura son no solamente relevantes en la actualidad, sino que en algunos países y regiones del mundo son dramáticamente importantes, especialmente dados los procesos graduales de concentración de la tierra que se han vivido en algunas regiones. Si bien Lipton acepta que cuanto más desarrollo, los méritos de la agricultura a mayor escala tienden a aumentar, disecciona los factores inmediatos que explican la mayor productividad de explotaciones pequeñas (las granjas más pequeñas dejan menos tierra sin uso, tienen una

39 Una excelente reseña del texto fue realizada por Albert Berry (2012) y se encuentra disponible en español.

mayor proporción de cosecha por año en un pedazo de suelo dado, tienen un patrón de cultivo de mayor valor y, a veces, rendimientos más altos de un cultivo determinado) (Berry, 2012, p. 142). Adicionalmente, Lipton recalca la distinción entre eficiencia privada (rendimiento privado del capital y otros recursos utilizados) y eficiencia social (toma en cuenta que las explotaciones más pequeñas utilizan a menudo el exceso de recursos, especialmente de mano de obra, lo cual les daría ventajas de eficiencia) (Berry, 2012, p. 141).

Una línea complementaria de críticas se concentra en la oportunidad y conveniencia política de adelantar esta estrategia. Así, en primer lugar, puede resultar dudosa la pretensión de que en todos los contextos –y, especialmente, en muchos de posconflicto– sea posible adelantar una estrategia de este tipo. La experiencia comparada sugiere que el mayor obstáculo a la implementación de la reformas de la estructura de la tierra ha sido de carácter político. Este se refleja en el hecho de que para ser eficaz, la reforma tiene que transferir la propiedad o tenencia de los terratenientes –que tienden a ser poderosos políticamente– a los campesinos (en la reforma agraria clásica) o a los inversionistas (en el modelo eficiente). Para ello es necesario entonces quitarle el poder a la élite rural para hacer posible la transferencia de tierra por vía de confiscación, o resignarse a la compra de tierras a precios del mercado o a la entrega de tierra estatal disponible. En todos los países estudiados que tuvieron reformas relativamente exitosas, como México, Bolivia, China, Japón, Corea y Taiwán, se dio al menos una de estas dos condiciones: la reforma logró disminuir el poder de la élite terrateniente o el Estado era propietario de grandes extensiones de tierra (Berry, 2010). En tal sentido, tanto este como el modelo de justicia distributiva parten de supuestos posconflictuales en donde tales élites siguen conservando un poder de veto y de oposición muy fuerte.

De hecho, de acuerdo con la literatura especializada, un factor muy importante que contribuyó al éxito de la implementación de las reformas procapitalismo mencionadas en esta sección es que todas fueron implementadas por gobiernos fuertes y determinados. En estos países había mucha más autonomía y capacidad estatal, si se compara con América Latina. Los Estados de Corea del Sur y Taiwán tenían bastante control social, político y

hasta cultural sobre sus poblaciones. También, otra diferencia de las reformas frente a América Latina es que en el sudeste asiático el Estado tenía más control sobre el sector agrícola (Kay, 2002). El apoyo político a los gobiernos en Asia del Este no dependía de los terratenientes. En casi todos los casos estos países estuvieron gobernados por militares estadounidenses con poca conexión con los terratenientes, o fueron financiados y apoyados por el gobierno estadounidense. Otro factor que facilitó la implementación es que en todos los países existían organizaciones locales que implementaron e hicieron seguimiento a las reformas, los cuales sirvieron para prevenir la corrupción. Pero en contextos de debilidad institucional, como los de países en posconflicto, y en donde no sobresale una facción política definida con un amplio margen de acción (caso de sociedades en donde se alcanzan procesos de paz producto de la negociación política y no de la victoria militar arrolladora), las posibilidades de implementación de reformas a gran escala y de transformación rápida son limitadas.

Por otro lado, una duda que deja este modelo es si tiene la capacidad de remover los conflictos sociales y económicos que pudieron generar la violencia que se busca dejar atrás. Si uno de los generadores del conflicto (bien sea real o percibido) fue la inequitativa distribución de la tierra, es poco probable que una política que no tome en cuenta este factor logre la pacificación que requiere la implementación de un modelo de desarrollo productivo como el que se defiende. Esto no solo por los postulados institucionales empíricamente comprobados, que señalan que un sistema altamente inequitativo es menos productivo y tiende a la violencia, sino por la necesidad que tienen las medidas de justicia transicional de ser percibidas como legítimas para tener un cierto grado de éxito. En este punto es donde parece débil la propuesta de Robinson sobre diversificar las apuestas de desarrollo colombianas hacia la educación urbana, olvidando los conflictos rurales y sobre la tierra. Si bien en una sociedad pacificada (al menos en donde los conflictos sobre la tierra no se hubieran tornado en violencia masiva) la propuesta parece sensata, en contextos en donde la violencia ya ha tomado el rol prevalente de decisión de los conflictos distributivos parece imposible obviar dichos conflictos.⁴⁰

40 De hecho, ninguno de los ejemplos exitosos en los que se basa

El caso sudafricano: un ejemplo de enfoque mixto

Una tercera opción sería aquella en donde se creen modelos mixtos que combinen los objetivos o los mecanismos de las dos anteriores. Teóricamente, las opciones pueden ser múltiples, pues dependerán del énfasis que se ponga en la estructuración del esquema. Por ejemplo, podría ser un modelo de restitución inicial como puerta de entrada a uno de redistribución más amplio, o podría ser un modelo de restitución restringido por topes, acompañado de un proceso de redistribución. También podría consistir en un modelo de restitución que use mecanismos de colectivización asociados a modelos de reforma agraria, entre múltiples opciones adicionales.

En materia de experiencias comparadas, el caso que se destaca –por su singularidad– es el modelo de la restitución de tierras en el contexto de la transición sudafricana *posapartheid*. Sudáfrica ha tenido una larga historia de despojo sistemático de tierras de la población negra en búsqueda de la consolidación de tierras y poder en manos de la población blanca (empezando con la colonización en 1652, siguiendo con el *Natives Land Act* de 1913 y el *apartheid*) (Hall, 2004, p. 1). Hacia finales del *apartheid*, 87% de las tierras estaba en posesión de la población blanca, y 13% correspondía a la población negra (Walker, 2005, p. 807). Con este fenómeno se produjo el desplazamiento de más de 3,5 millones de personas. Con el cambio de régimen, el nuevo gobierno encabezado por el Congreso Nacional Africano (ANC) se puso a la tarea de revertir esta desigualdad. Para ello, escogió un sistema con tres componentes: la restitución, la redistribución y la reforma del modelo de arriendo de tierras. La proporción planeada del énfasis de la política era intervenir dos terceras partes de la tierra mediante un esquema redistributivo y la tercera parte restante mediante la política de restitución.

Con tal fin, Sudáfrica creó e implementó varios programas para promover esta política mixta de restitución, redistribución y apoyo al retorno (Lahiff y Li, 2012). Por un lado, un programa de restitución de las personas que fueron despojadas con base

Robinson (2014) para sustentar su propuesta se refiere a países que estuvieran dejando atrás un conflicto armado originado por la distribución de la tierra.

en leyes de *apartheid* a partir del 19 de junio de 1913. Para ello, la ley de restitución de tierras de 1994 (*The Restitution of Land Rights Act*), la primera aprobada bajo el gobierno del presidente Nelson Mandela, creó un sistema compuesto por dos instituciones principales: The Commission on the Restitution of Land Rights (la Comisión) y The Land Claims Court (la Corte). Las funciones principales de la Comisión eran recibir reclamaciones, investigar pruebas (en el registro público o por solicitud de organizaciones nacionales o internacionales) y facilitar acuerdos amistosos. De hecho, esta era la única manera como la Comisión podía resolver definitivamente una reclamación: vía el acuerdo amistoso. Para ello, la Comisión fue facultada para designar un mediador. Pero si los interesados no llegaban a un acuerdo, la Comisión podía remitir la disputa a la Corte o, considerando la disponibilidad de tierras en posesión del Estado y las necesidades del reclamante, podía ofrecer un predio alternativo.

Por su parte, la Corte asumió la función de adjudicar las reclamaciones que no fueran resueltas por la Comisión. La Corte fue facultada con la autoridad de decidir cuándo oír argumentos orales y, para facilitar el acceso de las víctimas, realizaba audiencias en diferentes regiones del país. Podía recibir pruebas mediante cualquier medio desde que las considerara relevantes y no estaba limitada a las reglas de pruebas de las cortes ordinarias. Una vez recibidas las pruebas, la Corte podía rechazar la reclamación, restituir la tierra al desplazado u ordenar la expropiación de otras tierras por parte del Estado. Los reclamantes o terceros podían apelar la decisión en las cortes generales del Estado (Williams, 2008; Hall, 2010).

En paralelo, la primera medida de redistribución fue en la forma de un programa de subsidio para la adquisición de tierra y apoyo a retorno (*The Settlement/Land Acquisition Grant, SLAG*). Este programa se enfocó en la reducción de la pobreza rural. Como en la restitución, los hogares beneficiarios fueron principalmente comunidades de asentamientos de propiedad comunitaria, en donde se esperaba que realizaran explotación agrícola colectiva (Lahiff y Li, 2012).

La segunda medida fue una política de redistribución con énfasis en el desarrollo agropecuario (*Land Redistribution for Agricultural Development, LRAD*). Este programa fue iniciado en 2001 (es decir, siete años después del inicio de la estrategia) con el objetivo

de asegurar que los beneficiarios adquirieran áreas de tierra más grandes donde ejercieran la producción agrícola más eficientemente. El programa, que proveía un subsidio en escala cuyo monto era graduado con base en la contribución del beneficiario, fue implementado tanto en propiedad colectiva como en parcelas individuales. La investigación de evaluación de estos programas ha demostrado que, en mayor proporción, sus beneficiarios se involucraron en actividades agrícolas de subsistencia, comparados con los beneficiarios del programa original (May *et al.*, 2009).

Como tercera medida de política se creó el Programa Comprensivo de Apoyo Agrícola (*Comprehensive Agricultural Support Programme, CASP*), como una respuesta a la creciente crisis de apoyo a los hogares restituidos y reasentados. El programa, de origen nacional, fue implementado por los departamentos provinciales de agricultura; proveía subsidios monetarios para inversiones específicas, y asistencia técnica y de mercado.

La cuarta medida de política se conoció como Programa Proactivo de Adquisición Estratégica (*Proactive Land Acquisition Strategy, PLAS*) y fue también introducida sobre la marcha, con el objetivo de enfrentar las limitaciones del SLAG y LRAD en términos de cantidad y calidad de la tierra que podía ser adquirida. Mediante este programa, el Gobierno adquiriría tierras para el reasentamiento y los beneficiarios eran provistos inicialmente con arrendamientos a corto plazo para verificar sus capacidades para administrar los predios. Si eran exitosos, el arrendamiento era renovado por un término más a largo plazo. Tanto predios individuales como colectivos eran parte de esta medida.

Finalmente, el Gobierno sudafricano creó el Programa de Recapitalización y Desarrollo Agrícola (*Re-capitalisation and Agricultural Development Programme, RECAP*). Su objetivo era la recapitalización de proyectos rurales débiles o fallidos. El programa proveía apoyo completo a las fincas y requería que los beneficiarios trabajaran de la mano de un socio estratégico o mentor.

El balance de estos programas ha sido mixto. Desde diversos puntos de vista se han realizado evaluaciones y hay una controversia académica sobre cómo medir el éxito o fracaso de las políticas. Una visión agregada parece mostrar que la estrategia de reparación, pese a múltiples limitaciones y retrasos, fue parcialmente exitosa, mientras que las medidas de redistribución

tuvieron un mayor grado de fracaso (Hall *et al.*, 2010). En cuanto a lo primero, varios expertos han señalado que el proceso de restitución fue inicialmente muy lento, lo que obligó al Estado a repensar el sistema (Hall, 2004). A mitad de camino se introdujeron reformas que pusieron énfasis en la resolución administrativa, en contraposición con la estrategia de la resolución judicial caso por caso, y se realizaron acuerdos estándar para reclamaciones urbanas. Con esto, la velocidad de la resolución de casos mejoró sustancialmente. De las 80.000 reclamaciones llevadas a la Comisión, 56.000 fueron resueltas antes de 2004. Pero, a pesar de este progreso, la gran mayoría de las reclamaciones resueltas correspondieron a casos urbanos, y la resolución de casos rurales (casi 20.000) siguió demorando mucho. Fue necesaria una orden del Ministerio de Asuntos de Tierras en 2002 para que la Comisión concentrara su atención en estas últimas reclamaciones. Con esto, para 2004, se alcanzaron acuerdos amistosos en más que 6.000 de los casos rurales (Hall, 2004, pp. 12-13).

No obstante, donde la tierra rural fue devuelta, los resultados no fueron del todo satisfactorios (Hall, 2010). Aunque la Comisión trató de implementar un sistema de apoyo posrestitución, fue incapaz de administrarlo efectivamente. La carencia de ayuda posrestitución en un ámbito macroeconómico hostil a los predios pequeños dejó a muchos de los campesinos beneficiarios de la restitución sin una verdadera oportunidad de reconstruir sus proyectos de vida. Muchas de las fincas restituidas quedaron en un estado de menor desarrollo, y otras fueron vendidas o alquiladas a grandes empresas. En consecuencia, la restitución no ha tenido el impacto transformador que fue promovido por la comunidad de derechos humanos.

En cuanto a la política de redistribución, vale la pena recordar que en 1994 Sudáfrica tenía aproximadamente 82 millones de hectáreas de tierra arable en manos de la minoría blanca. La meta fue la redistribución, para 2014, de 24,5 millones de ellas a la población excluida. Para el año 2009, el Gobierno había adquirido 6,7 millones de hectáreas, lo que equivale a un 26% del total prometido en redistribución. Algunos estudios estiman que, entre 2009 y 2012, ese número ascendió en 1,25 millones de hectáreas. Es decir, el número total de hectáreas sería 7,95 millones (Kirsten, 2012). Estadísticas oficiales señalan que al menos 4.893 predios habrían

sido transferidos a población negra entre 1994 y 2013, lo cual habría beneficiado a 230.886 personas (Binswanger-Mkhize, 2014).

En un esfuerzo por evaluar el éxito o fracaso de la reforma frente a dos puntos (número de beneficiarios e incremento en la producción agrícola), Binswanger-Mkhize sostiene que tras 20 años de implementación, “existen algunas islas de éxito, especialmente en horticultura, pero estas existen en un océano de fracaso total o parcial”, dado que “el número de beneficiarios y el área de tierra transferida es decepcionantemente bajo, esto a pesar de que el desempleo rural se ha deteriorado profundamente en la última década” (Binswanger-Mkhize, 2014, p. 253). Complementariamente, Cousins y Aliber (2013) sostienen que solamente un 40% de los beneficiarios de la reforma siguen activos en la producción de los predios. Además, la investigación de Lahiff (2009) señala que el resultado en términos de producción agrícola y de ingreso de los hogares es pobre en la mayoría de los casos, lo cual ha resultado en desalojos masivos.

Estos resultados poco satisfactorios se han imputado, principalmente, a factores como: 1) el deterioro progresivo en el interés de la población rural, especialmente en la más joven, en las actividades agrícolas; 2) el modelo de compraventa según la voluntad del vendedor, bajo precios del mercado en lugar de una expropiación forzada de predios; 3) los problemas de incapacidad del Departamento de Desarrollo Rural y Reforma Agraria, la Comisión de Restitución, los departamentos agrícolas departamentales y el Departamento de Agricultura, Floresta y Pesca; 4) la fragilidad de los beneficios posretorno para los beneficiarios de la política; 5) la falta de claridad en las políticas y procedimientos de los programas y falta de manuales operativos; 6) el enfoque de todos los programas en la creación de fincas comercialmente exitosas; 7) la falla asociada a la obligación de subdividir los predios en pequeñas fincas operadas por las familias o la obligación de dividir las entre grupos y cooperativas; 8) la escasa participación de los beneficiarios en la identificación, diseño e implementación de los proyectos; 9) la precaria selección de los beneficiarios con muy pocas habilidades para la agricultura; y 10) la inadecuada selección y supervisión de socios estratégicos (Binswanger-Mkhize, 2014, p. 254).

Ahora bien, para analizar qué tanto de este resultado hace parte de errores de diseño o de implementación y qué tanto

puede atribuirse a las limitaciones del propio modelo, es necesario acudir a las evaluaciones más globales de la experiencia. Las distintas evaluaciones de este caso muestran que los objetivos, a veces contrapuestos, que buscaba una política tan amplia crearon tensiones que no pudieron resolverse adecuadamente, con lo cual los programas quedaron atrapados en dilemas con poca guía sobre cómo enfrentarlos. Los cinco que más sobresalen son los siguientes.

En primer lugar, el modelo divagó sobre el valor de los derechos de propiedad y el poder del Estado para intervenir la tierra de manera radical. Esta tensión se evidencia desde la propia discusión del modelo a implementar. La posición histórica del Congreso Nacional Africano (CNA) fue la reversión del robo de la tierra del pueblo negro mediante la nacionalización de la tierra (Williams, 2008). Sin embargo, en el momento de la transición, esta demanda tuvo que ser negociada y la presión –tanto interna como externa promovida por el Modelo Banco Mundial– llevó a un mayor compromiso con la idea de derechos de propiedad y derechos adquiridos (Hall, 2010, p. 20). De acuerdo con Rhodri Williams, esta concesión llevó a dos consecuencias: por un lado, desde una perspectiva jurídica, la expropiación de tierras para efectos de redistribución era permisible, pero únicamente de acuerdo con la ley y sujeta a compensación. Por otro, desde una perspectiva de política pública, el CNA adoptó el enfoque “vendedor dispuesto - comprador dispuesto” o “enfoque de mercado” frente a la redistribución, prometiendo abstenerse de expropiar propiedades reclamadas y optando por negociar su compra. Esto, a pesar de la controversia que generaba aceptar comprar tierras robadas en términos que concedían una ventaja de mercado a los usurpadores (Williams, 2008).⁴¹ A estos dos problemas, Hall adiciona que, al crear un subgrupo de despojados legales

41 Adicionalmente, al aceptar que la compra debía hacerse cuando el vendedor decidiera vender perjudicó el ritmo del proceso. Como expone Williams: “Sin una amenaza creíble de expropiación, las Comisiones Regionales de Tierras se encontraron en una posición de considerable desventaja para negociar con granjeros reticentes a vender” (2008). Además, en el proceso de transición –como era de esperarse–, el precio del mercado de tierras creció y el Estado tuvo menos posibilidad de implementar una política amplia de intervención a la tierra por constreñimientos fiscales.

(aquellos sobre los cuales sí procedía la restitución por despojo injusto), se dividió la población de personas sin tierra, haciendo que las reivindicaciones políticas perdieran eficacia (2010, p. 21).

En segundo lugar, los programas no pudieron superar la tensión entre su enfoque de justicia étnico-racial y su propósito distributivo. Para la política del CNA era prioritario que la tierra cambiara de manos de blancos a negros. La idea de que la población negra fuera propietaria y explotara la tierra era fundamental para su bandera política. Pero, al mismo tiempo, los programas privilegiaban la explotación productiva de los predios. Al haber sido discriminados durante décadas, la capacidad de los hogares negros para emprender proyectos productivos rurales en el corto plazo era limitada, pero, como era necesario mostrar que los beneficiarios provenían de estas comunidades, la selección de familias no siempre se adecuó a los requerimientos de los proyectos productivos que se emprendían. Como lo expone Williams, el programa pretendió alcanzar numerosos objetivos de política a la vez, pero en la práctica “no existe un consenso sobre cómo puedan integrarse de la mejor manera los muchos objetivos de la reforma agraria” (Williams, 2008).⁴²

En tercer lugar, los programas no parecen haber resuelto adecuadamente la tensión entre justicia intergeneracional y justicia correctiva. Como argumenta Williams (2008), la decisión de remontarse ocho décadas hizo de la restitución un proyecto a la vez intergeneracional y transicional, que exigía el reconocimiento de demandas de parte de los descendientes directos de las personas y comunidades desposeídas, así como de parte de las víctimas supervivientes. Estas demandas comunitarias crearon una necesidad altamente dispendiosa, en términos de tiempo y trabajo, de elaborar extensos árboles genealógicos para establecer la pertenencia al grupo, así como dirimir múltiples demandas rivales presentadas por comunidades o subcomunidades distanciadas (Williams, 2008; Hall, 2004).

42 Por tanto, “el propósito de la redistribución es enfatizado por los defensores de la reducción de la pobreza, quienes prefieren dar prioridad a la entrega de tierras a los pobres para una agricultura de subsistencia, y los campeones del empoderamiento económico de los negros, quienes dan prioridad a la participación de los negros en el sector de la agricultura comercial” (Williams, 2008).

La división rural-urbana fue la cuarta tensión problemática. El objetivo de la restitución de predios rurales y reactivación de la agricultura compitió con el interés de muchas familias que se habían asentado en zonas urbanas. Esto llevo, por un lado, a que la política no tuviera adecuadamente en cuenta la necesidad presente de los beneficiarios. Por ejemplo, el énfasis en promover la restitución rural competía –en interés y recursos– con las necesidades de reasentar de manera sostenible a la población negra desplazada del campo en zonas urbanas y combatir el problema de los asentamientos informales. Pero, al mismo tiempo, en muchos otros casos, la facilidad que representaba la compensación a quienes se encontraban en las ciudades tentaba a las autoridades a enfrentar las críticas a la falta de implementación rápida de la política, mostrando resultados en las zonas urbanas, pese a que la mayoría de reclamaciones se presentaron respecto de áreas rurales (Williams, 2008).

Finalmente, la quinta tensión no resuelta se suscitó entre los ideales de restitución con retorno y la “salida fácil” de la compensación monetaria. El programa estableció como enfoque la libertad de los demandantes de buscar compensación financiera y otras compensaciones alternativas en lugar de una restitución obligatoria en especie.⁴³ Dadas las restricciones ya anotadas de la restitución rural, los primeros progresos se basaron fundamentalmente en la resolución de demandas urbanas, que incluían paquetes de compensación financiera para los demandantes desalojados de vecindarios urbanos. Sin embargo, a medida que los pagos en efectivo se convirtieron en la táctica para acelerar la implementación, se abrió una brecha entre el enfoque de reparación individual que subyacía a la restitución y las metas de redistribución colectiva de la reforma agraria. Aun cuando los pagos en efectivo eran una forma de reparación libremente elegida por los demandantes individuales, su efecto acumulado vició la contribución del programa de restitución a la meta principal de la reforma agraria, la transferencia de tierra a la población negra. Además, las compensaciones monetarias tampoco consiguieron

43 Es de anotar que el programa, al ser diseñado a mediados de los noventa, precedió en casi una década la discusión de los Principios Pinheiro que, como se anotó anteriormente, se basan en la idea de la restitución como forma preferente de reparación.

ofrecer un modelo viable para el manejo de las demandas rurales. Mientras que muchos de los desplazados urbanos se habían establecido de nuevo en otros lugares y podían permitirse aceptar compensación, muchos de los desplazados rurales enfrentaron una enorme pobreza y veían la restitución de sus tierras como un camino para la autosuficiencia (Williams, 2008).

Capítulo 3

Tierras, justicia y derecho

El concepto de la tierra demuestra la complejidad de encasillar la discusión sobre los objetivos e intereses de la justicia transicional en simples términos de adscripción jurídica a una cierta clase de derechos. Las intervenciones a la tierra dependerán tanto del significado que se le otorgue como del modelo de intervención que se use. Allí, la discusión rígida sobre tipos de derechos parece desvanecerse. De la relación con la tierra pueden depender un variado número de relaciones jurídicas que involucren distintos derechos. Por otro lado, una intervención que promueva un derecho, aun cuando este sea considerado de manera clásica como un derecho civil y político (por ejemplo, el derecho a la restitución de la propiedad de la tierra), puede llevar a políticas que involucren un número amplio de problemáticas sociales que requerirán un modelo de intervención que va más allá de la simple resolución de procesos jurídicos de clarificación de propiedad.

En este capítulo me enfocaré en las relaciones jurídicas que se vinculan o desprenden del concepto tierra. Para ello, dividiré el capítulo en dos secciones principales y unas breves conclusiones. En un primer momento me concentraré en el estatus de la tierra en el derecho internacional y su falta de adscripción específica a la categoría de derecho. Para ello, analizaré los tratados existentes, tanto aquellos considerados de “derechos civiles y políticos” como los de “derechos económicos, sociales y culturales”. En un segundo momento, me centraré en las diversas formas en que el derecho regula la tierra y las concepciones de justicia en las que se basa para ello. Allí examinaré las justificaciones de justicia correctiva, étnica, social, ambiental y de interés general en las que se apoyan los modelos regulatorios más comunes en las legislaciones domésticas.

La tierra en el derecho internacional de los derechos humanos

Actualmente no existe un reconocimiento específico del derecho internacional de los derechos humanos a un “derecho humano a la tierra”.¹ Las referencias a la tierra en instrumentos internacionales de derechos humanos se reducen al reconocimiento del derecho a la alimentación, los derechos de los pueblos indígenas y su relación con sus territorios, el reconocimiento de igualdad frente a la ley entre hombres y mujeres, así como la protección y asistencia a las personas desplazadas de manera forzada.² Existe, adicionalmente, un reconocimiento internacional de que la tierra impacta directamente en la realización de un diverso número de derechos humanos y, dada la interrelación e interdependencia de los derechos, potencialmente podría impactar en la satisfacción de todos los derechos humanos. Pero no existe una adscripción directa a un derecho, ni como derecho civil y político, ni como derecho económico, social y cultural.

Como lo ha reconocido la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH), “las disputas sobre la tierra frecuentemente son la causa de conflictos violentos y un obstáculo permanente para la paz sostenible” (2010, p. 2). La tierra es además un factor de relación con

1 Varias constituciones en el mundo han reconocido la tierra como derecho constitucional o fundamental, pero el lenguaje para hacerlo varía de manera radical. Así, por ejemplo, es protegido por la Constitución de Ecuador de 2008, en el artículo 57, con relación a los derechos de las comunidades, pueblos y nacionalidades; el artículo 30 de la Constitución de Bolivia de 2009 reconoce el derecho de pueblos indígenas y campesinos a la tenencia y títulos, así como al uso de recursos naturales; y la Constitución de Sudáfrica de 1996, en el artículo 25.5, establece que el Estado debe adoptar medidas razonables, hasta el máximo de recursos disponibles, para promover las condiciones que permitan a los ciudadanos el acceso a la tierra en condiciones equitativas.

2 Estas referencias se encuentran en el artículo 11.2 del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (derecho a la alimentación); parte II del Convenio 169 de la OIT (derechos territoriales de pueblos indígenas); artículo 14 (g) de la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; artículos 15 y 19 del Protocolo a la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos sobre derechos de las mujeres (igual tratamiento frente a la ley entre hombres y mujeres); y artículos 4.5 y 11.5 de la Convención para la Protección y Asistencia de las Personas Internamente Desplazadas de la Unión Africana (en materia de desplazamiento forzado).

otros objetivos de las Naciones Unidas, como la reducción de la pobreza, el acceso a viviendas, los proyectos de desarrollo y las intervenciones humanitarias. Adicionalmente, la tierra toca una diversidad de áreas de intervención entre las que se encuentran: la planeación urbana, las reformas agrarias, las actividades de reconstrucción después de desastres naturales o en posconflicto, el acceso a recursos naturales y derechos de propiedad.

Pese a las pocas referencias explícitas a la tierra en normas de derecho duro, existe una amplia práctica de órganos de tratados de las Naciones Unidas, así como de instancias regionales, sobre diversas materias de derechos humanos que se intersectan con el tema de la tierra. Los derechos y principios a los cuales se ha referido la jurisprudencia de derechos humanos incluyen el principio de no discriminación, el derecho a la vivienda adecuada, a la alimentación, a la salud, a la información, a la participación en la vida cultural, al agua, al trabajo, a la propiedad privada y el principio de autodeterminación (OACNUDH, 2010, p. 3).

La construcción de categorías jurídicas de derechos humanos relacionados con la tierra puede ser entonces dividida en tres ejes. Primero, en la relación entre la tierra y el acceso a derechos económicos, sociales y culturales, como por ejemplo, el derecho a la alimentación, la vivienda y el trabajo. Segundo, en su relación con la protección de la propiedad privada y la obligación de la restitución frente a la expropiación ilícita. Y, tercero, con respecto a los derechos de grupos poblaciones determinados.

Tierra y derechos sociales

En materia del derecho a la alimentación, el artículo 11.2 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Pidesc) requiere que los Estados parte tomen medidas “que son necesarias para (a) mejorar los métodos de producción, conservación y distribución de alimentos [...] mediante el desarrollo de sistemas de reforma agraria de manera tal que en que se alcance el desarrollo y el uso más eficiente de los recursos naturales”. Por su parte, las guías voluntarias para la realización progresiva del derecho a la seguridad alimentaria de la FAO, adoptadas en 2004, proveen una referencia explícita a la tierra en el contexto del derecho a la alimentación. Particularmente, la guía 8 (acceso a recursos) requiere a los Estados “respetar y proteger el derecho de los individuos

a los recursos, incluyendo la tierra sin discriminación”, y, cuando sea necesario y apropiado, “implementar reformas agrarias y otras políticas consistentes con sus obligaciones de derechos humanos y en consonancia con el Estado de derecho con el objetivo de alcanzar un acceso eficiente y equitativo a la tierra”. Además, prevén que “los Estados deben tomar medidas para promover y proteger la seguridad en la tenencia de la tierra, especialmente con respecto a las mujeres y sectores pobres y desaventajados de la sociedad, mediante legislación que proteja el derecho equitativo a la propiedad de la tierra, incluyendo el derecho a heredar”.

Una segunda entrada a la tierra desde un ángulo de derechos sociales se encuentra en la protección del derecho a la vivienda adecuada. Desde su Observación General n.º 4, el Comité del Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Comité DESC) ha reconocido que uno de los aspectos centrales del derecho a la vivienda adecuada es la seguridad jurídica de la tenencia. La misma observación reconoce la relación entre la tierra y el principio de accesibilidad a las viviendas. El Comité ha señalado que “en muchos Estados parte el acceso progresivo a la tierra por personas desposeídas debe ser un objetivo de política pública”. La observación señala, además, que las obligaciones jurídicas de los Estados requieren ser desarrolladas mediante medidas que aseguren un lugar para vivir en paz y condiciones de dignidad, incluyendo el acceso a la tierra como un derecho (Comité DESC, 2006, par. 8).

Un tercer eje de aproximación ha sido reconocido a partir del derecho al trabajo. En este sentido, el entonces Relator Especial para el Derecho a la Alimentación, Olivier de Schutter (2010), señaló que el acceso a la tierra y la seguridad en su tenencia es esencial para proteger el goce efectivo de diversos derechos humanos, especialmente el derecho al trabajo de los trabajadores rurales que no poseen tierra.

Tierra y propiedad

Un segundo punto de entrada desde la esfera de los derechos humanos se relaciona con los derechos de propiedad de la tierra, los derechos adquiridos sobre esta y la prohibición de expropiación ilícita que da lugar al derecho a la reparación. Usualmente se suele pensar que la protección más directa a la tierra se deriva del reconocimiento del derecho a la propiedad privada, cuya entidad

es la de un derecho civil y político clásico. Sin embargo, la historia de reconocimiento de este derecho en el ámbito internacional es más complicada.

La idea básica que adoptó el discurso internacional de los derechos humanos respecto de la propiedad fue aquella defendida por las declaraciones de derechos de las revoluciones liberales. Principalmente la recogida en la Cláusula de las Expropiaciones de la Quinta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos (*Takings Clause of the Fifth Amendment of the US Bill of Rights*) y en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de Francia de 1789. Dicha noción defiende cuatro características: (i) el reconocimiento de la existencia de la propiedad privada, (ii) el reconocimiento de la acción de las expropiaciones, para (iii) el uso público, y (iv) la necesidad de reconocer una compensación justa en caso de que dicha expropiación ocurra (Jacobs, 2013, p. 89). Esta concepción de propiedad no reconoce una obligación del Estado de proveer propiedad a cada persona, o el derecho de esta para reclamarla al Estado. Por el contrario, entiende que quienes tengan esa propiedad deben estar protegidos y que el Estado solamente podría intervenirla bajo la justificación de la necesidad del uso público y tras pagar una compensación justa al expropiado.

Esta idea fue recogida en la época de la segunda posguerra mundial en el artículo 17 de la Declaración Universal de Derechos Humanos (Jacobs, 2013, p. 89). Dicho artículo reconoce que “toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente” y que “nadie será privado arbitrariamente de su propiedad”. Sin embargo, este lenguaje, que parece simple y directo, ha dado lugar a múltiples controversias sobre su interpretación (Alfredson, 1992, p. 255; Glendon, 2001, p. 182). Décadas después de su incesión, este artículo sigue despertando interrogantes, especialmente sobre qué se debe entender por propiedad. En un informe realizado por el Consejo Económico y Social (ECOSOC) de las Naciones Unidas a finales de la década de los ochenta del siglo pasado, se reconoce que “pese a que nadie cuestiona el derecho individual a la propiedad, ha habido considerables diferencias de opinión respecto del concepto de propiedad, sus funciones, y las restricciones a las cuales podría ser sometido” (1988, p. 7).³

3 Un estudio jurídico reciente realizado por Golay y Cismas llega

Esta cláusula de la Declaración no se trasladó luego a los tratados de derechos humanos que convirtieron este cuerpo de normas en derechos duros. En consecuencia, no existe un reconocimiento, en el ámbito universal, del derecho a la propiedad (Golay y Cismas, 2010, p. 3).⁴ De hecho, y por más paradójico que parezca, dada su defendida naturaleza como derecho civil clásico, la discusión del tema en la elaboración del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) terminó, como señala Alfredsson, en “larguísimo debates en los que existió desacuerdo en prácticamente cada uno de los aspectos de la materia y, al final, se negó la inclusión del derecho” (1992, p. 259).

El mismo asunto fue discutido a partir del borrador del *Pidesc* propuesto por la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Entre 1951 y 1954, los Estados sostuvieron negociaciones, y pese a que “ningún miembro de la Comisión expresó en principio oposición, la Comisión no logró adoptar un texto unificado” (Comisión ONU, 1954, p. 7, en Jacobs, 2013, p. 90). La delegación de los Estados Unidos propuso la incorporación del texto del artículo 17 de la Declaración Universal, pero la propuesta fue seguida de objeciones por parte de representantes de países muy variados como Chile, Egipto, India, Líbano, Filipinas, Polonia y Uruguay, entre otros. Las objeciones reflejaron las diferencias históricas, políticas y económicas de estos países, así como sus distintos estados de desarrollo económico y sus perspectivas frente a los conceptos de tierra, propiedad y la interrelación entre los derechos individuales y las facultades de los Estados. Al final, dadas las disparidades de opinión, la inclusión de una versión similar del artículo 17 en el *Pidesc* fracasó y no hay alusión específica a la propiedad en dicho tratado (Jacobs, 2013, p. 90).

a una conclusión similar: “Podemos concluir que la aceptación general del derecho a la propiedad es indiscutible. Pero la definición de derecho a la propiedad varía en los diferentes instrumentos legales, particularmente respecto a aquellas limitaciones que permiten ponderarlo con cláusulas de derechos sociales. Ninguno de los instrumentos universales o regionales presenta una definición clara y precisa del objeto del derecho” (2010, p. 11).

4 Esto contrasta con su grado de reconocimiento a nivel constitucional. De acuerdo con datos de Law y Versteeg, el derecho a la propiedad es uno de los derechos que más se reconoce en las constituciones en el mundo (97% de ellas) junto con la libertad religiosa, la libertad de expresión y la igualdad de trato frente a la ley (2012, p. 773).

A diferencia de lo que ocurre en el ámbito universal, a nivel regional, particularmente en el sistema interamericano de derechos humanos, existe un reconocimiento explícito de este derecho. La Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), adoptada en 1969, en su artículo 21 reconoce el derecho a la propiedad privada, la cual es introducida bajo la formulación de la teoría de la cláusula de expropiaciones, aunque adiciona una de prohibición de la usura que se convierte en una limitación para la adquisición de propiedad privada.⁵ Además, debe notarse que mientras que la DUDH reconoce abiertamente la propiedad tanto individual como colectiva, la CADH específicamente se concentra en la “propiedad privada”.⁶ No obstante, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha hecho una interpretación extensiva de esta cláusula, a partir de la cual ha protegido derechos de accionistas de compañías, así como de trabajadores a sus salarios y de pensionistas a sus mesadas pensionales, bajo la teoría de los derechos adquiridos. Además, la Corte ha desarrollado una extensa y pacífica jurisprudencia que reconoce que el artículo 21 puede ser interpretado para la protección de los derechos de los pueblos indígenas y tribales a las tierras y recursos que han poseído ancestralmente, los cuales deben protegerse bajo la figura de la propiedad colectiva (Gonza, 2014, pp. 505 y ss.; Pasqualucci, 2009).

Tierra y poblaciones

Un tercer eje de relación se establece sobre la base del reconocimiento de derechos culturales y del principio de no discriminación. En esta línea, el marco internacional de derechos reconoce

5 El artículo 21 de la Convención establece: 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. // 3. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley.

6 La Convención Europea de Derechos Humanos tampoco incluyó este derecho, el cual fue introducido en 1952 mediante el Protocolo 1 adicional con amplias facultades de los Estados para restringirlo. Para las diferencias entre los dos sistemas regionales sobre este punto, ver Gros Espiell (1991, p. 112).

la relación entre la tierra y los derechos culturales establecidos a partir del Pidesc (Comité DESC, Ob. Gral. n.º 21), y del derecho a la autodeterminación que se encuentra tanto en el Pidesc como en el PIDCP.⁷

Para los pueblos indígenas, la tierra es más que un recurso productivo e “involucra los conceptos de patria, cultura, religión, lugares espirituales, conexión con los ancestros, ambiente y acceso a otros recursos de subsistencia como agua, bosques y minerales” (Stavenhagen, 2006). Acorde con esta visión, el Convenio 169 de la OIT provee un concreto conjunto de derechos territoriales para pueblos indígenas y tribales. Reconoce, por ejemplo, el derecho a la propiedad y posesión de las tierras que tradicionalmente han ocupado (artículo 14), así como las garantías para la protección del derecho de las comunidades y pueblos indígenas al disfrute de los recursos naturales que se encuentran en dichos territorios (artículo 15). El Convenio, además, prevé una detallada relación del procedimiento y de los recursos judiciales que deben tener los Estados para la protección de estos derechos (artículos 14 y 15), reglas para la relocalización (artículo 16) transmisión de tierras (artículos 17 y 18) y cuestiones sobre reformas agrarias (artículo 19). En el mismo sentido, la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas de las Naciones Unidas, en su artículo 26 reconoce el derecho de los pueblos indígenas a las “tierras, territorios y recursos que han poseído tradicionalmente, ocupado, y adquirido de cualquier otra forma”, incluyendo el derecho a “la propiedad, el uso, el usufructo y el control de las tierras, territorios y recursos”. La misma norma obliga a los Estados a “otorgar reconocimiento legal y protección de estas tierras, territorios y recursos” con “debido respeto a las costumbres, tradiciones y sistemas de tenencia de la tierra de los indígenas”.⁸

7 Esta relación fue destacada por Olivier de Schutter en sus informes como relator para el derecho a la alimentación (2009, para. 30). Vale la pena también destacar el Caso *Serac vs. Nigeria*, en donde la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (1996) señala que “el derecho a la autodeterminación impone en los Estados la obligación de proteger a los individuos bajo su jurisdicción de ser privados del acceso a recursos productivos, como por ejemplo por la entrada de inversionistas extranjeros”.

8 Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, A/RES/61/295, Anex.

Por otro lado, el acceso de mujeres a la propiedad y tenencia de la tierra ha sido un área de enorme inequidad en el mundo. Es por ello que el marco legal internacional se ha pronunciado sobre este hecho particular. Así, el artículo 14 de la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (Cedaw) reafirma el derecho de las mujeres a un “tratamiento igualitario en políticas de reforma agraria así como en la reubicación de tierras y viviendas” (artículo 14 g). En desarrollo de estas normas, el Comité de la Cedaw en su Observación General n.º 21 reafirmó que “cuando una mujer no puede realizar un contrato o tener acceso a crédito financiero, o solo puede hacerlo cuando obtiene el permiso o apoyo de su esposo o de un hombre, se le está negando autonomía legal” (Cedaw, 1994). En sentido similar se han pronunciado otras instancias de derechos humanos, como por ejemplo lo ha hecho el Comité del PIDCP, conocido como Comité de Derechos Humanos. En su Observación General n.º 28, dicho Comité aclaró que “la capacidad legal de las mujeres para ser propietarias, para suscribir contratos o gozar de otros derechos civiles no puede ser restringida a partir de cuestiones como el estatus marital u otra base discriminatoria” (CDH, 2000, párr. 19).

Adicionalmente, el derecho internacional se ha referido a la cuestión de la tierra y la situación de minorías, migrantes y personas desplazadas forzosamente. Este reconocimiento incluye tanto derechos y libertades civiles como otros más relacionados con derechos sociales. Así, en su Observación General n.º 23, relativa a los derechos de las minorías, el Comité de Derechos Humanos señaló que “la cultura se manifiesta de muchas formas, incluyendo una forma particular de vida asociada al uso de la tierra y sus recursos, especialmente en el caso de pueblos indígenas” (CDH, 1994, par. 7). Por otra parte, como será objeto de una sección subsiguiente, los derechos a la tierra, vivienda y propiedades de personas que se han visto forzadas a abandonar su país (en el caso de refugiados) o sus lugares de vivienda sin traspasar las fronteras nacionales (desplazados internos) son objeto hoy de protección internacional (Leckie, 2009; Williams, 2008).

Finalmente, vale la pena abordar el concepto de campesino y su definición colectiva de campesinado frente al derecho internacional de los derechos humanos. Pese a que, como lo sostiene FIAN International, la población campesina –con cerca de 1.200

millones de personas— es el grupo poblacional más numeroso del mundo, no ha existido un reconocimiento explícito de este sector como una población con derechos diferenciales por parte de las normas de derecho duro del derecho internacional de los derechos humanos. Los movimientos campesinos, especialmente aquellos concentrados en la red internacional Vía Campesina, han lamentado por décadas lo que consideran una desatención del derecho internacional hacia su causa. Esto a pesar de la Carta del Campesino y de la Declaración de Principios y Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre Reforma Agraria y Desarrollo Rural, firmadas en Roma en julio 1979, bajo los auspicios de la FAO.⁹

Por esta razón, el movimiento campesino se ha propuesto como agenda de acción la promoción de lo que denominan el Convenio Internacional sobre Derechos de las Campesinas y Campesinos (CIDC) (Vía Campesina, 2009, p. 4). Este proceso ha dado lugar a que en el seno de las Naciones Unidas se discuta una Declaración de los Derechos de los Campesinos y Campesinas. El texto de esta declaración fue aprobado en 2014 por la Asamblea del Consejo de Derechos Humanos mediante una resolución que autoriza la continuación del proceso que busca redactar una declaración internacional sobre los derechos de los campesinos y otras personas que trabajan en zona rural.¹⁰ El documento es extenso y cubre una amplia variedad de cuestiones. Por lo pronto, dos temas pueden ser destacados aquí: la definición de campesino y la mención de derechos relacionados con la tierra.

El texto preliminar de la Declaración Internacional de los Derechos de los Campesinos establece varios aspectos sobre la definición del término campesino. En primer lugar, reconoce la relación “directa y especial” con la tierra y la naturaleza, la cual se ejerce a través de la “producción de alimentos u otros productos agrícolas”. Así, el concepto se circunscribe a quienes trabajan la tierra por sí mismos, mediante economías familiares o de pequeña escala. En segundo lugar, la Declaración establece una

9 Para el movimiento campesino, esta Carta “no fue capaz de proteger al campesinado de las políticas internacionales de liberalización” (Vía Campesina, 2009, p. 4).

10 Este proyecto debe ahora ser discutido por el Consejo de Derechos Humanos y, de ser aprobado, debería pasar a consideración de la Asamblea General de la ONU.

serie de actividades variadas que aplican dentro de la esfera de campesino, entre las cuales están la agricultura, la ganadería, la trashumancia, las artesanías relacionadas con la agricultura u otras ocupaciones similares en una zona rural. En tercer lugar, la Declaración aclara que este término aplica también a las “personas sin tierra”, las cuales incluyen: i) a familias de trabajadores agrícolas con poca tierra o sin tierra; ii) a familias no agrícolas en zonas rurales, con poca tierra o sin tierra, cuyos miembros se dedican a diversas actividades como la pesca, la artesanía para el mercado local o la prestación de servicios; y iii) a otras familias rurales de trashumantes, nómadas, campesinos que practican la agricultura migratoria, cazadores y recolectores y personas con medios de subsistencia parecidos.

Por otra parte, la Declaración reconoce de manera específica un “derecho a la tierra y al territorio” que tiene a su vez varios componentes. El primero es el reconocimiento de que los campesinos tienen derecho a “poseer tierras, a título individual o colectivo, para su vivienda y sus cultivos”, así como a “trabajar su propia tierra y a obtener productos agrícolas, criar ganado, cazar, recolectar y pescar en sus territorios”. El segundo va más allá pues establece que “los campesinos tienen derecho a trabajar las tierras no utilizadas de las que dependan para su subsistencia y a disponer de esas tierras”, así como a “administrar y preservar los bosques y las zonas pesqueras y a obtener beneficios”. Finalmente, la Declaración señala que la “tierra debe cumplir con su función social”, para lo cual requiere a los Estados que apliquen “límites de propiedad en la tenencia de la tierra cuando sea necesario con el fin de asegurar un acceso equitativo a las tierras”. Esto es complementado por el reconocimiento explícito de un derecho en cabeza de los campesinos a “beneficiarse de la reforma agraria”, y de una previsión que indica que “no se deben permitir los latifundios”.

Esquemas normativos de regulación de la tierra

La regulación jurídica de los derechos sobre la tierra en contextos internos deriva de las múltiples formas de significarla y valorarla.¹¹ Desde un punto de vista ambiental, los suelos son un sis-

11 Una primera definición conceptual para empezar a tratar el tema “tierra” es si su uso se destina para los suelos con vocación rural

tema complejo y dinámico que está integrado por una variedad de componentes orgánicos e inorgánicos que incluyen minerales, agua, aire y organismos vivos, entre otros (Mesa, Sánchez y Silva, 2015, p. 102). Desde el punto de vista de la explotación agrícola y de la economía clásica, la tierra es un recurso natural sobre el cual se aplica el trabajo humano transformándolo en productos (PNUD, 2011, p. 180).¹² Las diversas visiones del valor de dicho bien implican intereses específicos respecto de su uso y explotación, y regímenes normativos que a nivel nacional buscan promover o defender dichos intereses.

Los marcos regulatorios domésticos que buscan promover cada una de estas perspectivas están, a su vez, basados en justificaciones éticas o consideraciones de justicia diversas. Por ejemplo, quienes defienden la tierra como un bien objeto de apropiación privada y con vocación transable, justifican esta perspectiva desde la libertad y el trabajo. Por su parte, quienes defienden la vocación ambiental de los ecosistemas asociados a la tierra justifican la necesidad de su preservación, conservación y restauración a partir de principios de justicia ambiental. A su turno, quienes defienden la protección de los valores culturales y ancestrales de pueblos indígenas y su relación con el territorio se basan en justificaciones étnicas y raciales.

En esta sección presentaré, de manera esquemática, los principales marcos regulatorios y las concepciones de justicia que los

o urbana. Una visión clásica restringiría el uso de tierra para aquellos lugares con baja densidad poblacional y de infraestructura, y cuyo uso fundamental es el agrícola, mientras que los suelos urbanos se caracterizarían por la alta densidad poblacional, y la existencia de infraestructura vial y de redes primarias de acueducto, energía y alcantarillado. No obstante, como lo demuestra el Informe de la Misión para la Transformación del Campo Colombiano, dicha clasificación ha sido muy cuestionada tanto nacional como internacionalmente por su sobre simplificación de los territorios (no todo lo urbano corresponde a rascacielos, ni todo lo rural son granjas). Existen diversos grados de ruralidad. Además, dado que en las últimas décadas los habitantes rurales han ido modificando su comportamiento de actividades agropecuarias a no agropecuarias, el indicador clásico de producción agropecuaria para denotar ruralidad no es hoy en día tan bueno (Misión Rural, 2015, p. 3).

12 En tal sentido, se consideran como elementos constitutivos de la "estructura agraria": 1) la estructura de la tenencia de la tierra, 2) el uso productivo de los recursos, 3) las relaciones laborales y sociales, 4) las relaciones con el mercado y 5) las relaciones con la política y el Estado (PNUD, 2011, p. 181).

justifican. Antes de empezar, son necesarias dos aclaraciones. En primer lugar, dadas las características de finitud de la tierra y sobrepoblación humana, estos intereses usualmente se contraponen entre sí. De allí que se originen una multiplicidad de conflictos sobre la tierra que son estudiados y definidos también desde distintas perspectivas. Son vistos por algunos como conflictos en el uso y tenencia de la tierra (PNUD, 2011), por otros como conflictos ambientales,¹³ y por otros como conflictos socioambientales.¹⁴ La cuestión central aquí es reconocer la conflictividad asociada a estos marcos regulatorios y las posibles salidas armonizadoras de estos intereses contrapuestos. En segundo lugar, si bien es posible identificar una teoría de justicia o justificación dominante de uno u otro sistema regulatorio, como se verá más adelante, no existe en la actualidad un sistema puro o unidimensional en donde una sola concepción de justicia tenga cabida. Por el contrario, varios de estos regímenes acuden a distintas concepciones de justicia, aun cuando alguna de ellas puede ser la dominante.

Protección a la propiedad privada, régimen de derecho civil y justicia correctiva

En el mundo contemporáneo, el régimen de propiedad, especialmente aquel de la propiedad privada individual, ha sido el modelo dominante de regulación de relaciones con la tierra (Deininger, 2003). Bajo la directriz del Banco Mundial y otras agencias de cooperación internacional, en las últimas décadas, países en desarrollo y en transición se han movido de manera rápida hacia la adopción y consolidación de la institución de la propiedad privada (Kennedy, 2011).

13 Mesa Cuadros *et al.* (2015, p. 37) acuden a la expresión “conflictos ambientales”, en lugar de “conflictos ecológicos”, al considerarla más acertada pues “pone el énfasis en las relaciones cultura-naturaleza y no solo en las relaciones ecosistémicas”.

14 Yulieth Hillón y Andrés Jiménez (2016) los denominan “conflictos socioambientales” y los definen como “la disputa entre diferentes actores sociales a diversas escalas y temporalidades sobre sus concepciones (racionalidades, lenguajes de valoración) y formas de apropiación, control, uso y proyección de la relación humano-naturaleza en un contexto desigual (de poder, económico, cultural o social)”. Así, para Hillón y Jiménez, los conflictos socioambientales conectan cinco dinámicas: 1) comunes; 2) producción del espacio; 3) sentidos, visiones y prácticas diversas sobre el futuro y la vida local; 4) asimetrías de poder; y 5) heurística comunitaria.

No obstante, la propiedad privada es una institución social y jurídica que tiene una larga tradición a través de distintas culturas y sistemas legales. De acuerdo con Jacobs, no debe olvidarse que la propiedad es una creación social en donde la sociedad (representada por el Estado) decide o define qué es propiedad (qué constituye propiedad privada, propiedad comunal, propiedad estatal o cualquier otra forma), de qué manera será protegida y qué límites se impondrán frente a ella (2014, p. 96). Esta reflexión resalta dos cuestiones. Por un lado, que la propiedad privada es una de las distintas formas en que la propiedad puede ser definida y protegida y, por el otro, que, como construcción social, está sujeta al poder y al cambio.

Esta última conclusión es recogida por David Kennedy en su ataque frontal a la teoría neoliberal que defiende los derechos de propiedad como “claros y definitivos”, así como necesarios para promover el desarrollo económico y aliviar la pobreza. Para Kennedy, el derecho de propiedad es una institución dinámica que representa un proceso técnico de definición y redefinición constante. Nuevos derechos, nuevas obligaciones, privilegios y deberes se van inventando y modificando, en la práctica, en todo sistema. Este proceso es influenciado por diversas ideas dentro de un contexto de lucha política y social por las definiciones. En consecuencia, el derecho de propiedad en cada sociedad es “el sedimento remanente de un proceso histórico complejo”. Por tanto, el sistema de propiedad nunca es uniforme y varía de sociedad en sociedad, de época en época. De hecho, una vez consolidado un modelo de potestades, este ayuda a modelar un nuevo *round* de lucha política y social. De allí, la famosa expresión de Proudhon de que “toda propiedad proviene de un robo” (Kennedy, 2011).

Ahora bien, como sugiere Miller, toda teoría de la propiedad que se base en los paradigmas de libertad e igualdad debe confrontar un problema central: la propiedad individual de un recurso finito como la tierra siempre amenaza la igualdad y libertad de otros. Por tanto, la teoría debe explicar tres cosas: 1) qué debe hacer una persona para convertirse en propietaria; 2) de qué se compone el paquete de potestades que adquiere al convertirse en propietaria; y 3) estos privilegios cómo son consistentes con los principios de igualdad y libertad (Miller, 2011, p. 94).

La filosofía política demoliberal clásica ha desarrollado su teoría justificativa atando la idea de la propiedad de la tierra a los conceptos de libertad, ciudadanía y democracia. La teoría más influyente ha sido la desarrollada por John Locke en sus *Dos tratados sobre el gobierno civil*, especialmente en el quinto capítulo del segundo tratado, denominado “Sobre la propiedad”. Pese a que Locke no realizó una teoría sistemática de la propiedad, sus ideas han dado lugar a largos e interminables debates filosóficos, políticos y económicos (Baciero-Ruiz, 2012, p. 416). No es necesario reproducir aquí estos debates, pero sí es importante resaltar las características centrales de su planteamiento.

La teoría de Locke se interpreta a partir de varios principios, entre ellos, el de la autopreservación, la posesión y el trabajo. La concurrencia de estos tres principios es la que termina justificando que los individuos se conviertan en propietarios. En primer lugar, Locke reconoce que existe un derecho de cada individuo a la propiedad sobre su cuerpo y a la preservación de su propia vida, para lo cual el hombre necesita servirse de los bienes del mundo. Así, “aunque la tierra y todas las criaturas inferiores pertenecen en común a todos los hombres, cada hombre tiene, sin embargo, una propiedad que le pertenece a cada persona” y “cualquier cosa que él saca del estado en que la naturaleza la produjo y la dejó y la modifica con su trabajo y añade algo a ella que es de sí mismo, es por consiguiente, de propiedad suya” (Locke, 2004). De esta manera, Locke justifica la apropiación unilateral de la tierra y sus frutos. Para su teoría, no es necesario contar con el consentimiento de otros para realizar dicha apropiación, siempre y cuando el objeto no haya sido apropiado con anterioridad (Miller, 2011, p. 94). En contraposición a otros pensadores, como es el caso de Kant, Locke defiende que esta apropiación puede preceder incluso al contrato social (Williams, 1977, p. 32). Así, los gobiernos libremente constituidos, como las democracias, se instituyen para la protección de las libertades individuales, incluyendo la libertad de tener y controlar la propiedad (Jacobs, 2014, p. 87). Los Estados no están entonces obligados a proveer propiedad, sino a garantizar aquella de quienes la han adquirido por sus propios medios.

La teoría de Locke no elabora mucho respecto de la segunda pregunta de Miller, es decir, qué derechos y potestades se le

atribuyen a ese propietario. No obstante, el régimen de propiedad se ha encargado de elaborar extensamente este punto. La tradición del derecho comunitario tiene como punto de referencia obligado los comentarios de Blackstone a las leyes de Inglaterra, en donde define la propiedad como “ese dominio despótico que un hombre afirma tener y ejerce sobre las cosas externas del mundo, con total exclusión del derecho de cualquier otro individuo en el universo”.¹⁵

Las definiciones y características defendidas por la doctrina clásica de derecho continental sobre propiedad no difieren drásticamente de las anteriormente señaladas. De manera esquemática, es posible empezar la discusión a partir del concepto de patrimonio, el cual encarna la totalidad de las relaciones jurídicas estimables en dinero. A su vez, de este concepto se suelen diferenciar dos componentes: el derecho de crédito o personal (*jus ad rem*) y el derecho real (*jus in re*). La doctrina civil ha estudiado profusamente los derechos reales (estudio por algunos denominado derecho civil bienes), que fueron definidos por Alessandri como “el poder directo e inmediato sobre una cosa, poder o señorío que, dentro de los márgenes de la ley, puede ser más amplio o menos amplio”.¹⁶ Así, como lo señalan Ternera y Mantilla, el titular del derecho real (en su caso, de propiedad de la tierra) “tiene ciertos poderes jurídicos sobre el bien, para procurarse todos o parte de

15 Esta definición, como es de esperarse, tiene defensores y contradictores. De manera contemporánea, el referente más común sobre las características de la propiedad es Honoré, quien la definió en 1961 como un “conjunto de derechos y potestades que tienen los individuos sobre cosas materiales, incluyendo la tierra, que conlleven a obligaciones y responsabilidades a cargo de otros individuos”. Honoré identificó 11 “incidentes” de la propiedad que en su mayoría son facultades y derechos, entre los que se incluyen: 1) un control físico excepcional sobre una cosa o un derecho de uso exclusivo; 2) el derecho de usar las cosas; 3) el derecho de controlar, es decir, decidir cómo y quién puede usar la cosa; 4) el derecho a la renta, es decir, los beneficios que se obtienen de la cosa; 5) el derecho a disponer, arrendar, modificar o destruir cosas; 6) la garantía contra la expropiación y el derecho a la seguridad; 7) la garantía de perpetuidad; 8) la prohibición de utilizar la cosa en detrimento de los demás; 9) la posibilidad de expropiar las cosas en el pago de una deuda; 10) un derecho residual o derivado a la existencia de normas para garantizar la restauración de tales facultades (1961, pp. 107-147).

16 En la doctrina colombiana, Valencia Zea y Ortiz Monsalve definen los derechos reales como “los que ponen al hombre en relación con las cosas de la naturaleza” (2001, p. 2).

los beneficios, utilidades y servicios estimables en dinero” que dicho bien puede proporcionar (2006, p. 117). En tal sentido, la relación jurídica tendría tres componentes: 1) la libertad del titular de servirse o no de la tierra; 2) un no derecho o ausencia de derecho de los demás para exigirle que se sirva o no de ella; y 3) un derecho del titular (y la correlativa obligación a cargo de los demás) de exigir que ningún otro interfiera en su derecho de servirse de la tierra (Tenera y Mantilla, 2006, p. 118).

Como se anotó anteriormente, la doctrina liberal fue fundamental en las discusiones sobre normatividad internacional de derechos humanos y en la formación de las constituciones de buena parte de los países del hemisferio occidental. De allí que el abordaje de la propiedad en varias normas internacionales y en numerosas constituciones siga los derroteros de la cláusula norteamericana de las expropiaciones. En tal sentido, en las constituciones clásicas liberales, el Estado reconoce la existencia de los derechos de quienes hayan adquirido propiedad de acuerdo con las leyes, y no necesariamente se compromete con repartir, proveer o facilitar el acceso a la propiedad. A lo que sí se compromete el Estado es a la protección de la propiedad: a asegurar que no existirá expropiación, bien sea por parte del Estado (que solo podría hacerlo por necesidad pública y con pago de compensación justa) o de terceros.

Esta última obligación se alinea perfectamente con la teoría de la justicia correctiva en la que descansa la teoría de las reparaciones a víctimas de violaciones de derechos humanos, incluyendo las del desplazamiento y el despojo de bienes. Como se desarrolló en un capítulo precedente, el principio de reparación integral que busca otorgar una reparación proporcional a la gravedad de la violación y el daño, a partir de borrar los efectos del crimen y deshacer el daño causado, es una expresión clásica de la justicia correctiva, puesto que su propósito principal, de acuerdo con las doctrinas dominantes en este campo, es rectificar o borrar un daño injusto con el fin de restituir a la víctima a la situación que se encontraba antes del crimen. Así, para el caso de despojo de tierras, la restitución clásica como forma de reparación, parte de la calificación inicial sobre propiedad y busca retornarla a quien la ostentaba de acuerdo con las reglas vigentes del derecho de propiedad local.

Función social de la tierra y justicia distributiva

La visión individualista y absolutista de la propiedad defendida por esta vertiente del pensamiento liberal se ve contrastada por otras tendencias que no asumen la propiedad únicamente como una fuente de “prerrogativas jurídicas subjetivas”, sino que la catalogan como un derecho-deber, cuyo ejercicio se legitima cuando se persigue la promoción del bienestar social. Así, desde el siglo XIX, la concepción de facultad o poder se vio desplazada por la idea de función. Autores como Compté, Ihering, Gierke y especialmente Léon Duguit empezaron la defensa de una visión “solidarista” de la propiedad que, frente a los excesos del individualismo, se convirtieron en críticas a la visión tradicional de la propiedad liberal (Cordero, 2008, p. 506). Duguit se opuso a la idea de propiedad como derecho natural o subjetivo y prefirió la idea de “función social”. Esta función consiste en ejercer poder sobre un bien con libertad de hacer lo que es conveniente para la sociedad. Por tanto, si el propietario no cumple esa función social para la cual está destinado el bien, el Estado puede intervenir para “asegurar el empleo de las riquezas que (el propietario) posee conforme a su destino” (Duguit, 1925, p. 37, en Batista y Coral, 2010, p. 63). La visión de Duguit sobre función social de la propiedad no tenía una inspiración socialista o negacionista de la propiedad privada individual. Se basa en una defensa de la libertad, en donde la libertad individual “tiene la característica de servir como medio que refleja el cumplimiento del deber social o desenvolvimiento de la función” (p. 64).

La visión de Duguit influyó de manera prominente en las primeras décadas del siglo XX en los países de América Latina, incluyendo Colombia (López, 2004, p. 327), tanto en los modelos de derecho público asociados al reconocimiento constitucional de la figura de la “función social de la propiedad”¹⁷ como en nuevas doctrinas civilistas que empezaron a reconocer nacientes principios jurídicos con un alto impacto en la regulación del sistema de propiedad.¹⁸ En el contexto latinoamericano, la doctrina de la fun-

17 Los debates sobre propiedad en la reforma constitucional colombiana de 1936 tuvieron una influencia notoria de las ideas de Duguit (Batista y Coral, 2010).

18 Diego López relata cómo la denominada “Corte Oro” de la Cor-

ción social de la propiedad recayó directamente sobre los debates de propiedad, tenencia y uso de la tierra. Así, las propuestas de reforma agraria defendieron el postulado de que la tierra debe considerarse, en contextos como estos, un instrumento de producción y aprovechamiento que tiene que ser destinado al sustento de la sociedad en su conjunto. Por ende, la tierra debe ser explotada racionalmente y la apropiación de sus frutos debe estar sujeta al principio de legitimidad de la explotación, lo que se traduce en el lema: la tierra es de quien la trabaje. Asimismo, la extensión permisible de tierra debe ser regulada, pues los extremos impiden alcanzar esa función social. Por tanto, los latifundios y los microfundios deben ser objeto de restricción.

Esta visión de relación con la tierra requiere un rol distinto del Estado al que defiende el liberalismo más clásico. El Estado cumple una función central en la distribución y regulación tanto de la tenencia de la tierra como de velar porque se cumpla su propósito de explotación. Asimismo, el Estado es el encargado de crear políticas que presenten soluciones convenientes a los problemas que surgen en el campo, por ejemplo, interviniendo en las tierras ociosas o abandonadas, o haciéndose cargo de obras que faciliten la explotación agrícola, como la irrigación, la colonización, la arborización, la reforestación, la protección de las aguas, etc. De igual manera, el Estado no solo debe velar porque se cumpla la explotación agraria, sino que debe privilegiar la protección del trabajador campesino, como sujeto activo de esa función. Con esto también se modifica el principio de neutralidad defendido por la teoría absolutista de la propiedad.¹⁹

te Suprema de Justicia en la década de los 30 del siglo XX importó principios jurídicos que ocasionaron un "reposicionamiento relativo de las partes contractuales, propietarios e inquilinos, propietarios y colonos, etc.". Además, esta jurisprudencia moderó la fuerza del principio del *pacta sunt servanda*, creando cláusulas de deberes implícitos a los sujetos activos de derechos patrimoniales; también, la Corte redujo algunas de las facultades tradicionales del propietario por medio de la doctrina del abuso del derecho (2004, p. 328).

19 Sergio Roldán resume los deberes estatales derivados de los postulados del derecho agrario colombiano en los siguientes: i) promover el acceso progresivo a la propiedad de la tierra de los trabajadores agrarios; ii) promover y consolidar la paz contribuyendo con el bienestar de la población campesina; iii) reformar la estructura social agraria por medio de procedimientos encaminados a eliminar y prevenir la inequitativa concentración de la propiedad rústica o su frac-

Estos principios dieron lugar a la creación, en distintas legislaciones latinoamericanas y de otras regiones, de un cuerpo regulatorio que defiende su autonomía y autocontención, denominado derecho agrario. Este derecho, que se presenta generalmente como un derecho social en oposición a la naturaleza privatista del derecho civil de propiedad, defiende unos principios propios, así como reglas sustantivas y procedimentales propias de su función y que en muchos casos se contraponen a aquellas establecidas por el derecho civil clásico. Este derecho agrario vino de la mano de reformas legislativas y políticas que en distinto grado buscaron crear reformas de los sistemas agrarios, basados fundamentalmente en el principio de redistribución asociado a la lógica de la justicia distributiva.

Propiedad étnica y justicia histórica

Las disputas jurídicas y políticas sobre el multiculturalismo y la justicia étnico-racial proveen un tercer punto de partida para la regulación jurídica de la tierra. El movimiento de reivindicación de los derechos de pueblos indígenas y tribales, que se ha fortalecido durante las últimas décadas, ha dado fruto en un conjunto importante de documentos y jurisprudencia internacional que ha ido decantando un sistema jurídico de regulación de la tierra ancestralmente habitada por dichas comunidades. A diferencia de los dos paradigmas anteriores, que se fundamentan en la libertad individual y en la justicia distributiva, los postulados étnico-raciales se han basado fundamentalmente en reclamos de reconocimiento sobre etnicidad, entendido como el “sistema asimétrico de estatus que asigna

cionamiento antieconómico; iv) elevar el nivel de vida de la población campesina; v) fomentar la adecuada explotación y la utilización social de las aguas y de las tierras incultas, ociosas o deficientemente aprovechadas, mediante programas que provean su distribución ordenada y su racional utilización; vi) incrementar el volumen global de la producción agrícola, ganadera, forestal y acuícola, en armonía con el desarrollo de los otros sectores económicos; vii) regular la ocupación y el aprovechamiento de las tierras baldías de la nación, dando preferencia en su adjudicación a los campesinos de escasos recursos, y establecer zonas de reserva campesina para el fomento de la pequeña propiedad rural (2014, p. 35).

valores distintos a grupos sociales en función de su color de piel y rasgos fenotípicos” (Rodríguez y Baquero, 2015, p. 19).²⁰

Esta lucha por el reconocimiento diferencial ha impactado en la forma de regular la tierra. Así, los estándares internacionales y nacionales de derechos de los pueblos indígenas protegen un “vínculo colectivo” de estos con el territorio, el cual es imprescindible para la integridad y supervivencia física y cultural de los pueblos, independientemente de que exista un título formal sobre este territorio.²¹ Igualmente, el Convenio 169 reconoce y protege que los pueblos indígenas tienen una forma especial de relacionarse con su territorio, que no necesariamente se traduce en explotación económica.²² Establece también que el disfrute del territorio no se realiza de manera individual, sino colectiva. Así, un territorio no es intercambiable por otro, porque cada uno tiene un significado histórico, cultural, espiritual y social único para cada pueblo indígena. Por ende, en el derecho internacional y nacional de los derechos de los pueblos indígenas se acuña el término ‘territorio’ y no ‘tierras’ para expresar la valoración distinta a la económica, que no es intercambiable y que constituye el ámbito de vida cultural, social, espiritual y económico de los pueblos indígenas.²³

20 De esta manera, una de las distinciones básicas entre un modelo “procampesino” de reforma agraria basado en términos de justicia distributiva y uno “proindígena” basado en postulados de justicia étnico-racial estaría en que, mientras en el primero el criterio de asignación de la tierra se basa en la necesidad y obligación de producción, en el segundo se basa en la pertenencia al grupo étnico. No obstante, esta distinción tajante entre una y otra teoría de justicia es rechazada por varios autores. Por ejemplo, Carlos Salgado (2012) defiende que una intervención procampesinado debe basarse en tanto en consideraciones de reconocimiento como de distribución. A su turno, Rodríguez Garavito y Baquero (2015) defienden que los reclamos étnico-raciales asociados a la tierra en América Latina se justifican no sólo en reclamos identitarios, sino además en cuestiones de justicia social o distributiva.

21 Convenio 169 de la OIT, artículo 13.

22 En palabras de la Corte Constitucional colombiana, la población étnica y su entorno natural “se constituyen en un sistema o universo merecedor de la protección integral del Estado” (Sentencia T-342 de 1994).

23 También es común que algunos pueblos no habiten permanentemente una zona, pero sí la usen de manera regular, por ejemplo, con fines medicinales (cuando hay plantas medicinales en el mismo) o rituales (sitios sagrados). Este uso también es protegido por los es-

La recepción doméstica de estos estándares ha dado paso a importantes reconocimientos en América Latina, especialmente de carácter constitucional (Irigoyen, 2011). En el constitucionalismo colombiano, por ejemplo, se reconoce en la actualidad que los territorios de comunidades étnicas (indígenas y afro) tienen características distintas a las que regularían la relación con la tierra en otros contextos. Así, la Corte Constitucional colombiana ha reconocido (i) el carácter imprescriptible, inalienable e inembargable del territorio; y (ii) la consideración de la ancestralidad como “título” de propiedad; además, la Corte Constitucional ha enfatizado que (iii) el concepto de territorio no se restringe a la ubicación geográfica de una comunidad o un resguardo indígena, sino que se asocia al concepto más amplio de ámbito cultural de la comunidad. La posesión ancestral de las tierras que habita la comunidad es un elemento importante para la titularidad del derecho al territorio colectivo.²⁴

En consecuencia, este régimen modifica principios básicos de la idea liberal de propiedad de la tierra, e incluso de su visión más colectivista, orientada a una función social. Por un lado, se separa de la visión patrimonial clásica al no centrarse en el valor comercial y al imposibilitar el traslado del dominio en sentido clásico. Por otro lado, al atar la tierra a una práctica cultural propia directamente relacionada con la supervivencia, lo cual puede relegar o sustituir la explotación económica, crea una contradicción con el régimen de reforma agraria tradicional.

Por último, dado que los despojos de territorios étnicos datan de varios siglos, la pregunta típica de justicia correctiva se desplaza a qué hacer en aquellos casos en los cuales se trata de las llamadas “injusticias históricas”, esto es, de hechos ocurridos hace un tiempo considerable (varias décadas e incluso varios siglos) y, por consiguiente, las víctimas y los victimarios directos de esos crímenes ya han fallecido. Estas discusiones de “justicia intergeneracional”²⁵ tienen diferencias importantes con las

tándares de derecho nacional e internacional, incluso cuando es compartido con otras personas o comunidades.

24 Corte Constitucional colombiana, Sentencia T-828 de 2011.

25 César Rodríguez y Yukyan Lam explican que este tipo de justicia “busca resarcir los daños causados por violaciones históricas y masivas de derechos que dieron lugar a las relaciones desiguales

asociadas al concepto dominante de justicia transicional y de justicia correctiva, dando lugar obviamente a que existan tensiones entre unas y otras.²⁶

Protección de recursos naturales y justicia ambiental

En 1798, el ensayo de Thomas Malthus (1798) sobre el principio de la población puso en tela de juicio los postulados justificativos de la propiedad individual de la tierra defendidos por Locke y su escuela. En dicho texto, Malthus resaltó el inevitable conflicto que se presentaría una vez que el crecimiento de la población humana desbordara la disponibilidad de recursos naturales existentes, entre ellos, la tierra. Este temprano reparo a la justificación liberal de la propiedad derivada del trabajo y la libertad fue expandido posteriormente con el ascenso de las teorías ecológicas y conservacionistas. Como expone Brent Haddad, durante las últimas décadas, la combinación entre nuevos valores sociales y los desarrollos en ciencias de la ecología, y en los aspectos ambientales y ecológicos de la economía y el derecho, han dado lugar a la identificación y justificación de nuevas formas de intervención en la propiedad y uso privado de la tierra; así mismo, han liderado la reconsideración de usos públicos de tierras (2003, p. 20). En tal sentido, las teorías de administración de los ecosistemas adoptan una aproximación integral al manejo y uso de la tierra que implica una “radical, novedosa y expansiva geografía de la conservación” (Geisler y Bedford, 1998, p. 133). Así, parten de la defensa de un rol activo del ser humano en la preservación de la biodiversidad, su complejidad, resiliencia, productividad y sostenibilidad tanto de la tierra como de sus ecosistemas (Haddad, 2003, p. 20).

entre grupos étnicos (p. ej., la esclavización de la población afrodescendiente y el genocidio contra los pueblos indígenas en tiempos de colonización). Esta justicia histórica intergeneracional subyace, en Colombia y otras partes del mundo, a reclamos de restitución de territorios ancestrales usurpados a los pueblos indígenas durante la colonización y las exigencias de reparaciones a la población afrodescendiente por el legado de la esclavitud” (2011, p. 17).

26 Para una discusión de esos conceptos, ver Steinberg (2002). Para una presentación de los argumentos a favor y en contra del concepto de reparaciones históricas y su aplicación en Colombia, ver Uprimny, Sánchez y Lozano (2015).

A su turno, el reconocimiento de la presencia de los procesos ecosistémicos asociados a la tierra y los servicios asociados a los humanos, aparejados con los principios de equidad y no daño, limita la idea clásica liberal de uso y transferencia de la tierra. Por ejemplo, las teorías del manejo de ecosistemas argumentan que el trabajo humano necesario para justificar la propiedad liberal llegaría a ser menos del 1% de la energía requerida para la producción de alimentos. Por tanto, la justificación de una doctrina fuerte de propiedad que se oponga a la protección ecosistémica pierde relevancia.

Ahora bien, distintas definiciones de las teorías de la administración de ecosistemas, de manera explícita, sugieren que las “estrategias de manejo ambiental deben enfrentar de manera constructiva las tensiones existentes con propietarios individuales y el posible impacto social en la pérdida de empleos derivada de la modificación de la explotación de los ecosistemas” (Christensen *et al.*, 1996, p. 665). No obstante, existen agitados debates sobre cómo armonizar estas tensiones (Haddad, 2003, p. 23).

En paralelo a estas discusiones, en las últimas décadas ha surgido un campo interdisciplinario conocido como “estudios de justicia ambiental”, en donde se ha documentado y teorizado alrededor de los impactos inequitativos de la contaminación ambiental en diferentes clases sociales y grupos étnicos y raciales (Bullard, 1999; Mesa, 2010).²⁷ Con este concepto se integran entonces, en buena medida, consideraciones ambientales con principios de justicia social y étnica (Bullard, 1999).

Las respuestas normativas a estos desafíos han sido canalizadas crecientemente por el derecho constitucional y administrativo doméstico e internacional. Así, la rama del derecho ambiental se ha instituido como marco regulatorio del manejo y conservación de los recursos naturales y el medio ambiente, a partir de principios como los de medio ambiente sano (protegido como derecho fundamental), medio ambiente como patrimonio común (obligación del Estado y la sociedad de protección y conservación)

27 Este fenómeno –al que se le ha denominado racismo medioambiental– se deriva de la afectación desproporcionada de la que son sujetos las comunidades étnicas, pobres y minoritarias, al estar generalmente expuestas a mayores cargas de contaminación en el aire, el suelo y las aguas, derivadas de la industrialización, la militarización y las prácticas de la cultura consumista (Mohai *et al.*, 2009, p. 406).

y desarrollo sostenible (satisfacción de necesidades a partir de explotación que no agote los recursos existentes para que sean disfrutados por generaciones futuras).

Específicamente en cuanto a la propiedad de la tierra, el constitucionalismo latinoamericano ha reconocido la existencia de una “función ecológica de la propiedad”, que incorpora una “una concepción del ambiente como límite para el ejercicio de los atributos de la propiedad privada”. Para el caso colombiano, la inclusión de esta función ha conllevado, a juicio de la Corte Constitucional, un proceso de “ecologización de la propiedad” que ha tenido notables consecuencias. Así, un “propietario individual no sólo debe respetar los derechos de los miembros de la sociedad de la cual hace parte (función social de la propiedad) sino que incluso sus facultades se ven limitadas por los derechos de quienes aún no han nacido, esto es, de las generaciones futuras, conforme a la función ecológica de la propiedad y a la idea del desarrollo sostenible”. Por tanto, el ordenamiento está facultado para imponer incluso “mayores restricciones a la apropiación de los recursos naturales o a las facultades de los propietarios de los mismos, con lo cual la noción misma de propiedad privada sufre importantes cambios”.²⁸

Dominio eminente y estratégico del Estado

La preocupación por la regulación de los efectos de la apropiación y usos de la tierra de manera individual e irrestricta ha venido desde distintas orillas. Desde filósofos políticos clásicos como Baruch Spinoza, quien defendió la idea de que el Estado debía ejercer un dominio territorial que implicara limitaciones sobre quién podía o no poseer, como una forma de consolidación del control de la vida social, hasta pensadores económicos como Henry George, quien sustentó que por las características del bien tierra, era necesario que el Estado regulara su posesión de manera especial.²⁹

28 Corte Constitucional de Colombia, sentencias C-126 de 1998 y C-189 de 2006. Para el caso latinoamericano, ver Puente Salinas (2008).

29 Desde los inicios del pensamiento económico, economistas clásicos defendieron este tipo de regulaciones, bajo el argumento de que la tierra, al ser un bien escaso que no se podía reproducir, podría

Una discusión similar se da a partir de cómo resolver el dilema económico de la “tragedia de los bienes comunes”. Este concepto que fue acuñado por William Forster Lloyd en 1833, pero que ganó connotación gracias al trabajo del ecologista Garrett Hardin (1968) y su alerta sobre la situación en la que los individuos de manera independiente y racional –de acuerdo con su propio interés– actúan en contra del interés colectivo, al extinguir un bien común.³⁰ Las respuestas a cómo enfrentar esta tragedia han sido variadas. Las clásicas fueron contrapuestas: por un lado, la defensa de la apropiación individual de los comunes, como lo propuso Hardin³¹ y, por el otro, su estatización. Contemporáneamente, la economía neoinstitucional, especialmente a partir del trabajo de Elinor Ostrom (2000), ha abierto perspectivas intermedias basadas en la idea de que los bienes comunes no necesariamente deben ser sobreexplotados, sino que hay evidencia sobre arreglos institucionales autoorganizativos entre interesados que llevan a una explotación sostenible.³²

llevar a un aumento exagerado de la renta de los terratenientes, que aumentaría los precios de manera que se convirtieran en un obstáculo para la reproducción de la fuerza de trabajo. De esta forma, ese interés de los terratenientes se enfrentaba al del resto de la sociedad, lo cual llevaba a que el Estado debiera regularlo. De allí parte la teoría de George (1881), quien sostiene que, dadas sus características, la tierra aumenta de valor sin necesidad de mejoras, produciendo una renta que no tiene que ver con el mérito individual, lo cual debe ser regulado por el Estado, incluso mediante la apropiación de dichas rentas.

30 Los bienes comunales o “comunes” se han definido como elementos y/o sistemas naturales o sociales, palpables o intangibles, que son patrimonio de todos los seres humanos al ser vitales y son heredados colectivamente. Ejemplos de ellos son el agua, el paisaje, los ríos, el aire, el clima, el silencio, la biodiversidad, la memoria, la cultura o la información genética de plantas, animales y personas. Hillón y Jiménez (2016) defienden en esta definición dos dimensiones interconectadas: 1) un “elemento-sistema” que se ha configurado en la relación sociedad-naturaleza y que es necesario para la vida colectiva; y 2) la producción de lo común (comunalidad), es decir, lo que se construye de manera colectiva y que se relaciona con nuestros modos de vida.

31 Asociada a la idea de restringir la reproducción de la población humana para evitar la sobrepoblación y el sobreconsumo (Hardin, 1968).

32 La teoría de la administración de los bienes comunes de Ostrom (2008) (que la hizo merecedora del Premio Nobel de Economía) se basa en ocho principios de diseño institucional: 1) límites claramente definidos en cuanto a membresías o posibles explotadores del bien común; 2) coherencia sobre quiénes, cuándo y cuánto del bien común

Una aproximación similar, pero no idéntica, es la presentada por Michel Foucault en sus conferencias sobre seguridad, territorio y población (1978). Allí, en su explicación sobre la formación y crecimiento de las ciudades europeas, Foucault defendió la idea del poder del Estado para regular el espacio no solo como una medida administrativa de control de la población, sino como una forma de ejercer un disciplinamiento social y una medida de seguridad (1978, p. 27).³³

El punto de unión de todas estas preocupaciones es el rol que el Estado debe jugar para regular estos conflictos que se presentan en la competencia por la propiedad y uso de los bienes, los espacios y la tierra. En virtud de ello, el ordenamiento territorial ha crecido como preocupación regulatoria, basada fundamentalmente en dos principios. El primero es el deber del Estado de ejercer una planeación estratégica que permita que los conflictos sobre la tenencia y uso de los espacios sigan un orden de prioridades preestablecido, en donde externalidades positivas generen un mayor beneficio social.³⁴ El segundo es el dominio eminente del Estado para disponer de las tierras que sean necesarias para

se puede apropiar; 3) arreglos de elección colectiva sobre cómo cambiar esas reglas; 4) definición de supervisión y encargados de hacerla; 5) sanciones graduadas a quienes falten a las reglas; 6) mecanismos para la resolución de conflictos; 7) reconocimiento mínimo de derechos de organización de manera autónoma ante poderes locales o gubernamentales; y 8) creación de mecanismos de cultura institucional que conecten el sistema desde el nivel más bajo al más alto.

33 Llamado por Foucault el “tratamiento disciplinario de las multiplicidades en el espacio” y explicado como “la constitución de un espacio vacío y cerrado en cuyo interior se construirán multiplicidades artificiales que se organizan según el triple principio de la jerarquización, la comunicación exacta de las relaciones de poder y los efectos funcionales específicos de esta distribución, por ejemplo, un destino habitacional, un destino comercial, etc.” (1978, p. 36).

34 Para el caso colombiano, Mesa, Sánchez y Silva (2015, p. 98) ponen de presente los marcos de planificación del uso del suelo que coexisten en el país, y que incluyen: el Plan Nacional de Desarrollo, el Plan de Ordenamiento Forestal, el Plan Nacional de Ordenación Minera, los planes maestros o departamentales de agua, el Plan Sectorial de Turismo, el Plan Nacional de Atención y Prevención de Desastres, los planes de desarrollo del Sistema Nacional de Reforma Agraria, los planes de desarrollo departamentales, municipales o distritales, los planes de trabajo y obra mineros, el Plan de Gestión Ambiental Regional (PGAR), los planes de acción cuatrienales (PAC), los planes de saneamiento y manejo de vertimientos (PSMV), y los planes de ordenación y manejo de cuencas (POMCAS).

lograr esos objetivos comunes (bien sea mediante la expropiación de la tierra o mediante la regulación de uso, estableciendo prohibiciones o exclusiones).

Los motivos estratégicos a partir de los cuales el Estado ejerce estas facultades son amplios. Estos pueden incluir la regulación de aspectos anteriormente mencionados, como la vocación de producción agrícola y la promoción de economía campesina, la protección de territorios ancestrales de pueblos indígenas, zonas de conservación o de reserva forestal; así como intereses derivados de otras formas de explotación de la tierra, como la explotación del subsuelo, la reserva de tierras para la construcción de obras de alta envergadura (como represas o carreteras), la seguridad nacional, entre otras.

Dos ejemplos del caso colombiano ayudan a explicar mejor estas decisiones de regulación. El primero es la prohibición legal existente para ejercer propiedad privada de bienes inmuebles en islas. De acuerdo con el Código Fiscal de 1912 (Ley 110 de 1912), son baldíos reservados inadjudicables “las islas de uno y otro mar pertenecientes al Estado, que no están ocupadas por poblaciones organizadas, o apropiadas por particulares, en virtud de título traslativo de dominio”. Si bien la ley no especifica las razones por las cuales existe esta restricción, la interpretación histórica de su contenido es que la inadjudicabilidad de estos territorios se justifica en medidas de seguridad. Las islas marítimas fueron consideradas como lugares estratégicos de defensa nacional y, por ello, la propiedad privada sobre estas fue restringida.

El segundo ejemplo se presenta en una colisión entre la función social de la propiedad y el deber del Estado de garantizar el acceso progresivo de los trabajadores agrarios a la tierra y la explotación de recursos naturales no renovables. Se trata del artículo 9 del Decreto 2664 de 1994. Dicho decreto, que reglamenta los procedimientos para la adjudicación de terrenos baldíos, establece en el citado artículo que no serán adjudicables los terrenos “situados dentro de un radio de cinco (5) kilómetros alrededor de las zonas donde se adelantan explotaciones de recursos naturales no renovables”. En tal sentido, sin importar la vocación agropecuaria de los terrenos, la decisión estratégica del Estado, en este caso, se sobrepone a los intereses distributivos y de explotación agraria del predio.

Capítulo 4

Síntesis teórica: ¿hacia una justicia transicional civil?

La relación entre los conceptos de justicia social y justicia transicional no ha sido pacífica. La forma como se originó y ha evolucionado el campo de lo que hoy se denomina justicia transicional ha dado lugar a una controversia sobre si dentro de sus objetivos está o no la transformación de condiciones estructurales de pobreza, discriminación y exclusión. Parte de la academia especializada ha esbozado razones históricas, conceptuales y prácticas para sugerir que la lucha por la justicia en contextos de transición debería estar concentrada en procesos de responsabilidad individual de corto plazo, en lugar de embarcarse en procesos más estructurales y de largo aliento, como los que se requerirían para enfrentar dichos problemas. No obstante, tanto la experiencia comparada reciente como esfuerzos teóricos contemporáneos han demostrado que buena parte de estos reparos están basados en distinciones artificiales, mitos sobre la dicotomía de los derechos o en concepciones limitadas de los conflictos.

En este libro se ha mostrado la existencia de una creciente corriente que aboga por una mayor interacción de las necesidades de justicia social y las prioridades de las transiciones políticas. Allí, las respuestas sobre cómo abordar esta interacción son variadas. Algunos consideran necesario repensar el campo de la justicia transicional, e incluso superarlo con conceptos como *justicia reparativa*¹ o *justicia transformadora*.² Contrario a esta respuesta,

1 Rama Mani (2005) ha propuesto este concepto pues, a su juicio, “da cuenta de manera más apropiada de la necesidad de un marco más amplio y realista para responder a las diversas necesidades de las sociedades postconflictuales”.

2 Paul Gready, Jelke Boesten, Gordon Crawford y Polly Wilding se refieren a la necesidad de “moverse hacia el concepto de justicia transformativa”, en la medida en que este concepto “nos permite ver

en este libro se concluye que si bien muchas de las críticas a la inclusión de medidas basadas en justicia social dentro del paradigma de la justicia transicional corresponden a aproximaciones conceptuales limitadas, los críticos presentan una serie de riesgos pragmáticos y conceptuales que no deben ser subestimados. La discusión sobre cómo se relacionan estos conceptos es entonces necesaria y está lejos de cerrarse. No obstante, en algunos aspectos pareciera existir un diálogo de sordos, dadas algunas imprecisiones conceptuales tanto en críticos como defensores. Por ello, en el primer capítulo del libro se propusieron algunas guías para ordenar el debate con el ánimo de permitir una discusión que pueda ser apoyada en el futuro por nuevos argumentos teóricos y una mayor base empírica.

El primer nivel analítico propuesto se preocupa por distinguir la naturaleza del problema social a enfrentar. Es muy distinto, por ejemplo, enfrentar el despojo de tierras ocurrido en un contexto más o menos organizado –tanto respecto a distribución de la propiedad como de la información institucional existente (registro, catastro, censos de propiedad)–, que uno en donde la violencia participa o se anida en exclusiones estructurales a la tenencia y propiedad de la tierra. No necesariamente en todos los casos en los que una experiencia de transición deba abordar aspectos de la tierra debe asumir políticas a gran escala de redistribución de los factores tradicionales de producción. Incluso, las experiencias respecto de políticas concretas (como las de restitución masiva) muestran diferencias contextuales importantes que hacen que los programas deban ser administrados y evaluados de maneras distintas, como los casos de restitución de propiedades en BiH y Sudáfrica. Mientras que en el primero se trató de la restitución de derechos de propiedad sobre viviendas urbanas con información oficial existente, en el segundo hubo una combinación de medidas de justicia distributiva, correctiva e histórica relacionada con distintos niveles de violaciones respecto del acceso a los medios productivos de un sector específico de la población. Así las cosas, las opciones contextuales responden a distintos

hacia las comunidades afectadas por violencia sistémica con el objetivo de buscar formas de justicia que rompan las estructuras que llevaron a la violencia en primer lugar” (Gready *et al.* 2010, p. 2).

desafíos y necesidades de intervención, por lo cual es imposible rechazar o defender *a priori* la tesis general y vaga de si la tierra debe o no ser parte de la justicia de transición.

En el segundo nivel analítico, la pregunta principal se centra en las causas del problema social que hay que enfrentar. Y allí se pueden encontrar distintas variables: que el problema sea tan histórico y profundo, que fue el detonador de la violencia (teoría de los *root causes*); que el problema sea histórico, pero no haya sido el causante de la violencia; o que la inequidad se haya producido con ocasión de la violencia. Cada una de estas variables puede dar lugar a contextos específicos relacionados con problemas sobre la tierra. Así, la inequidad en la tenencia o propiedad de la tierra puede haber sido uno de los factores desencadenantes de la violencia y, en esa medida, una estrategia de transición que en tal contexto no tenga ninguna respuesta frente a esto parece ser muy limitada y hasta nugatoria. En el segundo caso, en que una situación de exclusión sobre los factores tradicionales de la producción coexistieron con la violencia, pero no dieron lugar a ellos, la respuesta podría aun tener una justificación no pragmática directa (sobre la eliminación de la violencia o impedir su recurrencia), pero sí asociada a aprovechar el momento de la transición para promover la inclusión. Aquí, tanto los mecanismos que se usen como los énfasis de intervención pueden ser distintos y deberían estar más guiados por construir opciones, siempre y cuando la realidad y los recursos progresivamente lo permitan. En el tercer caso, en donde las acciones del conflicto redistribuyeron los derechos sobre la tierra, las opciones parecen más justificables desde el énfasis en la restitución, que podría o no incluir ciertas opciones redistributivas más amplias, pero enfocadas en enfrentar lo ocurrido en el conflicto.

El tercer nivel analítico disecciona los tipos de respuesta o modelos de intervención de aquellos basados en la promoción del desarrollo, en intervenciones radicales de justicia distributiva, en el uso de las herramientas de la transición o en mezclas de las anteriores. Si bien dependerá de nuevo de las circunstancias específicas del caso, tanto las lecciones comparadas como el estudio de caso que se presentará en adelante sugieren que es prácticamente imposible abordar el tema sin recurrir, al menos, a una combinación de varias de estas estrategias.

El examen de experiencias desarrollado en el segundo capítulo de este libro muestra que esta conclusión es, de hecho, muy poco novedosa. Desde mucho antes de que la plataforma de la “justicia transicional” entrara en escena en la discusión de políticas de posconflicto, diversas sociedades que habían padecido conflictos ya habían iniciado distintas políticas sobre la tierra. Entre ellas, en general, es posible identificar tres especies de reformas a la tierra: la restitución, la redistribución y la reforma orientada a la eficiencia productiva. En la reforma del tipo *restitución*, el enfoque principal es retornar las tierras a los despojados y entregarles títulos legales (que sería aquella definida en la caja de herramientas clásica de la justicia transicional). En la reforma del tipo *redistribución*, la política intenta redistribuir la tierra y eliminar la concentración de la propiedad de las tierras disolviendo latifundios, repartiéndolos y entregándolos a campesinos que tienen poco acceso a la tierra y/o a los que están sin tierra (que sería aquella asociada a la reforma agraria clásica). Este tipo de reforma también consiste en el cambio del sistema de propiedad de la tierra, pues es común que incluya un programa de formalización de la tenencia. Las reformas del tipo *desarrollo productivo eficiente* son aquellas que privilegian la producción de la tierra, por encima de la distribución de la propiedad.

Esta experiencia, a su vez, demuestra que en la medida en que la tierra ha sido un bien codiciado a través de la historia, los procesos de violencia masiva han producido múltiples efectos en su administración y tenencia. Enfrentar estas alteraciones suele ser una labor de enorme envergadura. Además, la evaluación global demuestra que no existen modelos perfectos ni sencillos de implementar. Las opciones de política son variadas y dependen tanto de los énfasis que se pongan a la hora de enfrentar los dilemas de justicia de cada sociedad como de las medidas e instrumentos que se usen para tales efectos, así como de los contextos de cada conflicto. La revisión teórica y comparada también señaló que cada uno de estos “modelos puros” ha tenido ventajas, éxitos, limitaciones y críticas.

Es decir, la realidad resulta siempre ser más compleja y gris que la que se dibuja en un modelo ideal y, por tanto, una visión teórica que presente estas opciones de política como modelos necesariamente enfrentados y excluyentes entre sí debe dar paso a

una más pragmática, en donde se busquen puntos de encuentro. Una situación específica en donde se aprecia esta necesidad es el caso de Sudáfrica y sus políticas para superar el régimen del *apartheid*. Esta experiencia deja lecciones importantes, pero no cierra completamente las discusiones sobre conveniencia, oportunidad y viabilidad de uno u otro modelo. Lo que sí comprueba son las dificultades que la teoría ya había anunciado sobre los retos que implica la implementación de cada uno de modelos, y cómo dichos retos se multiplican cuando se trata de implementarlos concurrentemente.

Con los desarrollos jurídicos posteriores y la experiencia acumulada de casos como el de BiH o Kosovo se aprecia que si bien los tres modelos tienen justificaciones teóricas y normativas, el modelo Pinheiro ha alcanzado en las últimas décadas una considerable predilección en la práctica. Esto se debe en parte al importante rol que han tenido tanto el discurso de los derechos humanos como los procesos de democratización asociados al paradigma de la justicia transicional. De hecho, los modelos de las reparaciones y de los Principios Pinheiro han sido fundamentales para el desarrollo normativo e institucional de la justicia transicional con las características con las que hoy se le conoce.

Por eso, en la actualidad, una estrategia de política en un contexto en donde se haya presentado un despojo masivo parece jurídicamente inviable, si no aborda un enfoque restitutivo mínimo. Pero, al mismo tiempo, y como se corrobora con el estudio de caso y se vio en Sudáfrica, las políticas de restitución de tierras generalmente se adoptan en contextos más amplios de relaciones sociales y económicas sobre la ruralidad y la tierra que requieren respuestas relacionadas con la inequidad en la tenencia de la tierra y con la necesidad de que las tierras restituidas sean productivas. En tales contextos, cualquier intervención en materia de tierra precisará enfrentar asuntos multifacéticos y, en muchos casos, estructurales. Algunos de ellos con impactos sociales y económicos grandes. Así, por cuestiones jurídicas y de conveniencia política y estratégica se releva la necesidad de acudir más a políticas complejas e integradas que simplemente a los modelos ideales extremos.

Esta discusión sobre modelos y estrategias de intervención está influenciada y delimitada, a su vez, por el valor normativo

que se le asigne al bien social denominado tierra. Por ejemplo, la discusión inicial sobre si este tema debería o no abordarse a partir de una agenda de transición requiere preguntarse qué se entiende por tierra y si este concepto se adscribe o no a una cierta clase de derechos (civiles, políticos, sociales o económicos). Asimismo, resulta necesario preguntarse cuál es la regulación de este concepto y cómo dicha regulación se entrelaza con los postulados normativos del campo de la justicia transicional.

La revisión de esquemas normativos y de justificaciones teóricas de intervención realizada en el tercer capítulo de este texto demostró que la tierra es un sistema complejo que se resiste a visiones reduccionistas, incluyendo una categorización radical desde el plano jurídico. La administración de la tierra presenta desafíos y estos no pueden reducirse a un plano específico, pues interactúan entre sí. Los cinco modelos de intervención aquí estudiados responden a formas distintas de promover la relación con la tierra, al menos, en cinco aspectos centrales. Para empezar, cada uno de ellos responde a una concepción de justicia distinta.³ Así, para el paradigma de la propiedad privada, el modelo de justicia dominante es la idea de justicia correctiva de la tradición liberal; para el ideal de la propiedad agraria, es la justicia social; el modelo de propiedad étnica colectiva se basa en la justicia étnico-racial; el modelo de conservación ambiental se sustenta en el paradigma de la justicia ambiental; y el modelo de administración eficiente de bienes de uso público se funda en la idea de desarrollo general.

En segundo lugar, cada uno de los modelos acude a valores primarios de protección distintos para la construcción de reivindicación. El modelo de propiedad, a los de la libertad y autonomía; el modelo de la propiedad agraria, a los de la igualdad material y reivindicación de clase; el modelo de propiedad colectiva, a los valores de la integridad e identidad cultural; la conservación ambiental, a los de desarrollo sostenible y la protección de recursos, y el último modelo, a los del bien público general que se obtiene de su administración eficiente.

3 Vale la pena resaltar de nuevo que si bien es posible decir que cada uno de los modelos puede tener combinaciones de valores de justicia que defienden, sólo uno se convierte en cada caso en el enfoque dominante.

En tercer lugar, cada modelo privilegia a unos sujetos especiales de protección.⁴ En el caso de la propiedad privada, los sujetos a proteger son los titulares de derechos adquiridos; en materia de propiedad agraria, son los trabajadores agrarios o el referente común de “campesinado”; en cuanto a propiedad étnica, los sujetos protegidos son los pueblos indígenas y tribales, de acuerdo con el Convenio 169 de la OIT; el modelo de conservación ambiental puede considerar dos intereses: los derechos de las generaciones futuras a disfrutar el ambiente, o la protección del ambiente o el ecosistema (casos de Bolivia y Ecuador, que otorgan derechos a la Pachamama y Cochamama); finalmente, el modelo de bienes públicos explota eficientemente determinados recursos en beneficio general de la sociedad y no necesariamente de las comunidades habitantes o vecinas de los proyectos.

En cuarto lugar, cada modelo privilegia determinados usos del suelo, el subsuelo o los recursos asociados a la tierra. El fin prevaleciente en el modelo de propiedad privada es el de la explotación comercial; para la propiedad agraria, lo crucial es promover la explotación agrícola bajo modelos de economía familiar o campesina; el modelo de propiedad étnica enfatiza en la relación cultural y espiritual de los pueblos y su territorio y entorno; el modelo de conservación ambiental busca regular la explotación sostenible de los recursos, y el modelo de administración de bienes públicos privilegia la promoción de fines estratégicos de seguridad y desarrollo económico.

Finalmente, cada modelo usa mecanismos regulatorios o institucionales que se acomodan de mejor manera a sus propósitos. Así, el modelo de propiedad privada recurre a los derechos de propiedad y las limitaciones a la expropiación, así como a las reglas de reparación del daño; el modelo de propiedad agraria acude a figuras como las zonas de reserva campesina (ZRC), las

4 No me refiero a que cada uno de estos esquemas esté especialmente dirigido a una clase específica. Por ejemplo, el régimen de propiedad individual cobija tanto a pequeños como a medianos y grandes propietarios y/o productores. Algunas políticas podrían beneficiar a cierta clase específica (a la economía de tipo familiar o a la agroindustria en grandes extensiones de tierra y con capital intensivo) o podrían estar dirigidas a distintos sectores. Lo que interesa aquí es el sujeto especialmente beneficiado y no su posición en el segmento específico.

políticas de reforma agraria integral o los mecanismos de colectivización de la tierra; el modelo de propiedad étnico-colectiva defiende mecanismos de protección como los territorios colectivos de pueblos indígenas y tribales con características de imprescriptibilidad, inembargabilidad e intangibilidad; bajo la sombra del modelo de conservación ambiental se han creado los mecanismos asociados al Sistema Nacional Integral Ambiental (SINA), como las zonas de reserva, las áreas protegidas y los parques nacionales naturales, entre otros; por último, bajo la promoción de bienes públicos se impulsan en Colombia figuras tales como las áreas estratégicas mineras, los proyectos estratégicos de interés nacional (Pines) o las zonas de interés de desarrollo rural, económico y social (Zidres). La tabla 1 resume las diferencias entre estos modelos.

Ahora bien, este intrincado cúmulo de relaciones se determina también por los intereses de la sociedad en que se disputan y, obviamente, las relaciones de poder que existen en su interior. La tierra es no solo un bien muy valioso, sino además una fuente importante de poder dentro de dichas relaciones sociales. Por tanto, los marcos regulativos que pueden establecerse alrededor de este bien son arreglos sobre cuestiones altamente disputadas. Los modelos ideales presentados, tanto desde el derecho internacional como de los distintos modelos de intervención analizados en la segunda parte de este capítulo, deben verse bajo esta idea de relaciones complejas. Las definiciones jurídicas establecen no solo derechos y garantías de acceso, sino también barreras de acceso y limitaciones al uso. La inclusión de ciertos valores, o la preferencia por cierto modelo, pone directamente en riesgo la efectividad de otro o el goce de otros frente al bien finito y preciado de la tierra. Y estos intereses y sus disputas se exageran en contextos de conflicto y posconflicto.

Una revisión jurídica detallada de la regulación de la tierra nos lleva entonces a dos conclusiones. En primer lugar, dada la complejidad de relaciones jurídicas y de intereses que buscan ser reconocidos y protegidos por estas regulaciones, es difícil mantener en la práctica una distinción tajante y completamente opuesta entre los modelos de intervención que se estudiaron en el primer capítulo de este libro. Como opciones generales de política pública, podría defenderse el hecho de que cada uno de ellos enfatiza

una visión de la tierra y que no descarta las demás sino que las subordina a su interés priorizado. Pero, en la práctica, esta selección *a priori* resulta difícil de mantener como regla única de resolución de conflictos, incluso en contextos ordinarios. La idea de modelos puros parece no solo muy difícil de llevar de la teoría a la práctica, sino además poco adecuada. Una mejor decisión de política parecería estar basada en una estrategia de ordenación social y ambiental del territorio que permita dar guías generales sobre cómo resolver disputas, pero sin pretender de entrada eliminar las cambiantes relaciones con la tierra que existen en toda sociedad compleja, especialmente en aquellas que han vivido transformaciones severas por el conflicto y la violencia.

En segundo lugar, este análisis permite concluir que encasillar la intervención en la tierra como una cuestión de una denominada categoría de derechos es una tarea poco productiva. Tanto por su naturaleza como por los intereses que se regulan sobre ella, las relaciones humanas sobre la tierra no solo atraviesan la cosmética distinción tradicional entre derechos civiles-políticos y económicos-sociales; además, muestra que los cuerpos normativos que entran en juego a la hora de regular la relación con un predio son múltiples y generalmente se entrelazan. Algunas veces, esta interconexión es armónica, mientras que en otros casos es de una naturaleza conflictiva o contradictoria.

Una concepción de justicia transicional inclusiva de la cuestión de la tierra y sus conflictos asociados entonces tiene el reto no solo de construir modelos de política que respondan a estos intereses, sino además a los desafíos jurídicos que se presentan con estos intereses y valores en conflicto. Dado que las fórmulas que establece el derecho ordinario para resolver estos conflictos riñen con las necesidades especiales de un contexto de posconflicto, es entonces tarea de la teoría jurídica asociada a la justicia transicional crear su propia teoría jurídica que balancee o resuelva dichas tensiones. A esta tarea se le ha denominado “justicia transicional civil” (Uprimny y Sánchez, 2012; Atuahene, 2010, p. 65), en oposición a la teoría normativa clásica de la justicia transicional, que se ha enfocado en la construcción de herramientas normativas para la rendición de cuentas individual de carácter penal.⁵ Esta con-

5 Con base en la literatura disponible, podría decirse que esta

cepción normativa que será explicada con detalle en el estudio de caso, es una apuesta por encontrar una regulación efectiva y práctica que dé respuesta a la complejidad jurídica y social aquí expuesta. A partir del caso colombiano se propondrá una fórmula específica, que será el objeto de estudio de la segunda parte del libro.

aproximación temática ha sido la desarrollada en la discusión sobre la aplicación de normas penales en situaciones de transición. Así, por ejemplo, en materia de *principios fundacionales*, la doctrina especializada ha tratado extensamente los fundamentos de humanización del derecho penal liberal; los principios de legalidad, necesidad y proporcionalidad; la función de la pena en situaciones de transición, entre otros. En materia de *alcances sustantivos de los derechos*, se ha discutido el deber de los Estados de perseguir las graves violaciones de derechos humanos, la dogmática sobre delitos atroces, los alcances de las amnistías, etc. En cuanto a *reglas procesales y administración de procesos*, existe abundante literatura sobre metodología de investigación de delitos sistemáticos, teorías de priorización y selección de casos y autores, etc. Finalmente, en relación con las *reglas sobre pruebas*, avances teóricos y de práctica judicial se ha adelantado en cuanto a teorías sobre cadenas de imputación a los dirigentes por crímenes de los subordinados, pruebas indiciarias y responsabilidad en crímenes atroces, pruebas admisibles, etc.

TABLA I

	Propiedad privada	Propiedad agraria	Propiedad étnica colectiva	Conservación ambiental	Intereses públicos estratégicos
Tipo de justicia	Justicia correctiva	Justicia social	Justicia étnico-racial	Justicia ambiental	Justicia regulatoria
Valores primarios protegidos	Libertad - autonomía	Igualdad material / reivindicación de clase	Identidad e integridad cultural	Desarrollo sostenible / protección recursos	Bien público general
Sujetos protegidos	Titulares de derechos adquiridos	Campesinos / trabajadores agrarios	Pueblos indígenas y tribales	Generaciones futuras / Pachamama	Sociedad en su conjunto
Usos prevalentes	Explotación comercial	Explotación agrícola / economía campesina	Relación cultural y espiritual	Explotación sostenible	Fines estratégicos de seguridad y desarrollo
Instrumentos regulatorios propios	Derechos de propiedad / límites a la expropiación / reparación	Zonas de reserva campesina (ZRC) reforma agraria integral colectivización de la propiedad	Territorios colectivos / inalienabilidad / inembargabilidad / imprescriptibilidad	Sistema Nacional de Áreas Protegidas / parques nacionales naturales / reservas forestales	Áreas estratégicas mineras / proyectos estratégicos de interés nacional (Pines) / zonas de interés de desarrollo rural, económico y social (Zidres)

SEGUNDA PARTE

Estudio de caso

Capítulo 5

La cuestión de la tierra en Colombia

Este capítulo inicia el aterrizaje de la discusión teórica de los capítulos precedentes en el caso colombiano y sus diversos e intrincados conflictos sobre la tierra. Como se verá a lo largo del capítulo, una política de transición para Colombia que pretenda tener en cuenta la cuestión de la tierra deberá enfrentarse con un contexto diverso y difícil. Para empezar, existen conflictos históricos no saldados sobre la tenencia de la tierra que llevan a demandas de intervención de tipo distributivo, como las que se describieron en los capítulos 2 y 3. Por otro lado, los usos conflictivos del suelo y la tierra hacen que sea necesario enfrentar demandas asociadas a todos los tipos de regulación normativa que se presentaron en el capítulo 3. Adicionalmente, durante las últimas décadas se han vivido varias olas de despojo violento de tierra –tanto físico como jurídico–, bajo los patrones más variados y sofisticados. Este despojo ha producido un fenómeno considerado como una contrarreforma agraria por su efecto de propiciar una mayor concentración de la tierra. Estas rutas de despojo, a su vez, generan desafíos para una política de naturaleza correctiva de las características que se analizaron en los capítulos 2 y 3 de este texto.

Para analizar el caso colombiano, en este capítulo me concentraré en tres asuntos. Primero, en una reconstrucción de los aspectos contextuales y de los conflictos históricos y recientes sobre la tierra. Después, en la presentación y análisis de las políticas públicas que han buscado enfrentar dichos conflictos. Finalmente, y como aporte al estado del arte existente, analizaré cómo ha intervenido recientemente la variable de la *justicia transicional* en la cuestión de la tierra en Colombia y cómo ha transformado la discusión.

Los conflictos históricos sobre la tierra

Cuatro características de las relaciones con la tierra son fundamentales para contextualizar los problemas y desafíos históricos de la sociedad colombiana, así como sus esfuerzos de restitución de tierra despojada durante el conflicto: (i) la inequitativa distribución de la propiedad rural, (ii) la informalidad en la tenencia, (iii) los conflictos por el uso y la tenencia de las tierras y (iv) el proceso contemporáneo de despojo armado de tierras.

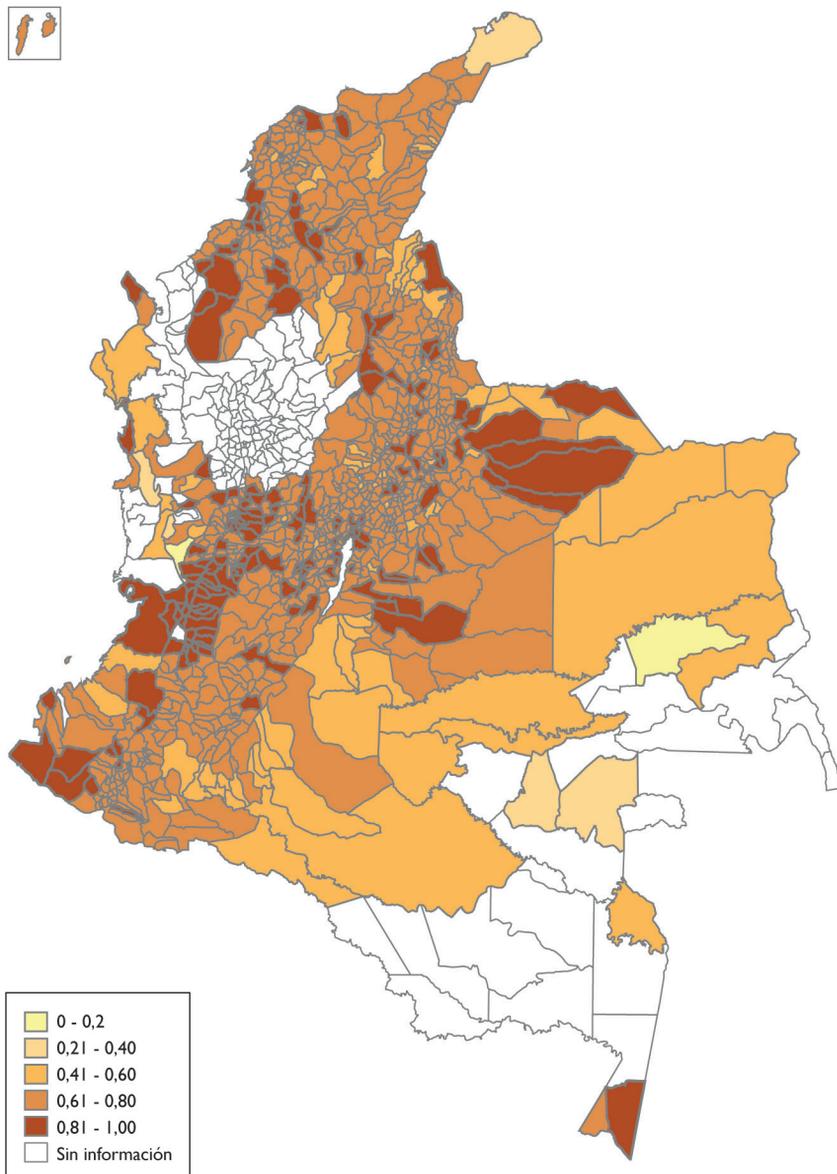
En primer lugar, históricamente, la distribución de la propiedad rural en Colombia ha sido altamente inequitativa y con tendencia a la concentración, en especial en las últimas décadas. Durante el período comprendido entre 2000 y 2011, el *Gini de tierras* se incrementó de 0,85 a 0,87, mientras que el *Gini de propietarios*¹ aumentó hasta alcanzar un 0,896 en 2011 (en 2000 era 0,877). Además, la brecha entre el Gini de tierras y de propietarios se amplió a partir de 2005, lo cual indica que la compra de nuevos predios por pocos propietarios fue un factor determinante en la concentración de los últimos años (García Villegas *et al.*, 2011).

En consecuencia, solamente el 36,4% de los hogares del campo tienen tierra y la que poseen es generalmente muy pequeña. Tomando como medida la unidad agrícola familiar (UAF),² estudios recientes han encontrado que el 66,8% de los productores rurales tienen minifundios (es decir, un predio de hasta media UAF), el 20,5% una pequeña propiedad (que va entre media y dos UAF), el 9,7% una propiedad mediana (entre 2 y 10 UAF) y el 2,9% una gran propiedad (más de 10 UAF) (Misión Rural, 2015, cap. 3, p. 9).

1 Que calcula la concentración no sólo por el aumento en el tamaño de cada predio particular sino por la adquisición de varios predios por parte de un solo propietario.

2 Las unidades agrícolas familiares (UAF) aparecieron en la Ley 135 de 1961 y fueron retomadas en la Ley 160 de 1994 como un mecanismo para ofrecerle al campesino o adjudicatario un predio que, según las condiciones productivas del suelo y del entorno, le garantizara el mejoramiento de su calidad de vida y la posibilidad de generar excedentes económicos que incrementaran su patrimonio familiar. En tal sentido, una UAF constituye una empresa básica de producción agrícola, pecuaria, acuícola o forestal, cuya extensión permite, con su proyecto productivo y tecnología adecuada, generar al menos dos salarios mínimos legales mensuales vigentes para el hogar campesino.

MAPA I
GINI de propietarios, 2012



FUENTE: elaboración propia con datos del IGAC extraídos del CEDE.

TABLA I
Uso potencial general de las tierras de Colombia

Uso potencial de las tierras (vocación)	Área (ha)	(%)
Conservación	47.626.287	41,79
Forestal (producción - protección)	21.590.834	18,95
Agrícola	10.398.432	9,13
Ganadera	10.255.483	9,00
Agroforestal	21.971.579	19,28
Cuerpos de agua	2.026.323	1,78
Zonas urbanas	86.213	0,08
Total	113.955.152	100

FUENTE: PPTP (2010, p. 103).

Un problema complementario a la inequitativa distribución de la tierra es la alta informalidad de la tenencia. Pese a que muchos pequeños productores tienen acceso a la tierra, dada la falta de un título de propiedad formal no pueden gozar efectivamente de ella ni beneficiarse, en muchos casos, de las políticas públicas o de créditos con la banca privada.³ De acuerdo con datos oficiales, solamente el 6% de los municipios del país (71 municipios) tienen un nivel de formalidad mayor al 75% y estos generalmente son los predios más grandes (Misión Rural, 2015, cap. 3, p. 15). Mientras tanto, en el 94% restante, un 16% de los predios se encuentran en un estado de informalidad total o casi total. Es decir, en el país muy pocos predios tienen una identificación registral y catastral, ya sea porque no se actualizó, porque no se reportó ninguna información cuando se construyeron los índices, o porque no existe ninguna información catastral municipal (lo que de hecho sucede en el 7% de los municipios del país) (cap. 6, p. 13).

Un tercer desafío se encuentra en cómo enfrentar los conflictos entre el uso y la vocación de la tierra. Colombia tiene una superficie nada despreciable y diversa de aproximadamente 114 millones de hectáreas (IGAC, 2012). De acuerdo con un estudio de 2010 del entonces Proyecto de Protección de Tierras y Patrimonio de la Población Desplazada (PPTP), este territorio alberga

³ La informalidad, además, ha sido considerada como un factor que ha facilitado el despojo violento de la tierra (Comisión de Seguimiento, 2009).

distintos usos potenciales, entre los cuales están: la conservación, la explotación forestal y agroforestal, la producción agrícola y ganadera, entre otros. Para el PPTP, el principal uso potencial es el de conservación, con una participación del 41,79% del territorio. En segundo y tercer lugar se ubica el uso de áreas agroforestales (19,28%) y forestales protectoras/productoras (18,95%). En cuarto lugar se encuentran las áreas de producción agropecuaria, con un 9,13% de destinación agrícola y un 9,0% de explotación pecuaria, para un total de (18,1%). El remanente corresponde a cuerpos de agua (1,78%) y zonas urbanizadas (0,08%) (PPTP, 2010, p. 103). En la tabla 1 se presentan los datos consolidados.

Pero los usos reales no necesariamente siguen estos patrones de vocación potencial del uso del suelo. Según datos del Censo Nacional Agropecuario, realizado en 2014, la cobertura del uso de suelos se distribuye de la siguiente manera: 50,6% en bosques naturales, 40,6% en usos agropecuarios, 7,2% en usos no agropecuarios y 1,5% en desarrollos urbanos (Misión Rural, 2015, cap. 6, p. 7). De hecho, la distribución desigual de la tierra y la falta de conocimiento adecuado frente a su uso ha terminado en situaciones de subutilización y sobreexplotación de la tierra. En un estudio sobre conflictos del suelo realizado por el IGAC en 2012 se sostiene que el 13% de los suelos con vocación agrícola son subutilizados y el 15% del territorio es sobreutilizado (IGAC, 2012). Uno de los temas de mayor relevancia en la discusión es la distribución entre usos agrícolas y pecuarios. Mientras que la Unidad de Planificación Rural Agropecuaria (Upra) ha estimado que solo 20 millones de hectáreas son aptas para la ganadería, hoy en día se estarían usando para este fin unos 33,8 millones de hectáreas; y mientras que las tierras planas y fértiles que deberían ser usadas para plantaciones agrícolas son de aproximadamente 21,5 millones de hectáreas, solo 7,1 millones de hectáreas estarían siendo utilizadas para tal fin (lo cual incluye 5,3 millones de hectáreas en cultivos permanentes y 1,2 millones de cultivos transitorios) (Misión Rural, 2015, cap. 6, p. 7).

En dicho contexto, los conflictos por el uso y la tenencia de las tierras son frecuentes y diversos. Por un lado, están los conflictos entre los usos de conservación de ecosistemas como bosques y fuentes de agua frente a usos de explotación agrícola, fenómeno que se conoce como “apertura de la frontera agraria”. El mismo

informe de la Misión Rural encontró que los cambios del uso del suelo ocurridos entre 2000 y 2009 habían llevado a un incremento del área agrícola en 11,8% y del área herbácea y de pastos dedicados a la ganadería en 2,8%, mientras que se redujeron los cuerpos de agua en un 8,8%, y los bosques en 3,1%. En el mismo período se verificó un aumento de las áreas dedicadas a la minería en un 18,8% (cap. 6, p. 7). En consecuencia, hoy en día, de los suelos de conservación, 13 millones tienen usos agropecuarios y en 935 mil hectáreas se desarrollan actividades extractivas (cap. 6, p. 8).

Además, buena parte del territorio nacional se encuentra distribuido en zonas de reserva forestal, parques nacionales naturales y áreas de propiedad colectiva reconocidas a comunidades afrodescendientes y pueblos indígenas. Todas estas áreas están desplegadas a lo largo y ancho del territorio y con diferentes grados de superposición y coincidencia (PNUD, 2011, p. 74). De acuerdo con el informe sobre Desarrollo Humano del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), las zonas de reserva forestal protegidas mediante la Ley 2 de 1959 constituyen el 44,7% del área total del país; el área cubierta mediante títulos de propiedad colectiva de pueblos indígenas, el 25,2%; las áreas destinadas a parques nacionales naturales, el 11%, y los territorios colectivos de comunidades afrocolombianas, casi el 5% del territorio (2011, p. 74).

Pero esta protección legal no se ha acompañado de instrumentos suficientes para orientar y regular su uso. Así, por ejemplo, a pesar de las limitaciones establecidas por la Ley 2.^a de 1959, “en varias partes del país se han llevado a cabo desarrollos urbanos y agrícolas que hoy en día son ilegales, pero que responden a dinámicas poblacionales irreversibles” (Misión Rural, 2015, cap. 6, p. 9). Tampoco este reconocimiento legal ha sido un factor que desincentive o proteja del despojo armado (Comisión de Seguimiento, 2008) o de la colonización predatoria (Reyes, 2016).

Contra este telón de fondo se desarrolló el proceso de desplazamiento, abandono y despojo armado de tierras, que ha sido considerado como una de las catástrofes humanitarias más grandes del hemisferio occidental (Acnur, 2008). De acuerdo con el Registro Único de Víctimas (RUV), entre 1985 y abril de 2016, 7.137.221 personas se vieron obligadas a desplazarse de sus lugares de vivienda, lo cual corresponde aproximadamente a

1.200.000 hogares. Esta cifra representa casi el 15,2% de la población total del país.

Pero tanto el desplazamiento como el despojo de tierras son fenómenos de larga data en el país. Para el investigador Alejandro Reyes Posada, el despojo ha sido la ruta histórica de colonización del territorio en Colombia⁴ y, dicho simplemente, se acrecentó en las últimas cinco décadas debido al escalonamiento del conflicto armado y la inserción de la economía del narcotráfico. Una primera ola de desplazamiento incentivado por el conflicto se presentó entre 1946 y 1966, en el período conocido como “la Violencia”, en donde cerca de dos millones de personas migraron forzadamente del campo, especialmente a las ciudades principales. Posteriormente, entre 1984 y 1995 se vivió un segundo éxodo que llevó al desplazamiento de unas 600 mil personas. Finalmente, desde la segunda mitad de los noventa hasta ya entrada la primera década del presente siglo, el desplazamiento forzado escaló exponencialmente (Acnur, 2008). Su momento cumbre estuvo entre 2000 y 2002, período que coincidió con la expansión de los grupos paramilitares de autodefensa, así como el momento de mayor fuerza militar de las guerrillas izquierdistas presentes en el país desde la década de los sesenta (Rodríguez y Rodríguez, 2015, p. 55).

El desplazamiento forzado estuvo acompañado por (y, en algunos casos, fue propiciado como una forma de alcanzar) un traslado de la tenencia de la tierra que los campesinos desplazados dejaban atrás. Esto ocurrió a partir de dos fenómenos: el abandono y el despojo. El primero ocurre cuando la persona se desplaza y, por tanto, se ve impedida para ejercer la administración, explotación y contacto directo con su predio. El segundo requiere la acción de un tercero que, aprovechándose de la situación de violencia, priva arbitrariamente a la persona desplazada de la propiedad, posesión u ocupación del predio, bien sea de hecho o mediante cualquier formalidad jurídica (Chaparro *et al.*, 2016).⁵

4 Esto ha sido una tendencia muy antigua y generalizada a partir de la cual las mejores tierras son colonizadas por los campesinos para ser luego apropiadas por grandes hacendados.

5 La relación entre estos dos fenómenos ha sido variada. En la mayoría de casos, el abandono forzado antecedió al despojo: una vez las víctimas fueron expulsadas del territorio, diversos actores –lega-

De hecho, las modalidades de abandono y despojo son tan diversas y, algunas de ellas, tan sofisticadas estratégicamente y jurídicamente, que fue necesario realizar un amplio ejercicio de mapeo y caracterización de las formas del expolio (Bolívar *et al.*, 2011). Una manera de clasificar esta tipología es a partir de su modalidad de ejecución. Así, el despojo en Colombia puede evidenciarse en una de tres modalidades: material, jurídica o mixta (Comisión Nacional de Reconciliación y Reparación, CNRR - Grupo de Memoria Histórica, 2009). El despojo material usualmente se presentó a partir de mecanismos ilegales en los que intervenía un conjunto de acciones coercitivas o violentas.⁶ Por su parte, el despojo jurídico se presentó mediante tres tipologías principales: 1) el uso ilegal de figuras jurídicas e institucionales usadas por los despojadores para adquirir la titularidad del bien objeto de despojo;⁷ 2) la operación distorsionada del mercado de tierras;⁸ y 3) el despojo

les e ilegales— recurrieron a variadas estrategias para apropiarse de las tierras abandonadas. En otros casos, por el contrario, el despojo antecedió al abandono forzado: casos en los que las personas permanecieron en la tierra mientras un tercero se hacía con la titularidad de la misma. Luego, con los títulos a su favor, el despojador desplazaba a los legítimos titulares de derechos aduciendo que la tierra le pertenecía.

6 En este caso se identificaron dos modalidades principales para este fin: i) los actos violentos orientados a producir abandono forzado, como amenazas, cadenas de pánico, masacres, torturas, asesinatos, intimidación y hostigamientos; y ii) actos violentos para consumir despojo como la destrucción de documentación oficial, coacción para la toma de determinaciones asociadas con la transferencia de derechos, ocupación de predios del Estado o particulares por la fuerza, apropiación del derecho de posesión, despojo de parcelas colindantes, alteración de mojones, linderos o marcas que delimitan predio, entre otros.

7 Manifestados en actos como compraventa de propiedades con lesión enorme, apropiación indebida por compraventa de mejoras, enajenación bajo arrendamiento, testaferrato, suplantación de campesinos para negocios jurídicos, firma de documentos en blanco de forma forzada, evasión de las medidas de protección de tierras que prohibían la transferencia de bienes mediante falsificación de documentos, ventas prohibidas o que no cumplían los requisitos de la legislación agraria, entre otros. También dentro de esta modalidad están los despojos realizados con complicidad o por negligencia de las autoridades competentes, incluyendo casos de adjudicación de tierras con incumplimiento de requisitos legales; adjudicación irregular de revocatorias, de resoluciones de adjudicación a personas desplazadas, entre otros.

8 Esta modalidad tuvo lugar en procesos de compras masivas de tierras con presunción de legalidad, usando información privilegia-

por entidades financieras.⁹ Finalmente, en la modalidad de despojo mixto interactúan los dos mecanismos descritos, pues el despojador ostenta la disposición de la tierra y la posterior legalización de la transferencia del derecho sobre la propiedad.

Ahora bien, la respuesta a la pregunta de cuánta tierra se abandonó o despojó mediante este intrincado conjunto de acciones sigue siendo objeto de controversia. Los estudios y cifras publicados al respecto presentan estimaciones muy diversas que van de 1,2 a 10 millones de hectáreas. Una investigación del Centro de Estudios sobre Desarrollo Económico de la Universidad de los Andes, realizada en 2006, estimó que 1,2 millones de hectáreas fueron arrebatadas a la población desplazada (Ibáñez *et al.*, 2006). Por su parte, el Programa Mundial de Alimentos (PMA, 2001) estimaba que, a 2001, la cifra de hectáreas despojadas ascendía a 4,0 millones. A su vez, una consultoría realizada en 2005 para el PPTP valoró la magnitud del despojo en unos 6,8 millones de hectáreas. El Proyecto de Catastro Alternativo efectuado por el Movimiento Nacional de Víctimas de Crímenes de Estado (Movice, 2007) consideraba que el despojo habría alcanzado, a 2007, unos 10,0 millones de hectáreas. Posteriormente, en un estudio más exhaustivo realizado por la Comisión de Seguimiento a la Política Pública sobre Desplazamiento Forzado (Comisión de Seguimiento, 2009) se estimó que el total de hectáreas despojadas o abandonadas sería del orden de 5,5 millones, lo que equivaldría al 10,8% de la superficie agropecuaria del país. Como se verá más adelante, este último dato fue definitivo para el diseño de la política de restitución, pero ha sido objeto de controversia posterior por los operadores del sistema.¹⁰

da sobre deudas y aprovechando la situación de vulnerabilidad, o el estado de necesidad, de los titulares de derechos que han sido desplazados.

9 Dentro de esta modalidad se encuentran los embargos y remates de propiedades abandonadas forzosamente por incumplimiento de deudas contraídas con entidades financieras u otros acreedores.

10 Los estimativos oficiales iniciales, por ejemplo, calcularon que entre 2010 y 2014 se presentarían unas 160.000 solicitudes de restitución. Pero, en dicho período, la Unidad de Restitución de Tierras solamente recibió cerca de 65.000 solicitudes (cfr. URT, 2014).

Políticas de tierras

En el contexto antes señalado, resulta evidente que las opciones de política son variadas y dan lugar a defender aproximaciones basadas en consideraciones de justicia social y propuestas de justicia correctiva que aboguen por formas de retrotraer el despojo armado ilegal. En esta sección me concentraré en una sucinta reconstrucción de las políticas públicas que han buscado enfrentar estos desafíos y cómo esta historia institucional marcó la ruta de restitución elegida por el país en su discusión sobre mecanismos de justicia transicional.

La apropiación histórica de la tierra en Colombia siguió, como fue el caso de sus pares regionales, la ruta de posesión trazada por la Colonia española (Legrand, 1988; Palacios, 2011; Céspedes *et al.*, 2015). Para efectos de apropiación, la tierra se dividió fundamentalmente en dos clases: aquella objeto de títulos de propiedad privada reconocidos por el Estado (ya fuera por la Corona o la naciente República) y aquella que no había sido objeto de adjudicación de títulos ni de explotación privada (la cual fue denominada genéricamente como “baldía”), y quedaba en cabeza del Estado.¹¹

La estrategia histórica de colonización y expansión de la apropiación de tierra ha sido un proceso desordenado y privatizado (Agencia de Estados Unidos para el Desarrollo Internacional, USAID, 2015, p. 6). Alejandro Reyes (2009, 2016) lo ha señalado como un proceso conflictivo, en el que las élites andinas han acaparado las mejores tierras, y han buscado reproducir el régimen del latifundio y asegurar la mano de obra para ello. La reacción campesina ha sido colonizar espacios de selva y bosque para liberarse de esta dinámica, pero posteriormente estos espacios han sido acaparados nuevamente por las élites, que han obligado a los campesinos, una y otra vez, a expandir la frontera agrícola.

En América Latina, a principios del siglo XX, esta dinámica de concentración de tierras en cabeza de las élites llevó a una

11 Los bienes baldíos son una clase de bienes públicos. Según la Ley 160 de 1994, los baldíos son bienes inmuebles con aptitud agrícola o forestal de propiedad estatal ubicados en zonas rurales que, como regla general, deben ser adjudicados a quienes los ocupen y cumplan con los requisitos previstos por la ley de reforma agraria.

reivindicación de la propiedad agraria y a una álgida defensa de la función social de la propiedad. Pero, a diferencia de otros países latinoamericanos que adelantaron procesos de reforma agraria con un relativo grado de éxito, las élites colombianas fueron eficaces en impedir que las reformas tuvieran algún impulso transformador (Alviar, 2008). De hecho, una consecuencia de la estructura agraria colombiana fue la creación y el mantenimiento de un sobreponder político de los terratenientes, a pesar de su relativo poder económico. Así, los terratenientes han usado ese poder político para impedir cualquier tipo de reforma política sobre la administración de la tierra.¹²

El primer intento fallido de reforma agraria se llevó a cabo en 1936, con la introducción de la Ley 200 de ese año, basada en el influjo de las teorías de la función social de la propiedad (Legend, 1988).¹³ El segundo intento se dio 30 años más tarde con la introducción de la Ley 135 de 1965 (Moncayo, 1991; Díaz Callejas, 2002; Berry, 2002). Pese a su pronto fracaso reformista, este proceso promovió el nacimiento de dos actores importantes para la discusión futura: por un lado, la creación de una precaria institucionalidad agraria (fundamentalmente liderada por el Instituto Colombiano para la Reforma Agraria, Incora) y, por el otro, la creación de una alianza Gobierno-campesinado mediante la cual se conformó la Asociación Nacional de Usuarios Campesinos (Anuc). Si bien la alianza Gobierno-campesinado se deterioró prontamente, la organización campesina seguiría siendo un notable actor político en el futuro y, por tanto, un blanco de ataques violentos por parte de la guerra sucia del conflicto armado (Centro de Memoria Histórica, 2010).

Para gran parte de los analistas, el punto histórico de inflexión en los esfuerzos redistributivos se dio durante la administración del presidente Pastrana (1970-1974), en la cual se dieron por terminados los intentos de reforma de la propiedad rural por medio

12 Un buen ejemplo es la poca tributación que hoy en día existe sobre la tierra, que se deriva en la escasa información predial, las bajas tasas del predial en los municipios y el reducido recaudo de este impuesto (García Villegas *et al.*, 2016).

13 Según Albert Berry, este ha sido, de hecho, el único intento del país por implementar una verdadera reforma agraria que hubiera podido tener una incidencia en Colombia (2002, p. 28).

de lo que se conoce como el Pacto de Chicoral.¹⁴ Autores como Machado sugieren que este fracaso generó una serie de factores que serían cruciales para la emergencia del conflicto armado, tales como el descontento y la radicalización del sector campesino, y el desencadenamiento de reacciones represivas por parte de la élite gobernante (Machado, 2008, p. 4).

Después de este período y ya con un conflicto armado de alta intensidad en los campos, el aliento por una reforma redistributiva entró en letargo. Tal vez por esto, no fue una reivindicación social que llegara con ímpetu al proceso de reforma constitucional de 1990 que dio lugar a la progresista Constitución Política de 1991. El constituyente de 1991 no alteró de manera directa los enfoques privatistas y socialistas sobre la tierra que ya convivían en la anterior Constitución. Es decir, el texto constitucional siguió reconociendo la propiedad como un derecho individual bajo la teoría de la cláusula de expropiaciones, pero con una limitación genérica asociada al principio de la función social de la propiedad (C. P., artículo 58). En materia de política concreta de redistribución, la Constitución fue tímida y simplemente estableció el deber del Estado de “promover el acceso progresivo a la propiedad de la tierra de los trabajadores agrarios [...] con el fin de mejorar el ingreso y calidad de vida de los campesinos” (C. P., artículo 64).

Pero la Constitución alteró la relación de intervención de la tierra al introducir dos variables novedosas: el reconocimiento de los derechos étnico-territoriales (Rodríguez Garavito y Baquero, 2015; Sánchez y Orduz, 2015), por un lado, y la función ecológica de la propiedad, por el otro. El sistema jurídico colombiano reconoció entonces el valor constitucional de los cinco modelos de intervención sobre la tierra explicados en el capítulo previo de este trabajo: un enfoque mercantilista basado en la propiedad privada; un enfoque socialista que privilegia la cultura y economía campesina basado en la función social de la propiedad; un enfoque étnico-racial a partir de los derechos territoriales tanto de pueblos indígenas como comunidades afrodescendientes; un enfoque

14 A comienzos de 1972, representantes de los partidos políticos tradicionales y gremios de terratenientes, apoyados por el Gobierno, se reunieron en las instalaciones de la Caja Agraria en Chicoral (Tolima) y firmaron un “Acuerdo”. De allí saldría la Ley 4 de 1973, la cual introdujo una serie de modificaciones a la Ley 135 de 1961.

preservacionista gobernado por la idea de función ecológica de la propiedad; y un enfoque público estratégico garantizado mediante el principio de dominio eminente del Estado y propiedad estatal exclusiva del subsuelo.

En los años posteriores a la reforma constitucional, la política agraria tuvo un giro hacia el mercado. Un nuevo marco regulatorio se adoptó con la Ley 160 de 1994, que se constituyó en el modelo de intervención agraria desde entonces y ha sido defendida y criticada por su modelo mixto de enfrentar los problemas agrarios. Por un lado, las organizaciones campesinas han defendido al menos tres mecanismos de la ley: i) los instrumentos de protección de la función social de la propiedad que permiten la intervención de los latifundios improductivos, como la acción de extinción del dominio de tierras incultas;¹⁵ ii) la protección de territorios campesinos comunitarios conocidos como las zonas de reserva campesina (ZRC);¹⁶ y iii) la obligación del Estado de dotar de tierras a las familias campesinas a través de baldíos de la nación, con la consecuente restricción a adjudicarlos para otros fines, en detrimento de este deber.

No obstante, la ley ha sido criticada por acogerse al marco de subsidio de compra de tierras, lo que para algunos significó el desmonte del esfuerzo estatal en materia de reforma agraria (Berry, 2002; Machado, 1999). A través de esta estrategia, el Estado ya no solo puede cumplir su deber de dotación de tierras mediante la adjudicación (a través de tierra pública o a partir de acciones directas de desconcentración de la tierra, como la intervención de latifundios para ser luego divididos y entregados a los campesinos), sino que permite que el Estado cumpla mediante la entrega de un subsidio monetario para que el campesino lo use, bien sea para comprar directamente tierras a precios del mercado o para la explotación de su propio predio (Berry, 2002).

15 Mecanismo que, aun cuando está reconocido por la ley, rara vez ha sido usado en la práctica.

16 Las zonas de reserva campesina fueron creadas por la ley como áreas geográficas seleccionadas por el Incora para fomentar y estabilizar las economías campesinas de los colonos, así como para evitar la concentración de la propiedad territorial. La Ley determinó que se podían crear ZRC en áreas de colonización y en donde predominaran los baldíos.

Esta relación dicotómica (real o percibida) entre modelo procampesino y modelo de mercado marcaría el resto del período. Durante la década siguiente, el considerado modelo de mercado fue profundizado por el entonces gobierno Álvaro Uribe Vélez, que desde el inicio de su mandato reconfiguró el modelo de intervención agraria. La primera iniciativa en este sentido fue la transformación de la institucionalidad agraria: el antiguo Incora, cuya función principal era la ejecución de medidas para producir la reforma agraria, fue sustituido por una nueva entidad denominada Instituto Colombiano para el Desarrollo Rural (Incoder). Este no fue solo un cambio de nombre, sino una real transformación en el enfoque de intervención. Primero, el nuevo enfoque se concentró en el desarrollo productivo del campo, el cual no necesariamente estaba asociado a las formas de producción campesinas, sino que incluía nuevos desarrolladores del campo, entre ellos, los agronegocios. Segundo, el Incoder vino acompañado de la eliminación o reducción de la institucionalidad que servía como soporte al campesinado para su producción, la cual fue concentrada en una sola institución con muy poco presupuesto (Machado, 2007).

La segunda iniciativa fue la promoción del modelo de inversión de capital para el fomento productivo del campo por parte de inversionistas privados. La filosofía de este modelo es que la tierra como bien productivo puede ser más eficientemente explotada, si se cuenta con capital (el cual generalmente es escaso en las economías campesinas) y, para que el proceso sea competitivo en un mercado global, la explotación debería focalizarse en una serie de productos de exportación y producirse a larga escala. A mediados de la década pasada, esta iniciativa fue conocida en el país como el modelo Carimagua, por el nombre de un predio en el que había una disputa pública sobre si este debía ser entregado a familias pobres que habían sido víctimas de desplazamiento forzado, o a inversionistas que pudieran inyectar capital. El gobierno de entonces privilegió a los segundos (López Montaña, 2008).

De hecho, el Gobierno promovió en el Congreso la modificación de la Ley 160 de 1994 para profundizar sus aspectos promercado. En 2007, sus mayorías parlamentarias aprobaron la Ley 1152, conocida como Estatuto de Desarrollo Rural. Dicha ley fue criticada por los defensores del modelo de economía campesina

por considerarla como la expansión del modelo Carimagua (Machado, 2007). De manera anticipada, el Congreso, a solicitud del Ejecutivo, tramitó y aprobó una ley denominada Estatuto Forestal (Ley 1021 de 2006) mediante el cual se permitía la intensificación del modelo de aprovechamiento económico de zonas protegidas sobre los intereses de preservación ambiental. En ambos casos, la visión de explotación económica a larga escala de la tierra se privilegió frente al conflicto de intereses con los enfoques de justicia social y ambiental protegidos en la Constitución. Pero, finalmente, el enfoque étnico-territorial echó para abajo estas leyes. Ambas medidas legislativas fueron demandas ante la Corte Constitucional, argumentando distintas contravenciones a la Constitución. A su turno, la Corte declaró inconstitucionales ambas normas por haber incumplido el derecho fundamental de la consulta previa libre e informada de los pueblos indígenas y comunidades afrodescendientes que se verían afectados por las medidas.¹⁷

Al retrotraer estas nuevas políticas, la Ley 160 continuó siendo el marco de intervención vigente. Pero muy poco se ha hecho realmente durante su vigencia para concretar en políticas efectivas los mecanismos que esta ley concibe.¹⁸ La ausencia de una institucionalidad fuerte, de una estrategia de política concreta, y la permanencia de una violencia generalizada en el campo fueron factores determinantes para la expansión del desplazamiento y despojo a los que se hizo referencia en la sección anterior de este capítulo. Tampoco existió una política pública concreta para enfrentar el fenómeno del desplazamiento forzado masivo (Rodríguez y Rodríguez, 2015). Así, en vez de que el Ejecutivo actuara como orientador de la política pública, en Colombia, las demandas ciudadanas terminaron convirtiendo a la Corte Constitucional en la orientadora de los esfuerzos de política. Esto, al

17 La sentencia que declaró la inconstitucionalidad del Estatuto Forestal es la C-030 de 2008, y la que hizo lo propio frente al Estatuto de Desarrollo Rural es la C-175 de 2009, ambas de la Corte Constitucional.

18 De acuerdo con un informe realizado por la Procuraduría General en 2014, la titulación de baldíos es el programa más exitoso del Incoder en la implementación de la ley. A través de él se titularon 3.042.644 hectáreas entre 2003 y 2014, un promedio de 10.612 familias al año. Pero esta resulta una ejecución más baja de la que tenía el antiguo Incora que fue, entre 1972 y 2002, de 14.060 familias tituladas al año (PGR, 2015, pp. 51 y ss.).

menos en tres enfoques de intervención: (i) en las políticas para mitigar el impacto del desarraigo en los desplazados; (ii) en la estrategia para la protección de los bienes que los desplazados abandonaban (PPTP, 2005); y (iii) en las medidas para reparar el despojo y producir el retorno y la restitución de los predios y bienes abandonados (Salinas, 2008). La relación contextual o directa de las condiciones sociales y económicas del campo, así como la cuestión sobre la distribución inequitativa de la propiedad, siempre ha estado en el trasfondo de cómo orientar estas tres políticas, pero no ha sido nunca abordada de manera directa por la Corte Constitucional.¹⁹

La variable *justicia transicional* en la cuestión de la tierra

La activa labor de la Corte Constitucional para enfrentar la crisis humanitaria del desplazamiento forzado resucitó el tema agrario en la discusión pública y política del país (Uprimny y Sánchez, 2010). Pero, a pesar de que en buena medida el sujeto de reforma agraria (y beneficiario de política social) coincide con el desplazado forzado como “víctima de una violación grave a los derechos humanos” (quien es titular de los derechos a la verdad, justicia y reparación), el marco de intervención no fue el del enfoque eminentemente distributivo (Uprimny y Saffon, 2012; Garay, 2009), sino principalmente correctivo.

La gran revolución del reconocimiento de las víctimas de desplazamiento forzado como sujetos de atención estatal se produjo a partir del enfoque de derechos humanos constitucionales mediante la declaratoria del estado de cosas inconstitucional de la Corte Constitucional en 2004 (Sentencia T-025). Pero el detallado y productivo seguimiento de la Corte Constitucional al estado de cosas inconstitucional dejó de lado, en un primer momento, la reparación y se enfocó en mayor medida en políticas más urgentes de alivio humanitario. En consecuencia, el enfoque de derechos humanos de la cuestión de la tierra fue atravesado por la discusión sobre justicia transicional que se inició en el país con ocasión

19 Seguramente por la falta de lenguaje concreto en la Constitución para enfrentar un tema políticamente tan controversial y divisivo.

de la desmovilización de los grupos paramilitares (Uprimny y Sánchez, 2010).

La introducción del concepto de justicia transicional en la realidad política y jurídica colombiana ha sido sujeto de una amplia discusión académica nacional e internacional (Uprimny *et al.*, 2006; Orozco, 2009; García Godos y Knut, 2010). Igualmente controversiales han sido los mecanismos adoptados para el paraguas de dicho concepto. Y allí, las decisiones sobre el lugar y peso que dentro de esta política debería tener la cuestión de la tierra han sido entendiblemente álgidas (Sánchez y Uprimny, 2010).

Para empezar, el proceso de desmovilización, desarme y reintegración no llevó a una negociación del tema de la tierra en la discusión del fin de las acciones militares. En primer lugar, en el caso de los paramilitares, la propia idea de negociación era extraña pues se trataba de un arreglo entre un grupo prosistémico y el Estado. Por eso no se veía como una negociación (que busca un punto medio entre objetivos competitivos y contradictorios) sino como una legalización de un fenómeno permitido por el Estado, al que había que buscarle una salida. En segundo lugar, a diferencia de las guerrillas de izquierda, los paramilitares no tuvieron como bandera una determinada política sobre la tierra y, por tanto, no había incentivo para un tratamiento global de dicha cuestión. Lo que sí era evidente para ese entonces, dadas las investigaciones de organizaciones académicas y de la sociedad civil, era el directo involucramiento de los paramilitares en el despojo masivo de tierras.²⁰ En tal sentido, la idea de la reparación de ese despojo empezó a verse como la fórmula principal en la que el marco de justicia transicional debería enfrentar el tema (Salinas y Zarama, 2012).

El mecanismo principal de la restitución (dado que ese era el mecanismo principal para la reparación, en general) fue el de la reversión del despojo mediante un proceso judicial de tipo penal (Salinas, 2009). Para ello, debía hacer uso de los estándares normativos de restitución presentados en el primer capítulo de

20 La III Encuesta sobre población desplazada realizada por la Comisión de Seguimiento a la Política de Desplazamiento arrojó que el principal grupo armado responsable del despojo de tierras eran los grupos paramilitares, con el 32% de los casos, seguidos por la guerrilla de las FARC, con el 25%. Para los datos del módulo de tierras, véase http://viva.org.co/pdfs/III_enc_poblacion_desplazada_18_10_10.pdf.

este trabajo, los cuales fueron integrados jurisprudencialmente al bloque de constitucionalidad por la jurisprudencia de la Corte.²¹

Por esa vía, el proceso penal especial de justicia y paz adoptaría las normas ordinarias del derecho penal sobre cancelación de títulos en aquellos casos sometidos a su conocimiento. Pero, desde entonces, ya se sabía que, dada la magnitud y complejidad del problema, los jueces mediante casos individuales y aislados tendrían muy poca oportunidad de revertirlo de manera global. Fue por este motivo que la Ley de Justicia y Paz asignó a la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación (órgano creado por dicha ley) la tarea de hacer un estudio global de estrategia de intervención al que llamó “Programa de Restitución de Bienes”. Además, ordenó la creación de comisiones regionales de restitución de bienes (CRRB) para que fueran documentando los casos que se llevarían ante la justicia (Uprimny y Sánchez, 2010; CNRR, 2010).

La falta de avance decidido del contenido de las reparaciones judiciales hizo que el naciente movimiento de víctimas presionara a la institucionalidad por un marco más eficiente y respetuoso de sus derechos (Gaviria y Gil, 2010). Desde 2007, esta petición se trasladó al Congreso mediante la discusión del proyecto de Estatuto de las Víctimas, el cual se hundió dos años más tarde debido a la oposición política de las mayorías de gobierno en el Congreso (Sánchez, 2009).

A pesar de este fracaso legislativo, fue durante estos años cuando se empezaron a diseñar los mecanismos de restitución de tierras hoy vigentes y se delinearón los debates sobre sus características.²² Dentro de las discusiones más difíciles estuvo, en primer lugar, la respuesta a la pregunta sobre qué restituir. Es decir, si la restitución debía ser de patrimonios (todo lo material que se había perdido o que pudiera cuantificarse), de la propiedad (incluyendo mueble e inmueble), de la propiedad inmueble (excluyendo otras formas de relación con los bienes) o sobre todas las formas de relación con los bienes inmuebles (que incluiría la

21 La Sentencia C-370 de 2006 ingresó al bloque de constitucionalidad los Principios de las víctimas a obtener reparaciones, adoptados por las Naciones Unidas, y mediante la Sentencia C-821 de 2007 se hizo lo mismo con los Principios Pinheiro.

22 Estos puntos fueron desarrollados de manera detallada en un trabajo anterior del autor (Sánchez, 2009).

posesión, la tenencia y la ocupación). En segundo lugar, estuvo el tema de quién debería adelantar la tarea de la restitución: un tribunal judicial o una entidad administrativa; y, en todo caso, cuál entidad estatal o administrativa, ¿Debía tratarse de una nueva o crearle competencias a una ya existente? En tercer lugar, la comunidad de expertos debatió cuáles deberían ser las herramientas para facilitar la reversión de un despojo que había sido revestido de ritualidades jurídicas. Para algunos, la clave estaba en declarar presunciones sobre los patrones conocidos de despojo, mientras que otros defendieron la idea de declarar presunciones regionales, como fue el caso de la propuesta de declaratoria de “áreas espurias”, o la de “zonas de atención prioritaria”. En cuarto lugar, la discusión de qué tanto ir para atrás en el tiempo fue controversial, algo que luego sería objeto de discusión en la Ley de Víctimas e incluso en posteriores demandas a dicho instrumento. Finalmente, un aspecto de discusión fue si otorgar o no compensaciones a quienes tuvieran que dejar los predios y, si este era el caso, cómo determinarlas y qué fondos deberían ser usados para pagarlas (Sánchez, 2009).

Con el fracaso legislativo de este proyecto, no solo estos debates se frustraron. También se puso una vez más en pausa el tema central de decisión política: qué tipo de enfoque global debería orientar la administración de la tierra en un contexto de transición política. Cuando el escenario político parecía cerrado, el entrante presidente Juan Manuel Santos sorprendió al país al señalar que su plan de gobierno estaría basado en tres pilares: una ley de reparaciones para las víctimas, una ley de restitución de tierras y una ley integral de tierras.

La restitución como medida preferente

Hacia finales de 2010, los pilares de restitución y política integral de tierras empezaron a ser discutidos en sede de gobierno para redactar borradores de nuevas leyes ante el Congreso. La tarea recayó en el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, el cual estableció dos equipos de trabajo para presentar con prontitud los proyectos. El primero de ellos, sobre restitución, estuvo en pocas semanas en manos del Congreso; el segundo, sobre política integral de tierras, nunca fue presentado públicamente para discusión social o parlamentaria (Restrepo y Bernal, 2014).

Al menos cuatro razones influyeron para que la suerte de estas dos medidas fuera diametralmente distinta. Primera, el proyecto de restitución contó con una base institucional que sirvió de motor para su elaboración y defensa. Se trataba del Proyecto de Protección de Tierras de la Población Desplazada (PPTP) que se había formado como una oficina híbrida (financiada por la cooperación internacional, pero en el interior del Gobierno) para prevenir el despojo forzado. Durante la década, esta oficina se convirtió en un actor fundamental para la producción de conocimiento y alternativas de política, especialmente en materia de protección del despojo y restitución. Como se anotó, frente a lo que fue el desmantelamiento de la institucionalidad agraria, dentro del Ministerio no existía un grupo equivalente que pudiera responder rápido a las necesidades de orientación de política general de tierras.

Segunda, la restitución partía de los borradores que había dejado el fallido estatuto de víctimas. Pese a los debates sobre el alcance de la restitución, universo de víctimas, competencias, en lo macro existía ya una propuesta no solo elaborada, sino socializada al interior de gobierno. Algo que no sucedía frente al segundo tema, que era nuevo y debía partir de cero, incluso dentro del ejecutivo.

Tercera, en el interior del gobierno era relativamente poco polémica la restitución de tierras.²³ Aun cuando existían diferencias y reticencias (especialmente por el eventual costo fiscal de la política de restitución), no había enfrentamientos diametrales al respecto en el Ministerio. Por el contrario, en materia de cuál debería ser la orientación de la política de tierras existía total desconcierto y visiones encontradas. Por un lado, una promovida por el PPTP más cercana a la protección y fomento de la economía campesina y consonante con un proyecto de restitución y retorno. Por el otro, una más orientada hacia la explotación económica a gran escala de la tierra y sus recursos, promovida por el ala de desarrollo rural del Ministerio.

23 En 2010, con Rodrigo Uprimny concluimos que este aparente consenso sobre la restitución de tierras se debía a que diversos sectores apoyaban un concepto de restitución que no necesariamente coincidía con el apoyado por otros. Así, sectores conservadores y progresistas tenían enfoques enfrentados sobre lo que entendían sobre los propósitos de la restitución, pero como el mecanismo podía llegar a servir a unos u otros, ambos lo impulsaban (Uprimny y Sánchez, 2010).

Finalmente, ya en ese punto, el proyecto sobre restitución de tierras contaba con el apoyo de diversos sectores de la sociedad, incluyendo organizaciones de la sociedad civil, víctimas, academia, organizaciones indígenas y afrodescendientes, y comunidad internacional. A diferencia, no cualquier fórmula de intervención de la tierra contaría con este apoyo y, para llegar a él, debía ser necesario un proceso de socialización con estos sectores.

De esta manera, la restitución de tierras terminó imponiéndose en la carrera legislativa. Si bien inicialmente ingresaron al Congreso dos proyectos de ley distintos (uno sobre ley de víctimas y otro sobre restitución), ambos fueron fusionados y la acción de restitución terminó integrada al proyecto más amplio de reparaciones como una de sus distintas medidas. En esas condiciones, en junio de 2011, tras su aprobación en el Congreso, en un evento al que fue invitado el Secretario General de las Naciones Unidas, el presidente Santos ratificó formalmente la Ley 1448 de 2011, conocida como Ley de Restitución de Víctimas y Restitución de Tierras.

Pero este nombre común invisibiliza el hecho de que, en virtud de este proceso, Colombia ratificó cuatro leyes de víctimas con tres acciones de restitución distintas. Esto se debió a la influencia del enfoque étnico-racial de la tierra protegido por la Constitución. Después del fracaso del primer proyecto de estatuto de víctimas, y en el afán de aprovechar la reapertura del tema en el Congreso, los sectores políticos de centro-izquierda que apoyaban esta iniciativa presentaron en noviembre de 2010 los respectivos proyectos a discusión legislativa con el apoyo del Gobierno. Pero ninguno de ellos cumplía con el derecho constitucional de haber sido consultados de manera previa, libre e informada con los grupos étnicos del país. No cumplir con este requisito precisamente había dado lugar a la invalidación constitucional de las reformas de tierras sobre desarrollo rural y explotación forestal. La jurisprudencia de la Corte Constitucional es clara en que la consulta, para que sea previa, debe realizarse antes de que se someta el proyecto a cualquier discusión legislativa. La opción de retirar la iniciativa para consultarla y regresarla posteriormente al Congreso se veía como perder la pequeña ventana de oportunidad que tenía. Por ello, en acuerdo con las organizaciones representativas de los grupos étnicos, el Gobierno encontró una fórmula intermedia: la Ley 1448 contendría una cláusula que generaría

la obligación del Gobierno de consultar con los grupos étnicos y adoptar una norma concertada de víctimas para cada uno de ellos en un plazo no superior a seis meses. Es por esto que la acción de restitución de la Ley 1448 se complementa con aquellas establecidas meses más tarde por los decretos leyes 4633 y 4635 de 2011 (Sánchez y Orduz, 2015).²⁴

El concepto de justicia transicional de la ley se defendió como el marco conceptual adecuado para enfrentar cuatro características por las que se acusaba a la justicia ordinaria de convertirse en una vía inadecuada para satisfacer los derechos de los cientos de las víctimas de despojo: (i) sus requisitos probatorios estrictos, basados fundamentalmente en los registros oficiales y actos formalistas como la expedición de escrituras públicas; (ii) la larga duración de los procesos (que pueden llegar a durar más de una década); (iii) los principios de derecho privado sobre derecho rogado y carga de la prueba que descansa sobre la parte que acude ante la justicia; (iv) las pocas posibilidades de acumular casos y de resolver patrones generalizados a partir de los elementos procesales existentes (Sánchez y Uprimny, 2010).

Ahora bien, como indica el propio nombre de la ley, el modelo general se decantó por la restitución de tierras, con lo cual se descartó de plano la idea más amplia y polémica de restitución de patrimonio o de los bienes muebles objeto de despojo.²⁵ En todo caso, el marco de relaciones jurídicas a restituir es amplio pues incluye no solo la propiedad sino otras relaciones como la posesión y la ocupación (aunque excluye la tenencia).²⁶ En cuanto al marco temporal, la ley estableció como fecha inicial de despojo

24 El Decreto Ley 4633 establece la acción de restitución de derechos étnico-territoriales de pueblos indígenas, mientras que el Decreto 4635 hace lo propio frente a comunidades afrodescendientes. Existe una pieza normativa adicional, el Decreto Ley 4634, que estipula las medidas de reparación para miembros del pueblo rom. No obstante, este decreto no tiene un procedimiento de restitución de tierras autónomo y refiere para ello al mecanismo establecido en la Ley 1448.

25 Vale la pena resaltar que el objeto de la restitución de los decretos étnicos no es la tierra sino el concepto más amplio de 'derechos étnico-territoriales'.

26 La exclusión de los tenedores como sujetos de restitución fue demandada ante la Corte Constitucional, la cual, mediante Sentencia C-715 de 2012, avaló la disposición normativa.

el 1.º de enero de 1991, es decir, el programa busca la restitución de 20 años de despojo.²⁷

La legislación sentó además un marco de ejecución de la restitución estrictamente apegado a los estándares internacionales sobre la materia. Así, en primer lugar, la restitución fue establecida como el medio preferente para la reparación en los casos de desplazamiento, al ser considerada un elemento esencial de la justicia restitutiva. En segundo lugar, la restitución se fundó como un derecho en sí mismo, independiente de que se hiciera o no efectivo el retorno. En tercer lugar, el Estado se obligó a garantizar el acceso a una compensación o indemnización adecuada para aquellos casos en que la restitución fuera materialmente imposible o cuando la víctima de manera consciente y voluntaria optara por ella. En cuarto lugar, se garantizó que nadie podía ser obligado a retornar en contra de su voluntad; los regresos debían ser voluntarios, en condiciones de seguridad y dignidad. En quinto lugar, las autoridades están obligadas a prestar asistencia para el retorno y el reasentamiento efectivo de quienes sean restituidos en sus propiedades. En sexto lugar, se estableció que las medidas de restitución deben respetar los derechos de terceros ocupantes de buena fe, quienes, de ser necesario, podrían acceder a medidas compensatorias a cargo del Estado. Finalmente, las medidas de restitución deben proveer la protección y asistencia requerida a aquellos con necesidades especiales o que se encuentren en condiciones particulares de desprotección o exclusión; en particular, los programas deberán velar por reconocer igualdad de derechos y condiciones a mujeres y hombres, así como los derechos colectivos de pueblos indígenas y comunidades afrodescendientes a los territorios tradicionales.

Para hacer realidad estos principios, la ley creó un procedimiento mixto (administrativo y judicial) a partir de un nuevo proceso judicial denominado “acción de restitución de tierras”. Para ello, estableció un ente administrativo (la Unidad Administrativa Especial para la Gestión de Restitución de Tierras Despojadas,

27 Igualmente, esta fecha fue demandada ante la Corte Constitucional por ser considerada arbitraria y discriminadora frente a quienes habían sido víctimas de despojo antes de dicha fecha. En la Sentencia C-250 de 2012, la Corte Constitucional rechazó los cargos, ya que consideró que el límite temporal era razonable.

URT) adscrito al Ministerio de Agricultura, encargado de sustanciar los casos de restitución para ser luego presentados ante jueces civiles especializados en restitución de tierras y eventualmente ante las salas de los tribunales superiores especializadas en restitución de tierras (para los casos en que exista oposición). Los jueces y magistrados fueron encargados de resolver estas peticiones en término perentorio de cuatro meses, tras un período probatorio de treinta días.²⁸

La legislación de víctimas fue acogida como un avance positivo, tanto por las organizaciones internacionales de derechos humanos (CIDH, 2013, p. 56; OACNUDH, 2015, p. 34;) como por diversos sectores sociales y políticos en el país. Dentro de los aspectos más celebrados de este marco está su enfoque victimo-céntrico, su reconocimiento de la diversidad de las víctimas y la necesidad de incluir enfoques diferenciales en la implementación de las medidas, la creación de una institucionalidad exclusiva para la atención y reparación de las víctimas, y su apuesta por la restitución masiva de tierras (Uprimny y Sánchez, 2011).

Pero también el modelo fue recibido con críticas, algunas de ellas relacionadas específicamente con su diseño y naturaleza. La primera crítica se basa en su predilección por un enfoque de paz liberal de protección de la propiedad privada que podría incluso convertirse en un instrumento para la mayor concentración de la tierra. El modelo de justicia correctiva se funda en el reconocimiento de la propiedad de quienes tenían, pero no de aquellas personas que han sido excluidas de la propiedad. Así que la restitución se constituye, en su mejor escenario, en una solución parcial a los problemas de la tierra. Además, al promover la titulación individual de los predios, sirve el propósito de mercantilizar la tierra e impulsar su compra con las ventajas/limitaciones del mercado. En tales circunstancias, un proceso de restitución podría llevar a un esfuerzo enorme del Estado por aclarar la titularidad de los predios, para que estos, una vez aclarados y registrados, entren a un mercado desregulado de tierras en donde los grandes capitalistas concentren la propiedad de la tierra.²⁹

28 Las particularidades procesales de este mecanismo serán objeto de atención detallada en el siguiente capítulo.

29 Esta crítica fue presentada por Rodrigo Uprimny y por este autor como un riesgo de la restitución. Para enfrentarlo, propusimos

Un segundo tipo de críticas de este modelo de intervención se dirige a la modificación del tradicional sujeto de reforma agraria y su pérdida de agencia política. Muchas comunidades ven con desaliento que para acceder a su tierra deban renunciar al carácter político y reformista en que se basó la lucha por ella, especialmente aquella promovida por la Anuc. El campesinado reclamante se consideraba como un sujeto político activo, reformista y progresista. Pero la Ley de Víctimas se concentra no en la transformación futura, sino en volver al *statu quo* del pasado (reversión del despojo), no en el sujeto político transformador, sino en uno percibido como débil o vulnerable, despolitizado y sin agencia: la víctima.³⁰

En tercer lugar, analistas políticos y académicos han criticado el excesivo conservadurismo de la ley frente al concepto tradicional de propiedad privada. Si bien la ley parte de un enfoque “transformador” de las reparaciones, en lo sustantivo no se separa en nada de la visión tradicional del concepto civilista de propiedad individual. Para algunos, además de perder una oportunidad histórica única para dar un debate sobre el significado de la propiedad sobre la tierra, este aspecto constituye un error de diseño que hace que la ley sea poco operativa y no tenga la capacidad de enfrentar en un tiempo oportuno todas las peticiones que devienen de un proceso de despojo masivo como el ocurrido en Colombia (Gutiérrez Sanín, 2013; Valencia, 2014).

En cuarto lugar, visiones jurídicas tradicionales criticaron la flexibilidad conceptual del modelo de restitución. Varios aspectos

que la restitución tendría que verse como una medida que debía complementarse con un modelo de desarrollo rural que incentivara la producción y cultura campesina y sirviera de barrera al acaparamiento de la tierra por la vía de la compra de los predios restituidos (Uprimny y Sánchez, 2010).

30 Jorge Salcedo presenta este argumento basado en su observación de la comunidad de Macondo. Esta comunidad tiene una larga historia de movilización por la tierra, y buena parte de sus líderes tradicionales fueron cuadros importantes en la época de la toma de tierras para impulsar la intervención de latifundios. Por su rol activo en esta época, la comunidad fue especialmente victimizada. Con la aprobación de la ley se presentó un debate interno en la comunidad entre los líderes tradicionales (quienes defendían una visión de estrategia política a largo plazo de oposición a la ley) y los nuevos liderazgos representados por personas más jóvenes (que defendían una visión más pragmática de aprovechamiento de los mecanismos de la ley) (Salcedo, 2016).

del componente jurídico han sido objeto de crítica, especialmente por las posibles consecuencias de violación de los derechos de los terceros ocupantes. Un ejemplo de ello ha sido la posición encabezada por el Procurador General de la Nación respecto de las cláusulas de la ley en materia de buena fe exenta de culpa y reversión de la carga de prueba de la víctima al despojador.³¹

Una última crítica se relaciona con el riesgo de que la formalización jurídica termine convirtiéndose en un proceso de homogeneización cultural y desapropie procesos sociales y culturales de las comunidades rurales. La visión tradicional de la regulación jurídica estatal define los procesos no regulados oficialmente como informales. Para algunas visiones, no obstante, considerar lo informal como no regulado es un error, pues las comunidades crean sus propias herramientas de regulación y de protección. Este proceso es denominado por Hillón y Jiménez (2016) “heurística comunitaria”. El temor es que este pluralismo jurídico se vea amenazado por una idea de formalización estatal que podría de hecho hacer más vulnerables a las comunidades que han protegido tanto su territorio como sus prácticas tradicionales a partir de estos mecanismos informales.

Con mucha expectativa de las víctimas y pese a las mencionadas críticas, el proceso de restitución inició con la tarea de dotación de recursos humanos, fiscales y tecnológicos, administrativos y judiciales. En términos comparativos nacionales, ambos procesos se cumplieron relativamente rápido.³² La Unidad de Tierras tuvo como base de su creación al equipo y el conocimiento del PPTP, el cual, de hecho, fue encomendado para que recogiera las primeras solicitudes de las víctimas mientras que se surtían los trámites burocráticos y administrativos de creación de la Unidad. Tres años más tarde, la Unidad contaba con 23 oficinas en 17 departamentos del país (URT, 2015). Por su parte, la judicatura

31 Pese a que en sus intervenciones a la Corte Constitucional, la posición oficial de la Procuraduría ha respaldado dichos conceptos, públicamente el Procurador se ha convertido en un contradictor de estos mecanismos (“Procurador arremete contra la ley de restitución de tierras”, *El Tiempo*, 12 de abril de 2016. Recuperado de <http://www.eltiempo.com/politica/justicia/procurador-arremete-contra-ley-de-restitucion-de-tierras/16561648>).

32 El primer fallo de restitución de tierras se emitió el 16 de octubre de 2012, es decir, 16 meses después de entrada en vigor la ley.

aprovechó un concurso que había realizado justo antes de la entrada en vigor para seleccionar los jueces de restitución (a la fecha 40 despachos) y seleccionó en provisionalidad a los 15 magistrados que se sientan en los cinco tribunales existentes.

En junio de 2016, tras cumplirse cinco años de aprobación de la Ley,³³ la Unidad de Restitución de Tierras publicó un informe parcial de resultados de su gestión. A dicha fecha, la Unidad había recibido 90.395 solicitudes de restitución. La gran mayoría de ellas (casi 50 mil) fueron recibidas entre 2012 y 2013; en los años siguientes, las solicitudes descendieron radicalmente (de 19.200 en 2014 a 2.800 en los primeros meses de 2016). Estos datos contrastan con las expectativas iniciales de la población que acudiría al procedimiento, que se alcanzó a estimar en 360.000 hogares (Conpes, 2012). Las causas de esta disparidad no son del todo claras.

De las solicitudes recibidas, a cinco años de vigencia de la ley, el 51% del total había finalizado o se encontraba en fase administrativa de restitución (47.358 solicitudes).³⁴ De estas, 33.382 solicitudes habían sido inscritas en el registro, es decir, fueron consideradas como verdaderos casos de abandono o despojo por parte de la Unidad. Por su parte, a junio de 2016, los despachos judiciales habían producido 1.812 sentencias, que resolvían de manera definitiva la situación de 3.670 solicitudes. Esto equivalía a un 4% del total de solicitudes y a un 9% del total de solicitudes que han sido registradas. Estas sentencias cubrían un área de 187.315 hectáreas³⁵ y, de acuerdo con la información de los fallos, beneficiaban directamente a 22.328 personas. Según el mismo informe, el

33 Teóricamente, esta fecha marca la mitad del periodo trazado como meta para ejecutar la resolución pues la Ley 1448 estableció una vigencia de 10 años.

34 En consecuencia, el 49% de las denuncias sobre despojo no había iniciado el trámite, bien fuera por falta de capacidad para ser atendidas, o por riesgos de seguridad para realizar el procedimiento. El Gobierno asegura que la principal razón para la falta de atención de estas solicitudes es atribuible a la segunda causa.

35 Es imposible comparar cuál es la proporción de esta cifra frente al despojo real, dadas las disparidades de los estimativos que se presentaron al inicio de este capítulo. Sin embargo, las evaluaciones más pesimistas señalan que es una cifra irrisoria frente al estimado de 6 millones de hectáreas de la III Encuesta de la Comisión de Seguimiento. No obstante, ninguna de las partes (defensores y críticos de la gestión de la restitución de tierras) tiene una metodología sólida que permita avanzar en esta discusión.

84% de las familias restituidas contaban con goce material de sus predios. Para la misma fecha, la Unidad informó que los jueces de tierras se encontraban tramitando cerca de 12.000 casos que involucraban 500.000 hectáreas adicionales (URT, 2016).

La esperanza redistributiva y el proceso de paz con las FARC

Mientras que la restitución de tierras cogió vuelo propio, el otro pilar del gobierno Santos sobre la tierra tuvo problemas de despegue. En el interior del propio Gobierno no existía claridad sobre cuál debía ser la orientación del proyecto. El entonces ministro Juan Camilo Restrepo propuso seis ejes para estructurar la política integral de tierras: 1) mejorar el acceso, 2) modificar el uso, 3) formalizar la propiedad rural, 4) apoyar la restitución de tierras, 5) promover la extinción de dominio de tierras ilícitas y 6) modernizar el impuesto predial (Restrepo y Bernal, 2014). Como punta de lanza de dicha política, el ministro lanzó un programa de formalización y saneamiento que entendía que sería complementario del programa de restitución. Además, el ministro empoderó a la Subunidad de Tierras del Incoder para que acometiera la retrasada tarea de recuperar los baldíos ilegalmente aprovechados por personas naturales y jurídicas que no pueden ser sujeto de reforma agraria.

Pero sectores conservadores parte de la alianza de Gobierno y con mucho poder regional empezaron a ver con desconcierto que un miembro de su partido estuviera desarrollando una agenda liberal.³⁶ La oposición a una reforma integral a la tierra enfocada en un modelo de pequeña y mediana economía rural tiene dos variantes distintas: por un lado, los clásicos rentistas de la tierra, como los terratenientes que subexplotan las tierras con ganadería extensiva; y, por el otro, los desarrolladores del campo que fomentan visiones eficientistas de la producción a larga escala mediante agronegocios. Ambos grupos son muy influyentes en la política colombiana.

³⁶ De hecho, el líder de uno de los gremios más influyentes del sector manifestó a la prensa el sentir de dicho grupo: “Colombia necesita un verdadero ministro de agricultura y no solo un ministro de la restitución”.

En esta lucha de poder, y a pesar de que el presidente Santos consideraba que la promesa de la reforma a la tierra era una de las políticas que permitía avanzar en el exploratorio proceso con la guerrilla de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC), la agenda liberal perdió el pulso en el Gobierno. En reemplazo de Restrepo asumió como ministro el expresidente de uno de los gremios de desarrolladores del campo a través de la siembra extensiva de cultivos de tardío rendimiento. Los programas iniciales quedaron sin respaldo y fracasaron en silencio.³⁷ Tampoco se presentó el proyecto de reforma integral al Congreso, de lo cual se culpó al movimiento campesino y a los grupos étnicos, supuestamente por no haberse puesto de acuerdo para la formulación del proceso de consulta previa. Según Santos, dada la falta de consenso, la cuestión debía ahora esperar el resultado de los diálogos de La Habana.

En lo que sí avanzó el Gobierno fue en el impulso del enfoque de explotación de la tierra a larga escala. Una de las medidas más polémicas del nuevo ministro fue la presentación ante el Congreso de un proyecto de ley sobre baldíos que se conoció popularmente como la Ley Urrutia. Este proyecto promovía formas de asociación entre inversionistas privados y habitantes rurales para la producción de zonas estratégicas como la altillanura. La base del proyecto era: para producir en áreas como estas se requiere una inversión de capital grande que las familias campesinas no poseen. Por tanto, la medida de política se orientaba a garantizar el acceso a la tierra de estos inversionistas mediante la titulación de tierras baldías para que en su proceso productivo se asociaran con habitantes rurales como productores, o como generadores de empleo. Además de los reparos tradicionales, la ley fue criticada porque su vocación parecía contradecir lo que se estaba negociando con la guerrilla y, principalmente, porque permitía la legalización de unos procesos de acumulación de baldíos que previamente habían sido realizados por empresas a partir de fórmulas

37 Los datos del informe de la Misión Rural, por ejemplo, muestran los escasos resultados del proyecto bandera del Ministerio: formalización. En el marco de esta política, a diciembre de 2014, el Ministerio había recibido 36.593 solicitudes de formalización, pero había entregado solo 801 títulos; es decir, solo el 2,19% de la meta se había cumplido (Misión Rural, 2015, t. III, p. 62).

legales, pero ilegítimas, incumpliendo el espíritu de la Ley 160 de 1994.³⁸ La presión política que generó esta iniciativa, tanto en Colombia como en La Habana, dio lugar a que el Gobierno retirara del Congreso la propuesta, pero dejando claro que la presentaría de nuevo.

Otra iniciativa en el mismo sentido fue introducida en el Plan Nacional de Desarrollo para el segundo periodo del gobierno Santos. Dicho plan modificó las normas sobre regulación del procedimiento para fijar medidas de protección ambiental, permitió la minería e hidrocarburos en los páramos, modificó el trámite de expedición de licencias ambientales y reguló la ejecución de los planes de interés nacional estratégico (PINE), incluso como límite a la restitución de tierras.³⁹ Si bien el plan fue aprobado en el Congreso, posteriormente la Corte Constitucional lo declaró inconstitucional en los mencionados apartes.⁴⁰

Mientras esto ocurría, el Gobierno cumplió su promesa de tramitar de nuevo el proyecto sobre Zonas de Interés de Desarrollo Rural, Económico y Social (Zidres). De acuerdo con el Gobierno, el objetivo de esta medida es “impulsar la explotación de más de siete millones de hectáreas en el país, un área similar a Irlanda” (Semana, 2016). Esto, a partir de la creación de estas zonas especiales de aptitud agropecuaria aisladas de los centros urbanos más significativos, y que demandan elevados costos de adaptación productiva. La modificación fundamental entre el primer proyecto y este fue que, en lugar de que las empresas accedieran a la titulación de los baldíos, en esta versión, las empresas asociativas podrían solicitar al Estado la entrega –en concesión, arrendamiento o cualquier otra modalidad contractual no traslativa de dominio– de terrenos baldíos ubicados en las Zidres. En enero de 2016, después de haber surtido su trámite aprobatorio

38 Para estos efectos, las empresas contrataron firmas de sofisticados abogados, como la firma Brigard y Urrutia, fundada por quien entonces tenía una alta posición en la diplomacia del Gobierno colombiano (Oxfam, 2012).

39 El artículo 50 del Plan impuso una limitación al derecho a la restitución de tierras, al establecer que no habría lugar a la restitución respecto de un predio que hubiere sido incluido en los PINE, reemplazándola por una compensación con un predio similar.

40 Cfr. Corte Constitucional, Sentencia C-035 de 2016.

en el Congreso, el presidente Santos ratificó la Ley 1776 mediante la cual se dio vía libre a las Zidres.⁴¹

En otro carril, y como se tratara de un país totalmente distinto, el Gobierno colombiano –con representación de los gremios agropecuarios en la mesa– adelantaba diálogos de paz con una guerrilla marxista cuya principal bandera de lucha había sido la inequidad histórica en el acceso a la tierra para el campesinado. La mayor paradoja se presenta con el hecho de que el propio Gobierno aseguraba que la negociación sobre la cuestión de la tierra no era parte de la agenda de La Habana solo porque fuera una reivindicación de la guerrilla, sino porque era una iniciativa del propio Gobierno (Jaramillo, 2014). Según Santos, que el Gobierno hubiera tomado las banderas de la guerrilla en materia de tierras y víctimas era uno de los elementos que habían hecho posible el proceso.

Como en toda negociación, las partes se sentaron a la mesa con puntos encontrados de discusión. Alejandro Reyes (uno de los asesores del Gobierno para la discusión de este punto) hace un buen recuento de las posiciones iniciales de las partes (2016, p. 49). Para el autor, las FARC llegaron con la idea de liquidar la principal causa del conflicto: la expansión del latifundio y la exclusión violenta del campesinado, así como enfrentar las nuevas amenazas de los territorios campesinos (los biocombustibles, la minería empresarial, los hidrocarburos, la adquisición extensiva de la tierra por extranjeros, incluyendo multinacionales, y la continuación del despojo por parte de bandas criminales y paramilitares). Su visión se concentraba en fortalecer la pequeña y mediana producción agraria familiar y en la defensa de medidas contra la acumulación como las zonas de reserva campesina. Las FARC llegaron igualmente a la mesa rechazando la política de restitución y formalización, la cual veían como “una trampa para legalizar el traspaso de la tierra a grandes inversionistas y extranjeros para la minería y la agroindustria” (Reyes, 2016, p. 50). Tampoco se consideraban como despojadores y veían con preocupación que la restitución fuera a despojar “posesiones campesinas” en un sistema de información manejado por los victimarios, con

41 A la fecha de redacción de este trabajo, la ley surtía un proceso de inconstitucionalidad ante la Corte Constitucional por sendas demandas presentadas por organizaciones sociales y miembros de partidos de oposición política.

jueces que ignoraban el contexto de la tierra. De hecho, la información sobre las relaciones con la tierra fueron un punto de preocupación para las FARC, que proponían realizar una cartografía social para identificar tierras ociosas, extinguidas, apropiadas ilegalmente, para posteriormente incorporar esta información a un nuevo catastro que diera lugar a las políticas de restitución, distribución y formalización (p. 51).

El Gobierno, por su parte, partió del presupuesto de que una reforma rural que elevara el bienestar de la población del campo y ayudara al cierre de la brecha entre la población urbana y rural era una condición necesaria para la superación del conflicto. Para el Gobierno, atraso y violencia constituían un círculo vicioso.⁴² Su propuesta era avanzar mediante tres instrumentos: restitución, distribución y formalización. Para lograrlo, el Gobierno no veía como prioritaria la intervención directa en los latifundios,⁴³ sino que percibía como una medida más eficiente la creación de un “banco de tierras” que se podría formar a través de la extinción del dominio por enriquecimiento ilícito, la clarificación y recuperación de baldíos, la expropiación administrativa, la compra y los derechos de uso. Al igual que las FARC, el Gobierno identificaba que una de las principales barreras para adelantar estas políticas era la falta de información y, por tanto, propuso la superación del vacío de información catastral, registral y de tributación sobre la propiedad (Reyes, 2016, p. 53).

Después de diez ciclos de negociaciones, el 26 de mayo de 2013, las partes firmaron un acuerdo sobre el punto. Las 110 propuestas agrarias de las FARC fueron evaluadas y reconocidas como parte de su “ideario político” para que fueran presentadas al debate democrático, una vez que dejaran las armas. La lógica del acuerdo fue que correspondería al proceso democrático posterior definir la mejor manera de implementar los distintos acuerdos sustantivos alcanzados. Las partes acordaron entonces: 1) la creación de un fondo de tierras en beneficio de los campesinos

42 Es decir, si bien había acuerdo entre las partes en el objetivo, no necesariamente lo había en los medios para obtenerlo.

43 Reyes expone que, en materia de latifundios, la idea del Gobierno fue enfocar la discusión en el acceso a la tierra para los campesinos y abordar el problema sin limitar los “derechos legítimos de propiedad garantizados por la Constitución”, pues la ley no ha impuesto límites de extensión a la propiedad de la tierra (Reyes, 2016, p. 53).

sin tierra o con tierra insuficiente; 2) el acceso integral que reconoce que la tierra es condición necesaria, pero no suficiente, para garantizar el bienestar de los habitantes del campo; 3) la formalización de la pequeña y mediana propiedad, no solo por demanda sino también por oferta mediante ejercicios de barrido territorial y cartografías sociales; 4) la creación de una jurisdicción agraria con competencia para adjudicar las controversias existentes y futuras sobre la tierra; 5) la modernización del catastro rural entre el Gobierno nacional y las entidades territoriales, con participación de las comunidades; 6) asesoría del Gobierno a las entidades territoriales para elevar el recaudo predial; 7) ordenamiento productivo y ambiental del territorio, incluyendo medidas de reconversión productiva y fortalecimiento de la participación ciudadana en la planificación local y ordenación del territorio; 8) cierre de la frontera agraria; 9) apoyo a los planes de desarrollo de las zonas de reserva campesinas y constitución de nuevas zonas; 10) implementación de la reforma rural integral (RRI) mediante planes nacionales sectoriales con el objetivo de reducir la pobreza rural en un período de 10 años; 11) programas de desarrollo con enfoque territorial, en donde se prioricen las zonas más afectadas por el conflicto, la pobreza, la presencia de cultivos de uso ilícito y exista menor presencia institucional (Mesa de Conversaciones, 2013).

El resultado de la negociación no fue entonces un modelo reformista a larga escala del tipo de reforma agraria integral defendido en el siglo pasado. No obstante, los acuerdos reviven una agenda liberal reformista que podría llegar a tener un enorme impacto en las condiciones y conflictos descritos en este capítulo. Como expone Mauricio García Villegas,

los acuerdos [...] contemplan una larga serie de programas destinados a la integración del campo y de la periferia como parte de un proyecto de construcción de Estado-nación [...]. Todos ellos son, sin duda, iniciativas loables, bien intencionadas e incluso necesarias para el logro de [estos] propósitos. Sin embargo, de ese tipo de propuestas está llena la historia del país. De hecho, el problema de Colombia no es la falta de buenas ideas, sino la ausencia de condiciones fácticas y políticas que se requieren para que tales ideas se lleven a la práctica. (García Villegas, 2014)

Un paso importante para llenar estos acuerdos de contenido técnico y opciones de política viables fue el establecimiento de

la Misión para la Transformación del Campo –conocida como la Misión Rural–, liderada por el economista José Antonio Ocampo (Misión Rural, 2015). El objetivo de la misión es definir los lineamientos de política pública para tener un portafolio de instrumentos y políticas que permitan tomar las mejores decisiones de inversión pública para el desarrollo rural y agropecuario en los próximos 20 años. Sus informes constituyen no solo un importante repertorio sobre los problemas actuales del sector, sino que sus propuestas son claves para intentar buscar caminos que despejen posiciones irreconciliables sobre cómo enfrentar los conflictos sobre la tierra y su uso, así como para proponer medidas más conciliatorias en la búsqueda de una ordenación racional del territorio.

Una de las recomendaciones iniciales de dicha Misión fue la reversión del proceso de desmantelamiento de la institucionalidad agraria. El Gobierno atendió dicha recomendación y, a finales de 2015, anunció un cambio diametral en dicha institucionalidad. Dicha reforma incluyó la liquidación del Incoder y la creación de tres entidades distintas: la Agencia Nacional de Tierras, la Agencia Nacional de Desarrollo Rural y la Agencia para la Renovación del Territorio. Para el diseño de política sectorial, además, se crearon el Consejo Nacional para el Uso del Suelo y el Consejo Superior de Restitución de Tierras. También se creó la Dirección de Mujer Rural en el Ministerio de Agricultura, y se ampliaron las fuentes para el Fondo de Microfinanzas y el Fortalecimiento de la Comisión Nacional de Crédito Agropecuario.

Estas medidas pueden dar un paso en la dirección correcta, pero aún está por verse, como dice García Villegas, si se convierten en políticas concretas. La desmovilización de las FARC podría llevar al momento político esperado por más de un siglo para romper la prevalencia de las élites que han impedido llevar a cabo estas agendas reformistas, o podría convertirse en una nueva frustración para estas agendas.

En síntesis, la regulación efectiva de las relaciones sobre la tierra en Colombia sigue siendo un proyecto inconcluso. La historia del país muestra que existe una demanda heterogénea de conflictos agrarios no definidos que precedían al despojo armado masivo que ha ocurrido durante las últimas décadas y que sería aquel con vocación de ser tramitado mediante políticas de posconflicto o transición. Esta interacción entre unos y otros hace que

sea complicada cualquier fórmula de intervención. De allí que la distinción teórica tajante entre distribución, eficiencia o corrección parece dejar de lado el abanico completo de problemas y necesidades de solución.

Al mismo tiempo, la revisión del caso colombiano muestra la necesidad de pensar en los acuerdos políticos necesarios y en las oportunidades y limitaciones de cambio o continuidad. La intervención sobre la tierra es, ante todo, una cuestión de ejercicio de poder político⁴⁴. A la incapacidad histórica del Estado de imponerse ante ciertos grupos de presión, la historia reciente de la política pública muestra una posición errática del Gobierno sobre cómo y dónde intervenir y sobre los enfoques generales de la política. Dentro de ese contexto, en Colombia subsiste un margen limitado para emprender reformas estructurales, como lo muestran incluso los resultados de la negociación con la guerrilla de las FARC. Aun así, tanto la transición política como los instrumentos de justicia transicional, de redistribución y de corrección del despojo, podrían jugar un papel importante para potenciar el impacto de otras medidas que permitan un modelo más conciliado y posible de ordenación del territorio y de toma de decisiones frente a los conflictos sobre la tierra.

Pero, ¿cómo evaluar estas iniciativas a la luz de los debates teóricos fijados en los tres primeros capítulos de este libro? ¿Qué debería aprender Colombia del debate internacional y qué lecciones de su caso podrían alimentar dicho debate? Los dos capítulos siguientes se concentrarán en resolver dichas preguntas.

44 Esto se hizo evidente en algunos de los argumentos de quienes defendieron el voto negativo en el referendo del 2 de octubre de 2016. Dichos sectores defendieron la oposición al acuerdo por afectar, entre otros, el *statu quo* sobre las relaciones con la tierra, al interferir supuestamente con el derecho a la propiedad privada.

Capítulo 6

Teoría normativa para la restitución de tierras en Colombia

La lucha por la justicia y la garantía de los derechos de las víctimas de conflictos armados se ha concentrado, en buena parte, en lograr la responsabilidad pública de quienes cometieron tales atrocidades. Conforme a este interés, los procesos públicos de rendición de cuentas han sido preferidos y, entre ellos, el uso del derecho penal ha acaparado una mayor atención académica y política. Esto se ha debido, principalmente, a que la lucha contra la impunidad de las más graves violaciones ha sido uno de los motores que más ha jalonado la discusión del campo de la justicia transicional en su idea de promover la paz respetando unos estándares mínimos de justicia. Así, la responsabilidad fue restringida a mecanismos y procesos públicos: los juicios penales, la reforma de instituciones públicas, las comisiones de la verdad, la imposición de sanciones disciplinarias a funcionarios del Estado, los programas de reparación por vía administrativa, entre otros. La característica fundamental de estos procesos es que en su ejecución intervienen principalmente instituciones y normas que usualmente son consideradas por la doctrina como de derecho público: el derecho penal y penitenciario, el derecho constitucional, el derecho administrativo y el derecho disciplinario.

Sin embargo, como se ha desarrollado ampliamente en este texto, en no pocas oportunidades, los conflictos han producido afectaciones graves a derechos que, en tiempos de paz, se regulan por otros regímenes jurídicos, incluyendo el derecho privado. El despojo de propiedades es una de ellas. No obstante, sigue existiendo una evidente brecha conceptual y normativa entre la atención que ha recibido el trato de los temas de derecho público y los de derecho privado en la teoría jurídica de las transiciones. Así, por ejemplo, quienes han teorizado sobre los objetivos

y necesidades de la justicia transicional han cuestionado y reelaborado conceptos y principios básicos de derecho penal como el debido proceso, el principio de legalidad, el fin de la pena, la presunción de inocencia, entre otros. Al mismo tiempo, en cuanto a cómo adelantar procesos penales en tiempos de transición o posconflicto existen también muchos desarrollos teóricos sobre la investigación y adelantamiento de juicios como las doctrinas de selección y priorización, las teorías sobre el más responsable, la atribución de crímenes de subordinados al dirigente, la investigación de crímenes de sistema, entre otros.

Por el contrario, los desarrollos sobre la aplicación de normas y principios del derecho privado en tiempos de conflicto o transición son muy limitados (Ballard, 2012). A pesar de algunos desarrollos normativos recientes, como los recogidos en los ya estudiados Principios Pinheiro, los trabajos académicos que abordan los desafíos de la implementación de medidas basadas en derecho privado en tiempos de transición son escasos. Esto no quiere decir que la producción en la materia sea inexistente o que no haya una relación entre los dilemas transicionales y las normas y principios de derecho privado. Esto simplemente muestra que es un campo poco explorado y muy disperso.

Es en este contexto donde se inserta la propuesta de una teoría normativa para la restitución de tierras para Colombia; una teoría jurídica que tenga en cuenta los desafíos teóricos desarrollados en la primera parte de esta investigación, así como los retos fácticos, sociales y políticos que se describieron en el capítulo anterior. Para ello, con base en los desarrollos normativos del Estado colombiano en los últimos años, especialmente la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras y su legislación complementaria, con el concurso de algunos colegas¹ y en discusión con los funcionarios encargados de la tarea de la restitución en el país, he propuesto la idea de interpretar la acción de restitución colombiana bajo la teoría de la “justicia transicional civil” (Sánchez y Uprimny, 2012).

Uso el término justicia transicional civil como la combinación entre los aspectos del derecho privado y la justicia transicional

1 Al respecto, ver Sánchez y Uprimny (2012); Bolívar, Sánchez y Uprimny (2012); Sánchez y Orduz (2015); Chaparro, Revelo y Sánchez (2016), y Bolívar, Gutiérrez, Sánchez y Uprimny (2016).

(Atuahene, 2010, p. 66).² En otras palabras, la justicia transicional civil puede verse como una forma de justicia transicional que regula las relaciones entre individuos en sociedades que se encuentran enfrentando un legado de violaciones sistemáticas de derechos de propiedad, como parte de un proyecto más amplio de justicia que busca responsabilizar a los culpables y promover la reconciliación. En este sentido, la justicia transicional civil involucra la regulación de las relaciones entre individuos –generalmente cubiertas por las normas de derecho privado, aunque no exclusivamente– en tiempos de transición o posconflicto, lo cual puede incluir, entre otros, programas especiales de restitución de tierras y acciones judiciales de derecho privado.

Aun cuando el término de justicia transicional civil no es ampliamente entendido como un mecanismo específico, el concepto no es totalmente nuevo en la reflexión académica y en la práctica. En este capítulo reconstruyo entonces este concepto a partir de experiencia comparada y teoría que ha trabajado esta idea, aun cuando no hayan usado expresamente este concepto y, principalmente, a partir de las características de la acción de restitución que establece la legislación y jurisprudencia colombianas. Al defender la vocación reconstructiva de este trabajo, enfatizo en que la noción de ‘justicia transicional civil’ busca diseñar, en una forma un poco más explícita y elaborada, los vínculos entre la justicia transicional y la justicia civil, agraria y administrativa, con el fin de proponer un marco teórico a la restitución masiva de propiedades, que se preocupe por las consideraciones especiales que tiene dicho mecanismo cuando se diseña e implementa como parte de una estrategia más amplia para enfrentar el pasado, pero al mismo tiempo avanzar en procesos de reconciliación y democratización de la propiedad agraria.

2 Esto, bajo el entendido que el derecho privado es aquella rama del derecho que regula las relaciones entre individuos. Si bien el término ‘derecho civil’ es más limitado que el de derecho privado, pues este último recoge contenidos de carácter social y económico más amplios como el derecho de familia y el derecho agrario, en adelante usaré el término ‘justicia transicional civil’, en lugar de ‘justicia transicional privada’ para no crear confusiones con una posible sugerencia que los mecanismos de la justicia transicional deberían salir de la órbita de acción oficial o del Estado.

Esta teoría normativa permite llenar un doble vacío identificado en la primera parte de este libro. Por un lado, su función es servir como herramienta normativa que soporte las políticas de intervención de la tierra en contextos de posconflicto, especialmente, aquellas estrategias que combinan los objetivos de restitución, distribución y eficiencia desarrollados anteriormente. Por otro lado, la teoría tiene el objetivo de servir de guía a los operadores jurídicos para que tengan una base teórica en su tarea de balancear los conflictos relacionados con las distintas concepciones de justicia y marcos normativos que protegen y/o regulan la tierra y los territorios, como el derecho privado, agrario, indígena, ambiental y administrativo-regulatorio.

En este capítulo presentaré el diseño de la política y herramienta legislativa de restitución colombiana a partir de una propuesta normativa que llene este vacío. Para ello, dividiré el capítulo en dos secciones. En la primera presentaré de manera breve las principales características de la acción de restitución de tierras y en la segunda construiré, sobre la base de dicha herramienta, una propuesta normativa que funcione como guía metodológica de implementación de dicha acción.

Descripción de la acción y la ruta de restitución

La acción de restitución fue establecida como una acción mixta (administrativa y judicial) a partir de la cual quienes consideren que fueron víctimas de abandono o despojo pueden solicitar al Estado que adelante un proceso para la reversión de tal desposesión (bien sea material, jurídica o mixta). Para ello, la ley contempló dos vías de entrada al procedimiento. Por un lado, el recurso a la petición individual o colectiva a iniciativa de la víctima y, por el otro, los procesos de barrido institucional desarrollados por la administración, en donde a partir de identificar despojos se invite a las víctimas a que sometan los casos ante el proceso.

La entidad encargada de recibir estos casos y procesarlos inicialmente es la Unidad Administrativa de Gestión para la Restitución de Tierras (la Unidad o URT), que es un ente de Gobierno adscrito al Ministerio de Agricultura, pero que conserva cierta independencia funcional y presupuestaria. A esta entidad, creación de la ley, se le otorgaron funciones inéditas en la historia de la institucionalidad colombiana. La Unidad se encarga de alistar

áreas de intervención, recibir las peticiones, investigar los hechos, administrar las reclamaciones dentro de un marco de priorización y concentración, y decidir cuáles de estas peticiones deben ser presentadas ante los jueces civiles especializados en restitución de tierras. Para ello, el proceso administrativo es surtido de manera proactiva por parte de la Unidad: su función es servir de entidad investigadora de los procesos y no simplemente recibir las pruebas y quejas. Tras este proceso, en el cual toma en consideración distintos tipos de medios probatorios, la Unidad debe decidir si inscribe o no el predio solicitado en un registro creado por la ley. En caso favorable, la solicitud será sometida al conocimiento de los jueces. En caso negativo, la Unidad emite un acto administrativo que comunica a los peticionarios, y que estos pueden controvertir judicialmente mediante las vías contencioso-administrativas ordinarias.

Los casos que son inscritos en el registro deberán ser presentados ante los jueces de restitución, quienes tienen competencia para adelantar un proceso brevísimo que debe terminar con una decisión de fondo sobre el asunto. Aquí la competencia puede ir en dos caminos distintos: si la petición presentada no encuentra oposición de terceros, el juzgado documentará el caso y procederá a fallarlo en única instancia; si se presentan opositores al proceso, el juzgado documenta el caso, pero no lo falla, lo envía a un tribunal superior civil especializado en restitución de tierras para que sea este (compuesto por tres magistrados) el que emita la decisión.

Las víctimas, una vez el predio haya sido incluido en el registro de tierras, pueden acudir ante los juzgados bien sea mediante abogado particular o representadas por la Unidad de Tierras. Tras un breve periodo de constatación probatoria, el juez transicional de restitución se pronuncia de manera definitiva sobre la propiedad, posesión del bien u ocupación del baldío objeto de restitución. En el fallo también deben compensar a quienes demostraron ser terceros de buena fe exenta de culpa. El juez transicional de restitución también emitirá en dicho fallo las órdenes necesarias para garantizar que la restitución desarrolle los principios constitucionales y legales que la inspiran. Así, por ejemplo, mantendrá la competencia sobre el caso con el fin de asegurar el goce efectivo de los derechos del recién restituido hasta tanto los riesgos no

se eliminen completamente. Finalmente, el juez transicional de restitución tiene un papel central en la etapa posrestitución, la cual consiste en garantizar que el fallo sea aplicado y propender a la estabilización socioeconómica de quienes han sido restituidos.

Este proceso y los dispositivos específicos de la acción de restitución buscan dar respuesta a los obstáculos fácticos y legales del marco normativo ordinario para reversar el despojo. Es por ello que, en primer lugar, la restitución se creó como una acción especial con vocación transicional, que no sea vista como un procedimiento más, sino que responda a una estrategia de justicia de carácter más amplio. En este sentido, la acción de restitución exige una orientación específica y planificada, que implemente los mecanismos más efectivos y adecuados para resolver de manera integral las dificultades que supone la resolución de un elevado número de casos, con diversos actores involucrados –legales e ilegales–, con afectaciones distintas, dependiendo el grado de vulnerabilidad de las víctimas o de la región en que operó el despojo, entre otros aspectos.

En segundo lugar, este procedimiento está orientado por los principios de prevalencia del derecho sustancial sobre el procesal y de instrumentalidad de las formas, razón por la cual sus disposiciones deben ser interpretadas e integradas a favor de la realización de los derechos de las víctimas y los principios de restitución contenidos en la ley.

En tercer lugar, y con el propósito de aplicar los principios de economía procesal y procurar retornos con carácter colectivo que contribuyan al restablecimiento de las comunidades de manera integral, la ley incorporó distintos mecanismos procesales novedosos. En sede administrativa se establecen los procesos de macro y microfocalización, mediante los cuales se busca definir las áreas geográficas donde se realizará el estudio de las solicitudes y la documentación de casos en bloque, a efectos de facilitar la posterior concentración procesal. Por su parte, en la etapa judicial se contempla la acumulación procesal, cuya pretensión es obtener una decisión con carácter de integralidad y seguridad jurídica, la cual debe aclarar de manera definitiva todas las relaciones jurídicas que afectan el predio objeto de restitución. Y, adicionalmente, se establece la acumulación de las demandas de restitución de predios vecinos o colindantes.

En cuarto lugar, y con el fin de responder a los patrones regionales de despojo, la ley estableció una serie de presunciones que disminuyen la carga probatoria de los solicitantes, respecto de la exigida en un procedimiento ordinario. Dichas presunciones fueron creadas con el propósito de alcanzar la justicia material por encima de las formalidades de los procesos ordinarios, limitando la posibilidad de que actuales titulares del derecho aleguen buena fe exenta de culpa, amparados en la existencia de sentencias, actos administrativos, escrituras públicas, contratos sobre predios protegidos, o en cuya colindancia se haya producido concentración de la tierra o alterado el uso de la tierra, o cuando se hayan adquirido los derechos sobre el predio mediante contratos a precios por debajo del 50% del valor comercial.

En consecuencia, en el proceso de restitución, las víctimas están liberadas de probar plenamente el desplazamiento o despojo, y de presentar plenas formalidades para determinar la relación jurídica con los bienes objeto de la solicitud de restitución; es obligación de las autoridades administrativas admitir la prueba sumaria para demostrar la calidad de desplazado o despojado y la relación jurídica con el bien.

Por otro lado, en relación con los opositores del proceso de restitución, la ley establece la obligación, en cabeza de estos sujetos procesales, de probar la buena fe exenta de culpa y demostrar: i) que tenían la convicción de que actuaron con la debida diligencia y cuidado. En relación con este elemento, la buena fe subjetiva exige no tener la intención de causar un daño o lesión a un bien jurídico ajeno y, por ende, la certeza de estar actuando conforme a las reglas de la lealtad y honestidad; ii) que efectivamente actuaron en cumplimiento de los deberes mínimos de diligencia y cuidado, esto es, la buena fe objetiva, la cual no se presume sino que debe probarse dentro del proceso; iii) que cometieron un error común de hecho, el cual era imprevisible e inevitable, y que da lugar a la creación de un derecho aparente, cuya aplicación tiene lugar en los casos expresamente previstos en la ley.

Finalmente, la ley exige la concurrencia de la buena fe subjetiva en el adquirente, es decir, la creencia sincera y leal de haber adquirido el derecho de quien es su legítimo dueño. Es decir, no basta con que la conducta del titular aparente del derecho sea de buena fe, se requiere que este tenga la convicción de ser el

titular en tanto cree haberlo adquirido de su verdadero dueño. En este sentido, además de establecer la presunción de buena fe a favor de las víctimas, la ley asignó una carga probatoria mayor a quienes se oponen a sus pretensiones, con el fin de evitar la legalización de despojos, o que posibles despojadores logren acceder a las compensaciones como una medida de reparación. Por ende, corresponde al opositor u opositores no solo la convicción de haber actuado de manera recta y honesta, sino además tener la seguridad de haber adquirido el derecho de quien es su legítimo dueño, circunstancia que exige la debida diligencia y cuidado del comprador, adelantando averiguaciones adicionales a efectos de verificar la legalidad del negocio.

En consecuencia, el opositor deberá presentar los documentos y pruebas tendientes a demostrar su buena fe exenta de culpa, el justo título del derecho y demás pruebas referentes al valor del derecho,³ las cuales permitirán al magistrado o magistrada de restitución constatar el origen y la tradición de los bienes, el contexto en el que se desarrolló la tradición o la transacción del predio, la realidad jurídica y material del bien, la ausencia de obras fraudulentas, de engaño, astucia o viveza, en fin, de cualquier conducta lesiva de los derechos de las víctimas.

Adicionalmente, podrán oponerse a las pretensiones del solicitante quienes consideren que no tiene la calidad de desplazado o despojado, caso en el cual deberán presentar la documentación que quieran hacer valer como prueba de tal afirmación. Para ello, podrán aportar pruebas que controviertan el hecho base, o que indiquen que, a pesar de la ocurrencia del hecho base, la deducción lógica prevista por el legislador en el caso concreto no es procedente, dado que no hubo buena fe en la actuación de quien se reputa beneficiario de esta presunción.

Hacia el concepto de ‘justicia transicional civil’

Para analizar la potencialidad de la acción de restitución aquí presentada, mi propuesta es trabajar una teoría normativa del concepto de la justicia transicional para la restitución de tierras (o justicia transicional civil) en cuatro momentos. En el *primer*

3 Ver artículo 88 de la Ley 1448 de 2011.

momento me concentro en la identificación de los objetivos de la justicia transicional de cara a su cumplimiento en tiempos de paz, a partir del establecimiento de normas de derecho de propiedad y, particularmente, del derecho agrario. Así, desde una aproximación teleológica o finalista, la tarea es determinar los objetivos de cada uno de estos cuerpos normativos, así como los del campo de la justicia transicional, para establecer sus semejanzas y divergencias. Es decir, desde un punto de vista axiológico se compararán los valores que busca avanzar la justicia transicional y aquellos que protegen las normas que regulan la propiedad (derecho civil), la propiedad agraria (derecho agrario) y las normas procesales que garantizan el reconocimiento de derechos (procesal civil, agrario y administrativo). En este punto no se estudiarán las reglas específicas de cada una de estas ramas jurídicas; más bien, el análisis se concentrará en establecer sus principios cardinales y, sobre esta base, derivar aquellos valores fundamentales y, de estos, cuáles podrían estar en tensión en la aplicación de estas normas en la excepcionalidad de contextos de conflicto y posconflicto.

En un *segundo momento*, y una vez definidos los principios y valores que pueden ser armonizados y aquellos que estarían en tensión, la propuesta normativa se enfoca en la armonización concreta de estos principios a partir de las reglas sustantivas específicas que deben ser aplicadas al proceso de adjudicación de casos sobre restitución de tierras. Para este ejercicio es fundamental no solo preguntarse por las fuentes normativas que deberían hacer parte de la decisión, sino cómo podría el contexto de la transición dar lugar a una reinterpretación de sus instituciones centrales, como el caso del concepto de propiedad.

En el *tercer momento* traslado la discusión a la pregunta de cómo impacta el modelo de justicia transicional para la restitución de tierras en las distintas normas y principios procesales y probatorios del derecho ordinario. Allí se presentan las alternativas para enfrentar los cuellos de botella que se derivarían de implementar una estrategia de justicia que no tenga en cuenta las necesidades específicas del contexto transicional.

Finalmente, dada la necesidad de que la estrategia de justicia realmente sobrepase los obstáculos fácticos y jurídicos y responda a las necesidades de las víctimas, el *cuarto momento* analiza las

herramientas y metodologías concretas que pueden ser usadas para garantizar la materialización de las decisiones que adjudiquen derechos sobre la tierra a partir de estos procesos. En tal sentido, la última sección de este capítulo se preocupa por la teoría de la decisión judicial y el seguimiento a la implementación de fallos y cumplimiento de órdenes.

Principios de derecho privado en contextos transicionales

Un primer paso para entrar en el análisis de la correlación entre el derecho civil ordinario y los principios y objetivos de la justicia en tiempos de transición es identificar la diferencia de los conflictos y las afectaciones que uno y otro pretenden enfrentar. Ello permitirá establecer, de manera inicial, sus distancias y coincidencias.

Tradicionalmente, en el medio colombiano el derecho civil se ha entendido como el “derecho común” encargado de la regulación general de la vida social y de la resolución de conflictos que ocurren en sectores sociales diversos, tales como los intercambios comerciales y las relaciones de familia. Así, los conflictos sociales que conoce la jurisdicción civil están generalmente relacionados con la producción, adquisición o circulación de la propiedad privada. Dentro de este campo están incluidos, por lo tanto, las disputas sobre los bienes y sobre el cumplimiento de las obligaciones contractuales y extracontractuales (Rodríguez Garavito, 2001, p. 549). Se trata, además, de un área de regulación jurídica en donde predomina el principio de la autonomía privada de la voluntad, esto es, la libertad de las personas de definir la forma como establecen sus derechos y obligaciones. En este sentido, el sistema del derecho civil, al igual que todos los sistemas jurídicos, opera bajo el supuesto de que el comportamiento de violación de las normas es relativamente excepcional.

En contraste, en contextos violentos y de violación masiva, el daño civil se extrapola y toma una identidad distinta, tanto en lo individual como en lo colectivo. Así, a nivel individual, tanto la jurisprudencia de tribunales internacionales como la doctrina especializada abundan en la caracterización del desplazamiento forzado producto del conflicto armado como una violación grave y sistemática de derechos humanos. La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH, 2005, 2005a, 2006, 2006a) ha

señalado, en su jurisprudencia, que con esta práctica se vulneran los derechos a la integridad personal, libertad personal, propiedad privada, y a la circulación y residencia. Asimismo, el Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia (TPIY, 2003) ha enfatizado que el daño de la deportación o la transferencia forzosa fundamentalmente radica en la pérdida de la comunidad y el desarraigo.

Si bien –como lo señala el profesor Esteban Restrepo– ninguna norma, precedente judicial o documento internacional de política pública establece una “definición del daño”, el desplazamiento y el despojo forzados producen diversos efectos en los derechos de las personas obligadas a desplazarse. A juicio de Restrepo, el despojo y desplazamiento forzados son violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos cuyas víctimas resultan desposeídas de manera radical de la comunidad política básica, entendida como el espacio donde se producen las interacciones políticas que dan lugar a la iniciación de cursos de acción colectiva e individual y donde se tejen relaciones de igualdad política entre sus miembros (2010, p. 296).

Por otro lado, en el nivel colectivo, la literatura especializada ha documentado que el despojo masivo de propiedades produce consecuencias que van más allá del desmedro individual de patrimonios. Bernadette Atuahene, por ejemplo, sostiene que el despojo masivo puede generar efectos sociales y políticos desestabilizadores, así como la negación propia de la ciudadanía social. Para esta autora, si la sociedad empieza a percibir que la distribución de la propiedad es altamente ilegítima, es posible que se produzca desobediencia de las leyes que regulan los procedimientos de adquisición de dicha propiedad (2009, p. 829).⁴ Esta teoría es compartida por un número importante de investigadores sociales y políticos que sostienen que existe, de hecho, una interrelación

4 Así lo expone la profesora Atuahene: “La concepción individual de una persona sobre las circunstancias generales respecto de las cuales la propiedad ha sido adquirida determinará su actitud respecto a la legitimidad de dicha propiedad. Si la percepción prevalente es que, en mayor medida, las personas que ostentan la propiedad merecen hacerlo, pues trabajaron duro para obtenerla o alguien más trabajó para ello (herencia), es entonces probable que la mayoría de la población tenga protección de su propiedad privada” (2007, p. 1421).

evidente entre la concentración de la tierra y sus efectos en los conflictos armados (Gutiérrez Sanín, 2015).

Ahora bien, los contextos en los que se desarrollan las políticas de restitución masiva de tierras se caracterizan por compartir ciertas características que impactan en esta relación. Primero, la restitución debe ser implementada en momentos de ruptura y cambio social que dan espacio a las demandas de reparación de las injusticias pasadas. Segundo, las reclamaciones de restitución adquieren un peso moral que va más allá de la simple resolución de la alteración de un patrimonio o del incumplimiento de un contrato: se basan en la experiencia de momentos traumáticos y complejos de victimización y, en esa medida, en sentimiento de duelo y memoria compartida (Fray y James, 2011).

La conjunción de estos factores –violencia, falta de reconocimiento y precariedad económica derivada del despojo– es lo que lleva a que el daño producido por el despojo masivo tenga un carácter distinto a los daños civiles ordinarios. Sobre este punto, siguiendo la teoría de autores como John Locke, Carole Pateman y Charles Mills, Atuahene, la desposesión masiva implica una *invisibilización* u ostracismo social que se basa en la deshumanización y la exclusión de las víctimas del contrato societario (Atuahene, 2007, p. 1427). Es decir, considerar a individuos y comunidades como sujetos no titulares de una dignidad mínima, lo que lleva a que las víctimas sean excluidas del contrato social y, con ello, sean *invisibilizadas*.⁵

A este fenómeno, Atuahene le llama “invisibilización ocasionada por el despojo de propiedad” (*property-induced invisibility*). En tanto que opera un proceso de deshumanización,⁶ Atuahene

5 Hannah Arendt caracteriza este fenómeno de manera similar cuando aduce al concepto de ‘la pérdida del derecho a tener derechos’ que, a su vez, genera la pérdida de capacidad de acción (1958, p. 175; 1990, p. 173 [en Restrepo, 2010, p. 363]). Para Arendt, la desposesión fundamental que implica la pérdida del derecho a tener derechos radica en la desaparición de la capacidad de acción. Además, esa desposesión podría conceptualizarse como una pérdida del derecho de autonomía personal.

6 La deshumanización supone negar a una persona su “identidad” –es decir, su propia percepción de persona como ser individual, independiente y distinto de otros, capaz de tomar decisiones– y su “comunidad” –es decir, la percepción de ser parte de una red interconectada de individuos que cuidan de los otros–. Cuando las personas son despojadas de estas características de identidad y comunidad

sostiene que la invisibilización relacionada con la propiedad es siempre una violación de derechos humanos. Sin embargo, no toda violación de derechos humanos –y no toda limitación al derecho de propiedad– puede ser considerada como productora de una invisibilización. Así, el concepto de invisibilización ocasionada por el despojo de propiedad se construye a partir de cinco características: (i) se produce con la expropiación o destrucción de propiedad sin el pago de una compensación justa, al mismo tiempo que (ii) se produce un fenómeno de deshumanización (iii) por parte del Estado u otra fuerza prevalente en una sociedad, (iv) en contra de una comunidad que era o queda vulnerable y (v) dependiente del Estado para satisfacer sus necesidades (2007, p. 1432).⁷

Escenarios masivos de individuos y comunidades invisibilizadas pueden llevar a enfrentamientos violentos que, a su vez, aumentan los costos de transacción y la estabilidad política y económica. La probabilidad de ocurrencia de estos eventos está determinada por el número de grupos oprimidos, su reacción frente a la invisibilización, su capacidad de organización y su adaptación al estado de descontento (Atuahene, 2007, p. 1441).

Ahora bien, si la entidad del daño es distinta y la estrategia de justicia está llamada a enfrentar una serie de retos multifacéticos, la pregunta subsiguiente es si las normas de derecho privado ordinario pueden cumplir este reto, bien sea total o parcialmente. Al respecto, aun cuando tradicionalmente no se han percibido como un mecanismo de justicia transicional, los litigios civiles de responsabilidad extracontractual, o aquellos que pretenden la responsabilidad de propiedad despojada ilegítimamente, tienen la potencialidad de remediar abusos pasados y enfrentar la acción ilegal (O'Donnell, 2011, p. 50). Como lo expone Therese O'Donnell, en sociedades capitalistas centradas en el alto valor

pierden la capacidad de evocar sentimientos de compasión y empatía, y por ello pueden llegar a ser tratados como objetos (Haslam, 2006).

7 En este sentido, el desplazamiento y el despojo forzados que masivamente han ocurrido en Colombia calificarían perfectamente dentro de este esquema. Ello, pues las características de la invisibilización ocasionada por el despojo de propiedad puede decirse que opera en contextos masivos de violencia como los que dan lugar a la implementación de medidas de justicia en tiempos de transición.

económico y social de los derechos de propiedad privada la restitución puede tener un atractivo importante (p. 53). Adicionalmente, existe un creciente reconocimiento del derecho internacional de que la propiedad –especialmente los bienes culturales– que ha sido ilegítimamente expropiada debe retornar a sus legítimos propietarios (Kaye, 2006).⁸

De hecho, siguiendo estudios recientes, es posible defender la idea de que el derecho civil y sus principios no debían ser descartados como herramientas de reversión de injusticias ocurridas en contextos de conflicto.⁹ En primer lugar, un fallo dentro de un proceso civil puede tener un impacto significativo en la situación y en las vidas de aquellos que han sufrido las violaciones, al proporcionar remedios legales apropiados, es decir, al garantizar un mínimo de acceso a la justicia. En segundo lugar, con este acceso a la justicia y la consecuente asignación de responsabilidades, la justicia civil puede influenciar notablemente los modelos de comportamiento en una sociedad, y elevar las expectativas acerca de cuáles son las conductas aceptables y prevenir que se repita una conducta concreta, tanto por el sujeto que ha sido considerado responsable como por otros sujetos que actúan en circunstancias parecidas o se encuentran en situaciones similares. En tercer lugar, una ventaja significativa de las jurisdicciones civiles en muchos países es que pueden garantizar, muchas veces, la única alternativa posible de conocimiento de un caso.¹⁰ En cuarto lugar,

8 Esta idea ha sido recogida, por ejemplo, en los Principios de Washington sobre Obras de Arte confiscadas al Nazismo (*Washington Conference Principles on Nazi-Confiscated Art*), suscritos por 44 países en 1998, que buscan promover que los propietarios antes de la guerra denuncien los bienes perdidos para que se provea un mecanismo de restitución imparcial y expedito. Aun cuando existe debate sobre la eficacia de estos principios, los juicios adelantados para recuperar los bienes culturales expropiados por los nazis son un buen ejemplo de los desafíos que se presentan cuando se ejercen mecanismos de derecho civil como herramienta de justicia transicional. Como lo anota Kaye, los temas comunes que se presentan en el litigio sobre casos sobre bienes culturales incluyen: “(1) la identificación del objeto a ser recuperado; (2) la ubicación del objeto; (3) el sustento legal a partir del cual el reclamante exige la devolución; y (4) la aplicación de la regla de extinción de la acción” (1996, p. 26).

9 En esta descripción sigo de cerca los argumentos expuestos por la Comisión Internacional de Juristas (2008).

10 Así, incluso cuando las autoridades estatales son reticentes a la hora de adelantar procesos penales, es posible reclamar la responsa-

aun cuando el derecho civil no usa el lenguaje del derecho de los derechos humanos (y, por ejemplo, puede no clasificar el daño como “tortura”, “desplazamiento forzado”, etc.), las jurisdicciones civiles protegen intereses como la vida, la libertad, la dignidad, la integridad física y mental, y la propiedad. Finalmente, los procesos civiles pueden facilitar el acceso a la justicia y la reparación de las víctimas, pues los estándares de derecho penal podrían convertirse en exigencias muy elevadas en tiempos de transición. En contraste, a los efectos de la responsabilidad civil, es irrelevante si el civilmente obligado –por ejemplo, una sociedad mercantil– es o no un autor principal o accesorio. En general, todos los sujetos cuya conducta contribuya en mayor o menor medida al daño sufrido por otro pueden tener que asumir su responsabilidad civil, hayan o no instigado la situación, hayan causado de forma activa el daño o hayan ayudado al sujeto principal.

Además, la restitución de propiedades puede cumplir un rol muy importante en la reconstrucción de historias de vida individuales y colectivas. La literatura especializada sostiene que, al prometer recomponer el pasado, la restitución de propiedades representa un punto de partida muy importante: la instalación de un nuevo paradigma en las relaciones de propiedad (Atuahene, 2010). Con ello, la restitución puede ofrecer incontables posibilidades para la generación de agencia política, y tiene la capacidad de establecer la base para una forma de ciudadanía distinta, donde los individuos son considerados como miembros de comunidades y grupos (Fray y James, 2011, p. 43).

El profesor Esteban Restrepo llega a esta conclusión con base en la teoría de Nancy Fraser (2010, p. 296). Según Fraser, la justicia debe entenderse como un proyecto democrático radical que busca instaurar una paridad de participación y, por tanto, persigue dismantelar los obstáculos institucionalizados que impiden a algunos participar en igualdad con otros, como socios con pleno derecho en la interacción social (2008, p. 39). Esta noción de justicia se realiza en tres dimensiones: redistribución, reconocimiento y representación. Mientras que la primera es de orden económico y busca corregir injusticias como la explotación, la

bilidad legal civil en casos de violación y de presunta complicidad de actores económicos.

marginalización económica y la privación de los bienes materiales necesarios para hacer efectivo el mínimo vital (1997, p. 21), la segunda dimensión es de orden cultural o simbólico y busca erradicar injusticias tales como la dominación cultural, la falta de reconocimiento y el irrespeto cultural (p. 22). Finalmente, la justicia como representación es de naturaleza política y se refiere a las injusticias derivadas de la exclusión que suelen afectar a ciertas personas y grupos sociales de la pertenencia a cierta comunidad política y de los procedimientos para establecer las reglas de decisión dentro de la misma (2008, p. 41).

Pero, como se desprende del estudio teórico y comparado realizado en la primera parte de este libro, para que la restitución de tierras pueda alcanzar este propósito trivalente de justicia debe ser entendida más allá de la resolución formal de las peticiones de restitución. Si bien la formalización de la tierra es una tarea importante, esta no constituye la etapa final del camino sino, más bien, el inicio de un intrincado y complejo proceso de reconstrucción comunitaria (Uprimny y Sánchez, 2010, p. 15).¹¹ La experiencia internacional ha demostrado que dicho proceso tiende a presentar enormes desafíos desde el punto de vista del desarrollo económico, social y político.

En tal sentido, la posible contribución de los instrumentos de justicia civil a los fines de la transición no puede ser sobrevalorada. Dos cuestiones sustentan esta afirmación. En primer lugar, las potencialidades del derecho privado para alcanzar ciertos objetivos más generales de democratización y reconciliación no pueden exagerarse. Es decir, se debe evitar sobrecargar de objetivos y expectativas a los mecanismos de derecho civil. Como sugiere De Greiff, cada uno de los mecanismos de transición que implemente una sociedad debería tener unos objetivos definidos, pero modestos (2009; 2011), que se articulen y se potencien con otros

11 Sobre este punto, hemos defendido que para contribuir efectivamente a los objetivos de una justicia de transición en Colombia, una política de restitución de tierras debería ser vista no solo en clave de justicia correctiva, sino como un mecanismo que ayude a tender puentes con instrumentos de justicia distributiva que contrarresten la inequidad en la propiedad de la tierra y, al mismo tiempo, como una política que permita un proceso de reasentamiento, reconstrucción de lazos sociales y de explotación productiva de los predios restituidos, con políticas fuertes de apoyo posrestitución y una modificación del modelo de desarrollo rural actual (Uprimny y Sánchez, 2010, p. 21).

mecanismos. Así las cosas, si bien los procesos judiciales de restitución, por ejemplo, deberían hacer contribuciones a la verdad y al esclarecimiento del despojo masivo, no se puede pretender que las decisiones judiciales reconstruyan el mapa del despojo o que sustituyan una eventual comisión de la verdad.

En segundo lugar, el hecho de reconocer que los principios y mecanismos del derecho privado tienen potencialidades para facilitar los derechos de las víctimas no puede hacer olvidar que, en tiempos de transición, estos sistemas enfrentarán los desafíos y limitaciones de cualquier sistema judicial: falta de capacidad para atender la masividad de la problemática, contextos socio-culturales de desapego de las normas, problemas de corrupción derivados del conflicto o la represión, etc. En otras palabras, no es posible pensar que simplemente se puede recurrir al sistema ordinario de justicia civil como fórmula mágica para permitir la transición, o parte de esta. Por ende, es necesario repensar estas potencialidades, desafíos y limitaciones para que puedan ser adaptadas a las necesidades de la transición, maximizando las potencialidades y reduciendo las limitaciones. De esto se trata, en últimas, la tarea de pensar en el diseño de un sistema de justicia civil transicional.

La adaptación de este sistema normativo a las condiciones especiales que derivan de un contexto de despojo masivo violento debe considerar entonces cuatro características específicas de los fundamentos y funcionamientos del sistema: los principios fundacionales, los alcances sustantivos de los derechos, las reglas procesales y de administración de los casos, y las reglas sobre pruebas.

En materia de principios, como todos los sistemas normativos, el derecho civil se asienta en una serie de presupuestos y expectativas. Estos presupuestos se expresan en principios y dan lugar a las presunciones generales de aplicación y de interpretación de las normas. Fundamentalmente, la legislación civil parte del supuesto de que personas libres interactúan entre ellas y con relación a las cosas en un ambiente libre y justo. Dos principios cardinales se desprenden de esta ficción jurídica: la autonomía privada de la voluntad y el orden público justo.

El carácter libertario e individualista que inspira los sistemas de derecho civil parte de la base de que los sujetos deben ser, en

general, libres para autorregularse.¹² Es así como la teoría de la autonomía de la voluntad no se limita a la exaltación de la voluntad soberana como creadora de relaciones jurídicas, sino que estipula, además, que esa voluntad no debe restringirse más que por motivos imperiosos de orden público y que tales restricciones deben reducirse a su mínima expresión. El principio de la autonomía de la voluntad tiene un papel preponderante, que aplicado se traduce en diversas consecuencias: i) en virtud de este, las partes son libres de contratar y, por lo tanto, la negativa de un contratante a no celebrar el contrato no puede traerle ninguna consecuencia jurídica; ii) las partes, al contratar, son libres de discutir las condiciones del contrato, sin más límites que el orden público y las buenas costumbres; iii) en presencia de una cláusula oscura de un contrato, si se trata de interpretarlo, hay que recurrir a la intención de los contratantes; iv) las partes tienen la libertad para expresar su voluntad en la forma en que deseen, ya sea expresa o tácita; aun el propio silencio puede constituir una manifestación de voluntad; v) el contrato, una vez celebrado, sólo podría dejarse sin efecto por el acuerdo de los contratantes y por causas legales, que se establecen en forma excepcional.

La presunción general de la autonomía privada de la voluntad se articula con otros principios y características determinantes del derecho privado. Por ejemplo, la capacidad –o aptitud para ser titular de derechos y obligaciones–, la protección y regulación de las formas de declaración de la voluntad, y la presunción de la buena fe subjetiva, entre otras. Estos principios tienen un elemento común: el supuesto de un contexto pacífico y libre de vicios en donde por regla general existe una libre circulación

12 En el caso colombiano, la Corte Constitucional ha sostenido que si bien “no existe una norma en la Constitución que contemple en forma específica [el concepto de autonomía privada de la voluntad], ella se deduce de los artículos 13 y 16, que consagran la libertad y el libre desarrollo de la personalidad, respectivamente, los que sirven de sustento para afirmar que se ha de reconocer a las personas la posibilidad de que obren según su voluntad, siempre y cuando no atenten contra el orden jurídico y los derechos de los demás. Adicionalmente, se encuentra una serie de normas constitucionales garantes de ciertos derechos, cuyo ejercicio supone la autonomía de la voluntad; tal es el caso del derecho a la personalidad jurídica (art. 14), el derecho a asociarse (art. 38), a celebrar el contrato de matrimonio (art. 42) y los lineamientos de tipo económico que traza el artículo 333” (cfr. Sala Plena. Sentencia C-660 de 1996. M. P. Carlos Gaviria Díaz).

de bienes y las decisiones son tomadas de manera consciente y libre de vicios.

En la medida en que este orden pacífico y justo es presumido, la consecuencia principal de la aplicación de la teoría de la autonomía privada de la libertad es la restricción de la actividad estatal, la cual debe ser mínima. El rol del Estado debe estar orientado a otorgar validez y eficacia a los contratos, brindar seguridad jurídica a las partes contratantes, garantizar el cumplimiento de los contratos –otorgando acciones legales en caso de incumplimiento–, respetar los acuerdos contractuales y reducir los costos para contratar. Por ello, las leyes que rigen los contratos son supletorias de la voluntad de los contratantes, aplicándose sólo en el caso de silencio.

La segunda ficción general que asume el derecho civil es que, si bien la interacción individual busca el bienestar personal y la ganancia, las relaciones privadas se sostienen en un orden general medianamente justo y equitativo. De allí que la autonomía individual sea admitida de manera general, pero con restricciones: es admisible siempre que no contraríe disposiciones imperativas de la ley, comúnmente conocidas como normas de orden público.¹³ La moralidad del orden social, y el anhelo de justicia, en el que se inscribe el derecho civil se denota asimismo en conceptos y principios tales como las buenas costumbres, la teoría del abuso de derechos, la prohibición del enriquecimiento sin causa, y en estándares de conducta como las del “buen hombre de negocios” o el “buen padre de familia”.¹⁴

13 Para el tratadista Julliot de la Morandière, la función del concepto de orden público es realizar un equilibrio entre las libertades públicas: “Al lado de la libertad, el legislador debe aspirar a que impere el orden, que consiste en el mantenimiento del equilibrio entre las diferentes libertades individuales. La idea del orden público equivale a la idea de orden, concebido como ‘equilibrio entre las diferentes voluntades individuales’, ya que los individuos han enajenado su libertad en interés común y de sus libertades respectivas” (en Monroy Cabra, 1990, p. 398).

14 La Corte Constitucional ha expresado que en el ordenamiento colombiano, específicamente “[e]n el Código Civil colombiano de 1887 se consagraron tanto la visión voluntarista imperante, como los límites a la autonomía de la voluntad que por entonces se aceptaban: el orden público y las buenas costumbres; prueba de ello son, entre otros, los artículos 16, 1151, 1518, 1524 y 1532. Se puede decir, entonces, que la institución mencionada, aunque limitada, adquirió un lugar preponderante y fundamental dentro del sistema” (cfr. Sala

Evidentemente, en contextos de violencia sistemática, como son las épocas de conflicto armado e incluso de posconflicto, es necesario visitar estos principios fundamentales para reconfigurarlos con el orden imperante y con la necesidad social de sobrepasar dicha situación. Ello es necesario pues a partir de estas ficciones se generan todos los mecanismos y estándares regulatorios que concretamente serán aplicados en la resolución de conflictos, tanto en los aspectos sustantivos como procedimentales.¹⁵

Ahora bien, como la justicia transicional se fundamenta en una faceta tanto correctiva como prospectiva, la tarea no es alterar la fundamentación del derecho civil, sino más bien reconstituirlo para generar, a partir de su aplicación temporalmente adaptada, un horizonte de orden justo y equitativo en donde impera la voluntad libre. Es decir, en tiempos de transición, la implementación del derecho civil y sus principios no debe ser ciega al contexto general que enfrenta, tanto en las limitaciones fácticas que puede tener su aplicación como en las consecuencias contextuales que pueden afectar su aplicación dogmática. Las presunciones o ficciones generales que se establezcan para facilitar la regulación de las relaciones sociales deberán entonces confrontarse con la realidad y, en caso necesario, ceder ante los imperativos específicos del contexto. A su vez, en cualquier contexto, la aplicación del derecho –público y privado– tiene el objetivo final de garantizar en una sociedad la paz, la seguridad y la estabilidad públicas. En consecuencia, la ponderación concreta de la aplicación o no de las ficciones deberá hacerse con base en estos principios.

Complementariamente, la aplicación de estos principios debe tener en cuenta la visión prospectiva de esta justicia y sus

Plena. Sentencia C-660 de 1996. M. P. Carlos Gaviria Díaz).

15 Por ejemplo, para el caso colombiano, Yamile Salinas ha identificado que figuras normativas desarrolladas en virtud de estas ficciones –que en tiempos de paz podrían operar de manera adecuada–, resultan desvirtuadas en tiempos de violencia masiva, a tal punto que pueden convertirse en vehículos de despojo. Según esta autora, “No obstante la exigencia de justo título, el Código Civil de 1887 admite figuras que se contraponen a él, tales como la venta de cosa ajena –seudotradición (art. 1871, C. Civil); la simulación– incluido el testaferrato (art. 1776, C. Civil); la lesión enorme, independientemente de que sea producto de violencia moral, de un estado de necesidad o inducid[as] dolosamente por la contraparte que se beneficia y la posesión inscrita o falsa tradición” (Salinas, 2010).

objetivos generales de reconfiguración de un orden justo y democrático. Es por ello que la vocación de la aplicación de las normas durante la fase de restitución de derechos y recomposición de relaciones jurídicas y sociales debe tener como telón de fondo un corte claro con las injusticias pasadas y un compromiso de reconstrucción de cara al futuro.

Así las cosas, para aprovechar las potencialidades de la justicia civil como un mecanismo que pueda contribuir con los objetivos de la transición se debe empezar por una reinterpretación de los principios más básicos de este sistema normativo para readecuarlos –mas no reemplazarlos– en tiempos de transición. Esto no quiere decir, en todo caso, que todos los principios de derecho privado o de derecho procesal civil son *per se* contrarios al ideario que pretende la implementación de las medidas de transición.

Principios como los de acceso a la justicia, debido proceso, celeridad y economía procesal pueden ser compatibles con las necesidades y objetivos de la justicia transicional. Esta compatibilidad no es en todo caso predicable de manera general. En algunas circunstancias, la implementación de estos principios requerirá en la práctica un estudio de su complementariedad con otros principios y, en otras, requerirá su ponderación concreta.

Un ejemplo puede ayudar en la comprensión de este argumento: bajo una interpretación clásica, el acceso a la justicia se entiende como el derecho a obtener una resolución sobre el fondo de la solicitud dirigida al órgano judicial; es decir, el juez ha de pronunciarse sobre lo que pide el actor, y la resolución sobre el fondo, en todo caso, ha de estar provista de una motivación congruente y razonable. Lo primero significa que la decisión ha de responder tanto a lo pedido por el actor como a los fundamentos de su petición; la razonabilidad implica que la decisión ha de fundarse en cánones de interpretación y aplicación de las leyes generalmente aceptados por la jurisprudencia, por la doctrina y por los escenarios académicos, quedando de esta forma proscrita la utilización de criterios extravagantes por su desconexión con la realidad del proceso.

Esta concepción, sin embargo, debe ser complementada, si se quiere potenciar algunos objetivos deseables en un proceso de transición democrática. Así, el acceso a la justicia puede

fortalecerse, por ejemplo, para dar cabida y voz a las víctimas dentro del proceso y no ser simplemente visto como el derecho de una “parte” a obtener una decisión. Dentro de la vocación correctiva de una injusticia generalizada, el acceso a la justicia debería ser entendido no solamente como una herramienta para que las partes obtengan un pronunciamiento definitivo sobre el objeto litigioso, sino como una garantía de que la autoridad judicial protegerá el derecho controvertido y asegurará su realización, ya fuere en contra del Estado o de los particulares.

En este mismo sentido, la preponderancia de la justicia material, el impulso oficioso, la informalidad, el *in dubio pro víctima*, el enfoque diferencial, entre otros, deberán entrar a jugar como determinadores específicos en la aplicación de otros principios como los de contradicción, legalidad de la sentencia, cosa juzgada, justicia rogada, etc. El ejercicio de ponderación dependerá del caso, de acuerdo con las herramientas y metodologías de interpretación judicial aceptadas, pero deberá hacerse teniendo en cuenta que el objetivo final es maximizar el ejercicio de aplicación de justicia para garantizar un ideario de justicia individual, y, al mismo tiempo, una contribución modesta, pero efectiva, con los objetivos finales de la política.

En este sentido, la acción de restitución en el proceso colombiano fue creada a partir de una serie de fuentes normativas que buscan de diversa manera contribuir a responder a las necesidades del difícil contexto del país. Dichas fuentes incluyen las normas y principios constitucionales (aquellas efectivamente establecidas por el constituyente colombiano, así como las derivadas en virtud del bloque de constitucionalidad); las normas legales especiales (como la Ley 1448 y los decretos leyes étnicos); remisiones específicas a normas de derecho común (como al civil, agrario, ambiental); remisiones a conceptos abiertos establecidos por la doctrina del derecho común u ordinario, y reglamentos operativos a partir de decretos y resoluciones. Además, por expresa disposición normativa, el proceso especial de la acción de restitución de tierras se enmarca dentro del paradigma de la justicia transicional. Los artículos 1 y 8 de la Ley 1448 de 2010 determinan que los procesos judiciales y administrativos creados en virtud de dicha Ley deben ser diseñados e implementados “dentro del marco de la justicia transicional”.

Si bien la Carta constitucional originalmente adoptada en 1991 no se refería expresamente al concepto de justicia transicional o justicia de transición,¹⁶ fue sustentado por la jurisprudencia constitucional en disposiciones normativas específicas de la Carta Política, y ahondado en su tratamiento en cuestiones tales como su definición, su aplicabilidad en situaciones concretas, y en el rol de las autoridades judiciales, legislativas y administrativas en tanto la resolución de sus tensiones inherentes. Incluso, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha reiterado que la tensión entre objetivos de la justicia transicional y otros principios normativos debe ser resuelta con base en ciertos principios. El primer principio resaltado por la Corte es el de la *flexibilidad* en la aplicación de ciertos estándares de implementación de justicia.¹⁷ El segundo principio, derivado del anterior, es el *reconocimiento* de una amplia configuración por parte del legislador en el diseño de mecanismos de transición. Ello, sin embargo, no significa que esta amplia competencia del legislador carezca de límites constitucionales. De esta limitación emana el tercer principio desarrollado por la Corte. La transición y la búsqueda de la paz no autoriza cualquier tipo de solución política o jurídica, y, por ende, la *resolución* de las tensiones entre principios tiene unos límites básicos. El cuarto principio se refiere al *rol de las autoridades judiciales* en la implementación de los mecanismos de transición. Allí, la Corte ha opinado que cuando se presenten las tensiones inherentes a los principios que pretenden los procesos de transición se debe “aplicar el método de la *ponderación*, es decir, (...) sopesar los derechos constitucionales que se encuentran en colisión, en aras de alcanzar una armonización entre ellos, de ser posible, o de definir cuál ha de prevalecer”.¹⁸ Esto involucra conocer los límites que es-

16 Algo que se modificó mediante el Acto Legislativo 01 de 2011. Ver Sánchez e Ibáñez (2014).

17 En palabras de la Corte, “la necesidad de celebrar acuerdos políticos de reconciliación con amplios grupos sociales exige cierta flexibilidad a la hora de aplicar los principios que dominan el ejercicio de la función judicial. Se aceptan con ciertas restricciones amnistías, indultos, rebajas de penas o mecanismos de administración judicial más rápidos que los ordinarios, que propicien el pronto abandono de las armas o de los atropellos, como mecanismos que facilitan la recuperación de la armonía social” (Corte Constitucional. Sentencia C-370 de 2006).

18 *Ibid.*

tablece el derecho internacional de los derechos humanos, como fuente importante de la normativa de la justicia transicional, pues a partir de ellos, según la Corte, “[c]ompete al juez constitucional identificar tales límites y hacerlos respetar, sin sacrificar ninguno de los elementos constitucionales en tensión y sin sustituir al legislador en el ejercicio de las competencias que le son propias”.¹⁹

Con base en esta línea jurisprudencial reiterada es posible resaltar tres elementos que ayudan a enfrentar los cuestionamientos prácticos respecto de las posibles dicotomías entre formalidad procesal y la garantía de derechos fundamentales. Estos elementos son: la centralidad de los derechos de las víctimas no solo como fundamentales sino como uno de los pilares de la Constitución, el principio de flexibilidad y el deber de ponderación del operador jurídico.

El modelo de transición, como lo entiende la Corte Constitucional, dentro del difícil contexto que vive el país, debe tener opciones que permitan avanzar los procesos de reconocimiento de derechos de las víctimas. Esto incluye, de manera concreta, mecanismos judiciales que, más allá de la formalidad, atiendan a la realidad de las víctimas y que se esfuercen por garantizarles justicia. Así, si bien el reconocimiento de un deber de flexibilidad no significa un llamado a la falta de sustentación jurídica, o a la impartición de justicia separada de los preceptos normativos, uno de sus principios fundamentales sí es que las formalidades procesales dentro de los procesos transicionales sean mínimas.

En consecuencia, la restitución es entendida en el contexto colombiano como una acción *sui generis* que no puede ser catalogada como una norma completamente excepcional en el marco jurídico (es decir que no deba integrarse a los principios globales del propio sistema), pero tampoco puede ser encasillada dentro de las acciones comunes u ordinarias conocidas en el país. En esa medida, una característica central de la acción de restitución de tierras es que no solo busca dirimir conflictos sobre la titularidad de los predios, sino que mediante esta aclaración de derechos, contribuye a la promoción de los derechos de las víctimas, como un requisito para alcanzar la paz y la reconciliación. Debe tenerse en cuenta, en este escenario, que la contribución a la reafirmación

19 *Ibid.*

de estos derechos debe ser un horizonte de acción, pero no se puede esperar que la acción de restitución por sí sola logre la reafirmación total de los derechos en cuestión. Es precisamente por esta razón que la acción de restitución tiene que pensarse como un elemento dentro de un sistema integrado y complementario.

Normas sustanciales y su reinterpretación conceptual

En una sociedad como la colombiana, los distintos enfoques de protección jurídica sobre la tierra hacen, de entrada, que las normas sustantivas que deban ser aplicadas para la regulación de la restitución pertenezcan a distintos órdenes. En el capítulo anterior señalé que el régimen constitucional colombiano se ha adscrito a los cinco modelos normativos desarrollados en la parte teórica de esta investigación. La pregunta resultante, entonces, es si todos ellos siguen vigentes en el contexto de transición y, en caso contrario, cuáles lo hacen, por qué y bajo qué condiciones permanecen vigentes. Adicionalmente, en caso de que más de uno de ellos continúe vigente, la teoría normativa debe responder cómo deberían resolverse los conflictos resultantes de su aplicación.

En cuanto a este punto, el esquema desarrollado por la acción de restitución colombiana parte de dos postulados. Por un lado, el proceso de transición no cancela *prima facie* ninguno de estos órdenes normativos. Es decir, en dicho proceso siguen vigentes las normas de derecho civil y la legislación agraria, ambiental, indígena y administrativa regulatoria. Por otro lado, la ley, al basarse en una intervención restitutiva, usa como eje decisional los conceptos sustantivos de la relación con la tierra que determina el derecho civil y el agrario, pero sin crear una supremacía *per se* que obre como regla general de decisión de controversias.

Así, si bien la propiedad privada (civil y agraria) sigue siendo objeto de protección y, de hecho, la intención de la ley es la protección de la propiedad (específicamente aquella que fue despojada), el modelo no adopta una interpretación absolutista de dicho derecho. Justificar esta reinterpretación y armonización sustantiva es el segundo paso de la teoría normativa.

Como se detalló en el tercer capítulo de este libro, la visión tradicional de la propiedad se sustenta en dos propósitos centrales: garantizar la autonomía del individuo y la creación de un sistema

eficiente de intercambio de la propiedad. Así, estas características hacen posible establecer y mantener un sistema que otorga autonomía al individuo para hacer lo que quiera con la tierra que posee y estar en capacidad de hacer transacciones, con una intromisión mínima del Estado. Además, en este sistema, las propiedades pueden ser transferidas libremente, de tal manera que se promueve la situación más eficiente. Los actores pueden invertir en bienes con cierta certeza de que, como dueños, nadie podrá tomar arbitrariamente su propiedad. Cuando funciona de manera perfecta, la transferencia de propiedades resultará en una situación en la cual las personas que más valoran la propiedad serán quienes la obtengan y tendrán la libertad para usarla como quieran.

En la cultura y práctica jurídicas de muchas sociedades, esta concepción tradicional se ha sacralizado, a pesar de que por varios siglos han surgido movimientos alineados con el antiformalismo que han impactado ampliamente en la concepción de los derechos relacionados con la propiedad, dando lugar a trascendentales cambios normativos, jurisprudenciales y doctrinarios. La práctica jurídica colombiana no es excepción en este sentido, pues a pesar de tener una normatividad alejada de una concepción tradicional totalitaria, existe una amplia creencia de que el sistema opera con base en la rigidez de las características o atributos de la propiedad.

No obstante, en los países en transición o posconflicto, frecuentemente existen injusticias radicales sobre la actual forma de posesión de propiedad, especialmente en cuanto a la tenencia de la tierra, lo cual, a su vez, comúnmente genera un amplio descontento social y desconfianza en las instituciones. Es por ello que un sistema de garantía de la propiedad en tales condiciones no solo debe abogar por asegurar la protección de quienes actualmente ostentan los derechos de propiedad, sino también por rectificar injusticias pasadas y crear un sistema legítimo y justo de propiedad que promueva la estabilidad. En este escenario, adoptar una visión absoluta de los derechos de los actuales propietarios, y de las características de propiedad, puede resultar no solo injusto sino, además, ineficiente.

En consecuencia, incluso quienes en circunstancias ordinarias se opondrían a una intervención del Estado en el mercado de tierras, aceptan que en tales contextos se requiere un

involucramiento estatal. Sin embargo, una intervención estatal en el sistema de tenencia de la tierra basada en el concepto tradicional absoluto de propiedad podría causar aún más daño que una completa falta de acción estatal. Una reforma que favorece a quienes actualmente poseen los títulos, o que recompone títulos anteriormente inequitativos o ilegítimos, puede aumentar las injusticias, crear condiciones para contrarreacciones y, en últimas, amenazar la estabilidad. Además, la implementación radical de una visión rígida de la propiedad puede llevar a que la redistribución sea demasiado cara y no realista, como actualmente sucede en Namibia y Sudáfrica. Allí se adoptó una posición rígida mediante la cual se decretó que la modificación de títulos de propiedad podía ser realizada solamente a partir de la expropiación estatal tras el pago de una compensación por la tierra a precios del mercado. Dicha compensación quedó a cargo de los respectivos Estados, con lo cual, por un lado, no se han alcanzado los objetivos de cobertura por falta de presupuesto y, por el otro, existe un gran desconcierto porque la sociedad percibe las compensaciones como injustas (Atuahene, 2010; Hall, 2011).

Frente a estos objetivos amplios de recomposición de las relaciones sociales y de creación de un sistema nuevo, legítimo y confiable de regulación de las relaciones de propiedad, incluso una postura flexible de los atributos de la propiedad podría quedar corta en tiempos de transición. Es por ello que con el propósito de hacer un adecuado balance entre derechos, buscar una resolución justa y calmar la agitación política, Atuahene introduce el concepto de *propiedad transformadora*, como un mecanismo para suavizar las reglas de interpretación de los atributos de la propiedad para estratégicamente facilitar la redistribución de derechos de propiedad, de manera tal que se promueva la igualdad, se eviten las contrarreacciones destructivas y, en largo plazo, se aumente la eficiencia del sistema de propiedad. El propósito central de la visión transformadora de la propiedad es encontrar el balance entre defender derechos tradicionales del dueño de una propiedad y los derechos de los desposeídos para facilitar el acceso democrático a la tierra. Si el Estado protege solo los derechos de propiedad de quienes ya son titulares de tierra e ignora los de los ciudadanos más vulnerables, pregunta Atuahene, ¿quién puede decir que se está respetando el derecho de propiedad?

Para alcanzar el objetivo de crear y mantener un sistema justo para quienes han sido desposeídos, quienes ostentan la titularidad actual y quienes nunca han accedido a un mínimo de propiedad, Atuahene enumera algunas obligaciones del Estado. Primero, bajo una visión transformadora, habría que empezar por distinguir entre la tierra que constituye la residencia primaria de una persona y tierras destinadas para otros usos (una distinción que no existe en la visión tradicional). Como ha sido anotado, una noción amplia de autonomía requiere que todos los miembros de la sociedad puedan estar en capacidad de alcanzar una cantidad mínima de propiedad que les permita establecer un hogar; así, no sería admisible un sistema de propiedad en donde cualquier pedazo de tierra tiene la misma protección. Segundo, el Estado debe proteger los derechos de propiedad de los desposeídos al mismo nivel que protege a los dueños actuales, algo que no es obligación del Estado en el concepto tradicional, pues allí se favorece a los titulares (en virtud de ello, por ejemplo, modelos de restitución en distintos países otorgan compensaciones a los desposeídos por debajo del valor de la tierra desposeída). La visión transformadora de la propiedad busca mitigar una asimetría de poder, no solo al proteger los derechos de titulares actuales, sino también al defender los derechos de los desposeídos (bien sea porque tuvieron y fueron injustamente desposeídos o porque históricamente no han poseído un mínimo de propiedad). Tercero, el Estado debe hacer respetar sus obligaciones a los titulares de derechos (la visión tradicional solo se enfoca en los derechos de los dueños de la tierra). Finalmente, en el concepto tradicional, la carga de la prueba recae en los terceros, con lo cual los intereses de los dueños prevalecen si estos no prueban lo contrario. Bajo la visión transformadora, no hay una carga automática de la prueba en los terceros, sino más bien se exige al dueño probar que no se justifica una modificación al régimen de su tierra que facilite una reforma que dé legitimidad al sistema de tierras.

Adicionalmente, en lugar de entender intervención estatal como una distorsión de un mercado donde la tierra fue adquirida a través del esfuerzo personal, en la concepción transformadora, el Estado reconoce que el actual sistema de tierras injusto fue por su acción o falta de esta en el pasado, y por eso quiere crear una política para rectificar ese pasado.

Ahora bien, la visión transformadora de la propiedad no pretende sugerir la pérdida completa de los derechos asociados con la propiedad privada o autorizar una intervención estatal ilimitada. Atuahene señala algunos límites a dicha intervención en la implementación de una visión de este tipo. En primer lugar, enfatiza que el Estado solo debe intervenir cuando exista una amenaza *real* de contrarreacción. En segundo lugar, sugiere que la intervención estatal estaría justificada solamente por una vez. En tercer lugar, la autora señala que en la política debería dar prioridad a las injusticias que tienen una posición más relevante en la memoria colectiva de la población actual, y cuyos efectos hoy continúan. Esto es particularmente relevante en países donde ha habido una serie de desposesiones o de distribución injusta de tierras de manera histórica (Atuahene, 2004). Finalmente, la autora acepta que la restitución no debería ejecutarse, si al hacerlo pudiera llegar a causar más injusticias de las que resuelve.

Esta construcción teórica resulta muy apropiada para el esquema de justicia transicional civil propuesto en este texto, pues confluye con la idea de la reparación con vocación transformadora establecida por la Ley 1448 (artículo 25). En teoría, en contextos transicionales de sociedades “bien desorganizadas”, dicha idea es un esfuerzo por armonizar el deber estatal de reparar a las víctimas con consideraciones de justicia distributiva. Este concepto está entonces basado en dos ideas principales. La primera es que el propósito de la reparación de violaciones masivas de derechos humanos en sociedades desiguales no debería ser restaurar a las víctimas pobres a su situación previa de precariedad material y de discriminación sino “transformar” esas circunstancias, que pudieron ser una de las causas del conflicto y que en todo caso son injustas. En ese sentido, las reparaciones en estos contextos transicionales deberían ser comprendidas no sólo como un instrumento para saldar cuentas con una injusticia que ocurrió en el pasado sino como una oportunidad de impulsar un mejor futuro. Deberíamos verlas como una oportunidad, modesta pero no despreciable, de avanzar hacia una sociedad más justa y de superar situaciones de exclusión y desigualdad que resultan contrarias a principios básicos de justicia distributiva. La segunda radica en que el alcance de los programas de reparación tiene que estar fundado, obviamente, en criterios de justicia correctiva, puesto que se trata de enfrentar

el sufrimiento de las víctimas, pero que debe también responder a consideraciones de justicia distributiva (Uprimny, 2009; Sánchez y Uprimny, 2010; Uprimny y Saffon, 2009).

La filosofía de estas teorías ayuda entonces a comprender de una mejor manera la visión sustantiva de la propiedad que mejor privilegia la implementación de una estrategia de justicia transicional civil. Para alcanzar el objetivo transformador de la reparación y reconfiguración de las relaciones sociales, es necesario usar de manera creativa los atributos de la propiedad y tener en cuenta las posibilidades de su flexibilización en la aplicación para promover escenarios de decisión que sean acordes con los objetivos globales de la política de restitución. La forma de interpretar estos contenidos sustantivos puede llevar al fracaso de la estrategia, si las normas se implementan con base en una visión rígida tradicional, e incluso podría tener limitaciones si las posibilidades de flexibilidad no se maximizan en casos concretos. A nivel de principios, las propuestas de reparaciones transformadoras y de concepción transformadora de la propiedad pueden resultar marcos metodológicos de guía para orientar la labor judicial. Una tarea de implementación que se justifica no solo ética sino normativamente a partir del mandato expreso del artículo 25 de la Ley 1448.

Adicionalmente, el sistema constitucional y legal colombiano adhiere a las teorías modernas sobre el derecho de propiedad, en la medida en que (i) acepta limitaciones del derecho de propiedad con el fin de promover determinados valores sociales y colectivos, y (ii) reconoce el carácter fundamental de la restitución de propiedades como una obligación jurídica prioritaria por parte del Estado. Este marco normativo no solo complementa y guía la interpretación de las normas de restitución de la Ley 1448, sino que además sienta bases normativas para la aplicación en la práctica de las doctrinas de la vocación transformadora de las reparaciones y la concepción transformadora de la propiedad.

Esto tiene, en la práctica, dos implicaciones fundamentales. La primera es la vocación de la ley de interpretar el concepto sustantivo de propiedad, posesión u ocupación con base en la realidad y no en las formalidades. Por ejemplo, asumir que una persona que ocupaba un predio con vocación productiva con el ánimo de ser adjudicatario, pero que dicho proceso se truncó por acción

de la violencia, no lo devuelve a su estado precario, sino que el proceso privilegiará la materialidad de la relación sobre la tierra y, por tanto, su predio se restituirá formalizado como propietario adjudicatario.

La segunda implicación es que la expectativa de restitución no es absoluta pues las relaciones de propiedad con un determinado predio pueden verse limitadas por otro tipo de regulaciones, que en el caso concreto deberían primar sobre la restitución material del predio; por ejemplo, un explotador de un predio que no tuviera clara su destinación en el momento antes del despojo, pero que con el paso del tiempo se hubiere determinado un uso priorizado como el reconocimiento de derechos étnico-territoriales a una comunidad indígena o afrodescendiente. En tal caso, si bien puede existir una solución que proteja dicha relación, la consecuencia no necesariamente sería la restitución (podría llegar a ser la compensación o la indemnización). Otro caso es el de saneamiento y clarificación del límite entre predios objetos de apropiación privada y bienes públicos. Pese a que existen restricciones a la propiedad de ciertas áreas (especialmente protegidas por cuestiones de conservación, como las áreas de la riberas de ríos y caños), los propietarios y poseedores rurales han considerado tradicionalmente que sus tierras incluyen el uso privado de tales áreas. Así, el ejercicio de la acción de restitución limita la expectativa de dicha propiedad y clarifica el terreno que realmente puede ser considerado como objeto de apropiación privada y excluye y protege aquellos que no pueden serlo.

Normas procesales y probatorias

La recomposición del orden jurídico, social y político, que es en últimas el propósito fundamental de la implementación de una estrategia de justicia transicional, descansa fuertemente en la adjudicación de los casos sometidos a conocimiento de las autoridades judiciales. El éxito de la estrategia de justicia depende entonces del número de casos decididos y del grado de corrección jurídica y ética que perciba la sociedad en su conjunto sobre dichas decisiones, lo cual incluye a las víctimas de las violaciones. Para que esto ocurra es preciso que el modelo de justicia adopte reglas procesales y probatorias que atiendan a las necesidades específicas de su contexto.

Así, dentro del marco de su vocación transicional, la restitución de tierras debe ser entendida como una estrategia de justicia y no como un simple procedimiento administrativo o judicial. Una política de Estado en materia de justicia requiere una orientación específica y planificada, que aborde los problemas identificados e implemente los mecanismos más efectivos y adecuados para resolver de manera integral el problema de política y sus consecuencias. La restitución de tierras debe ser considerada entonces como una política de Estado y no como la solución judicial de unos conflictos aislados.

En materia procesal, una consecuencia fundamental de la implementación del enfoque transicional en la restitución de tierras, que a su vez distingue esta acción de restitución colombiana de la tradición de los procesos judiciales de aclaración de propiedad privada, es el hecho de que el proceso es tanto administrativo como judicial (naturaleza mixta). Las dos etapas del proceso tienen una función específica, con una identidad definida y son complementarias. Entender su función es prioritario a efectos de hacer el mejor uso posible de cada una de ellas, evitando vacíos y repeticiones. A grandes rasgos se puede afirmar que en la etapa administrativa se hace un reconocimiento expreso de los predios que fueron objeto de despojo, mientras en la judicial se establece si quien aduce ser víctima del despojo tenía una relación con dicho predio y cuál era.

Una segunda característica, derivada de la anterior, es que esa idea de administración concentrada del proceso (único con dos etapas y no un proceso administrativo con control judicial) se lleva bajo la dirección estratégica del Ejecutivo como coordinador y dinamizador de la política de restitución e intervención en tierras. Esto quiere decir que el Ejecutivo, a través de su institucionalidad, tiene el mapa general de la aplicación de la política y es el encargado de darle direccionamiento estratégico al proceso. Para esto fueron creadas una institucionalidad específica y herramientas concretas como la del registro de predios. Con esto se busca que exista un poder de planeación, coordinación y seguimiento al proceso global y que la ruta de entrada de los casos tenga una tramitación estratégica ordenada.

Una tercera característica es que la lógica del proceso está orientada hacia un desarrollo administrativo fuerte y una etapa judicial clarificadora de derechos que se beneficia de esta

actividad administrativa. Así las cosas, el diseño de la ley no está centrado en que el debate judicial sea el principal protagonista de la acción, sino un coadyuvante a una estrategia más amplia. Por ejemplo, el sistema parte del reconocimiento de la informalidad en la tenencia de la tierra como un fenómeno general y, por tanto, la actividad administrativa de restitución va de la mano de un proceso de formalización masiva. Así, el Estado debe encargarse de producir la información necesaria para garantizar los derechos, actualizar los catastros y registros, esclarecer las tenencias y derechos para, a partir de este proceso, solicitar luego a la judicatura que reconozca derechos –con mérito judicial de certeza– sobre toda esta actividad previa. El modelo no se basa en la idea de que esta actividad institucional, administrativa y probatoria se haga en el proceso judicial. La base del proceso es que el Ejecutivo dispondrá de su institucionalidad para adelantar los procesos y será la judicatura la que les dé garantía de certeza. El objetivo del proceso es mantener la disputa judicial al mínimo, por ejemplo, en materia de debate probatorio en sede judicial.

Una cuarta característica de la acción, también derivada de las anteriores, es que se crea una institucionalidad propia, encabezada por una unidad administrativa especial que obra como coordinadora y como el puente entre las víctimas del despojo y la judicatura. Esta Unidad está llamada a ser el litigante especializado de la restitución de tierras. Como la Unidad combina una actividad global de planeación de la intervención, de develación de los patrones de despojo y de análisis de los contextos, es razonable que su estrategia de litigio se base en una teoría que sea construida a partir de su trabajo previo del caso y que presente las demandas con base en ello.

Adicionalmente, la implementación de las reglas procesales debe tener en cuenta la especial condición de las partes, de cara a los objetivos que se pretenden con la restitución. Para ello, la ley incluyó dispositivos específicos como la buena fe exenta de culpa, la carga de la prueba, la honestidad procesal, las cargas procesales, entre otras. A partir de ellas, los funcionarios judiciales deben garantizar un fino balance entre el principio de debido proceso y de igualdad en la oportunidad procesal, frente a las exigencias de reconocimiento del principio de buena fe y de favorabilidad con las víctimas del despojo.

Igualmente, el proceso está determinado por un importante número de casos que, de acuerdo con los mandatos perentorios de la ley, tienen que ser decididos en términos muy breves. Las reglas procesales deben servir entonces de herramienta para cumplir con esta pretensión. Principios y reglas como las de la acumulación de casos y la concentración del proceso, entre otras, deben entrar a jugar un rol protagónico para aliviar la carga laboral de los despachos y para garantizar consistencia en la resolución de los mismos. Así, con el interés de ganar en eficiencia y celeridad, el legislador colombiano decidió no establecer una instancia para los casos y se prevé que el órgano de cierre –la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia– actúe de manera excepcional y reservada para la resolución de acciones de revisión.

Por otro lado, cada proceso judicial constituye una lucha por la verdad dentro de una construcción de verdad más amplia y ambiciosa. La forma en que se reconstruya esa verdad tiene consecuencias que impactan la posibilidad de alcanzar los objetivos globales de la transición. La búsqueda de este conocimiento empírico enfrenta limitaciones y desafíos particulares en un contexto de despojo masivo y violento, los cuales se convierten en determinantes para la aplicación e interpretación de las normas que regulan los procesos judiciales. En primer lugar, en un contexto como el colombiano, los funcionarios –los de la administración, encargados del registro de predios que ordena el artículo 76 de la Ley 1448 de 2011, y los judiciales, a los que se refiere el artículo 79 del mismo estatuto– enfrentan especiales dificultades en relación con la actividad probatoria. Estos inconvenientes hacen que sea preciso repensar, para adaptar a las necesidades concretas, aspectos fundamentales de la prueba como los principios, la carga, la recolección y la valoración del material probatorio. En la amplia mayoría de los casos, los funcionarios se encuentran con la existencia de un “mundo muy imperfecto”, desde el punto de vista de la formalización de la propiedad rural y del cumplimiento de los requisitos jurídico-procesales exigidos por la legislación para la formalización de transacciones y derechos sobre los bienes inmuebles. Esto lleva inevitablemente a la inexistencia del material probatorio más obvio para la confirmación de la consumación de un derecho determinado. En otros casos, la informalidad de las relaciones sobre la tierra no tiene este impacto; sin embargo, los

funcionarios enfrentan situaciones donde las pruebas desaparecieron como producto de la violencia o en donde fueron tergiversadas a partir de fraudes. Es decir, no existe, en principio, un sistema confiable de información que facilite la comprobación de la existencia geográfica de los predios, de las relaciones jurídicas que personas ostentaban sobre estos predios, y de las cadenas de tradición y transacción de los inmuebles. Frente a esta limitante, la justicia debe desarrollar una estrategia probatoria que le permita llegar a la mejor verdad posible, a partir de los elementos racionales de juicio disponibles.

En segundo lugar, los funcionarios se enfrentan no solo a casos complejos desde el punto de vista de la dificultad probatoria, sino a casos muy difíciles por la diversidad de las relaciones jurídicas que pueden recaer sobre un mismo predio, por la multiplicidad de partes que pueden estar involucradas en el litigio y por la intervención de distintas autoridades estatales en los procesos. Así, en contextos en los que la violencia ha permanecido por varios años, o incluso décadas, es común encontrar distintas cadenas de despojo asociadas al mismo predio. Igualmente, en la medida en que la informalidad de las relaciones con la tierra es una constante histórica en el país, es muy probable que situaciones no resueltas tiendan a requerir una decisión para permitir la restitución o formalización de los predios. A su vez, esta red de relaciones jurídicas lleva a que distintas personas sean llamadas a participar de la controversia judicial, en distintas calidades o roles procesales. El juez tiene el doble reto de garantizar la participación y el debido proceso, mientras que al tiempo vela por los principios de favorabilidad de la víctima, celeridad del proceso y justicia sustancial. Finalmente, en la medida en que los procesos de restitución hacen parte de una estrategia de justicia más amplia, distintos actores estatales están llamados a tomar parte de los procesos, bien sea en roles de coordinación, acompañamiento o de defensa de intereses de las víctimas. El reto del juzgador es establecer una relación sistémica, pero autónoma, de su función con respecto a las competencias y roles de estas instituciones.

La decisión judicial y su materialización

Una acción que tiene como fundamento convertirse en un mecanismo de satisfacción de derechos debe partir de una vocación de

integralidad en la adjudicación de derechos. Es decir, todo caso que llegue a conocimiento del juez de restitución deberá terminar con un fallo que aclare de manera definitiva todos los pleitos y las relaciones jurídicas que puedan afectar el predio en cuestión. Si dejara discusiones abiertas o aplazara las decisiones, carecería de función práctica. Es por ello que un cuarto elemento de esta teoría debe ser la estructuración de medidas que garanticen que las decisiones aborden todos los aspectos que se disputan en el proceso y que se garantice el cumplimiento pronto y efectivo de dichas decisiones.

La Ley de Restitución de Tierras se preocupa por ambos aspectos. Por un lado, cuenta con un variado repertorio de órdenes susceptibles de ser emitidas por los juzgadores como contenido del fallo. El artículo 91, que se refiere al contenido del fallo, enumera 20 cuestiones específicas a las que deberá referirse la sentencia “de manera explícita y suficiente motivada”, según sea el caso. Algunas de las órdenes son de naturaleza procesal, como el literal a, que ordena un pronunciamiento sobre todas y cada una de las pretensiones de los solicitantes, las excepciones de opositores y solicitudes de terceros. Otras son de naturaleza restitutiva, como aquellas que se refieren a la cancelación de antecedentes registrales, a la declaratoria de nulidad de sentencia y de actos administrativos, etc. Otras son originarias o fundacionales, en la medida en que buscan remediar ausencias históricas de información, como las que se refieren a la identificación, individualización y deslinde de los inmuebles, o para que estos se desengloben o parcelen. Un cuarto tipo de órdenes pueden ser denominadas como prospectivas, en la medida en que buscan establecer las bases para que, con posterioridad a la sentencia, la restitución pueda ser una opción viable y duradera. Entre estas se encuentran las órdenes para que los inmuebles queden protegidos conforme a lo dispuesto por la Ley 387 de 1997 y las genéricas e importantes atribuciones del literal p: “[L]as órdenes que sean necesarias para garantizar la efectividad de la restitución jurídica y material del bien inmueble y la estabilidad en el ejercicio y goce efectivo de los derechos de las personas reparadas”. En otros casos, la labor del juez será de veeduría y garantía de los bienes del sistema, por ejemplo, cuando el juez debe ordenar que la persona compensada transfiera al Fondo de la Unidad Administrativa el bien del que

fue despojado y que no fue restituido. Asimismo, mediante trámite accidental, el juez deberá autorizar la celebración de contratos de uso entre los beneficiarios de la restitución y los opositores de buena fe exenta de culpa que estén desarrollando proyectos productivos. Conforme a lo dispuesto por el párrafo tercero del artículo 99 de la Ley, el magistrado deberá velar por la protección de los derechos de las partes y que estos tengan una retribución adecuada.

Por otro lado, la variedad de órdenes, y su naturaleza diversa, es luego reforzada por el párrafo 1 del mismo artículo 91: los jueces y magistrados mantendrán la competencia para garantizar el goce efectivo de los derechos del reivindicado en el proceso, continuando en el mismo proceso con la ejecución de la sentencia. Esta competencia se mantendrá hasta tanto estén “completamente eliminadas las causas de la amenaza sobre los derechos del reivindicado en el proceso”.

En virtud de esta combinación, el juez transicional debe asumir un rol capital en la etapa possentencia. Para que ello sea posible, las órdenes complejas deben pensarse y estructurarse teniendo en cuenta que de ellas se hará un estricto seguimiento. La experiencia en acciones constitucionales en el país muestra que las órdenes que son cuidadosamente redactadas pensando en el posterior seguimiento resultan más fáciles de monitorear, al establecer de manera precisa, por ejemplo, los responsables de cumplimiento, las modalidades, los plazos y la forma de reporte, si el cumplimiento ha de ser periódico. Las facultades del juez para el logro del cumplimiento de la orden estarán entonces definidas por la orden proferida en la sentencia que, una vez en firme, hace tránsito a cosa juzgada y debe ser cumplida en los términos en los que fue expedida. Por esa razón, en principio, el juez que mantiene la competencia para verificar el cumplimiento y/o para dar trámite al incidente de desacato o la consulta, no puede modificar el contenido sustancial de la orden o redefinir la protección concedida. Sin embargo, en circunstancias excepcionales, puede proferir órdenes adicionales a las contenidas originalmente en el fallo o aclararlas.

Ahora bien, el reto en esta materia es cómo asegurar que las dos funciones se combinen de manera virtuosa, es decir, que las órdenes que se profieran puedan ser cumplidas y verificadas.

Esto pues en la práctica judicial existe un enorme riesgo que al dar poderes amplios a los jueces, estos opten por órdenes muy ambiciosas que luego sean de imposible cumplimiento o seguimiento. Al mismo tiempo, cuando se le otorga al juez la responsabilidad de hacer seguimiento, se puede generar un incentivo al funcionario para que, al ver el trabajo que representa esa obligación, se restrinja a la hora de emitir el fallo.

La propuesta de esta teoría normativa de justicia transicional es balancear estos dos principios a partir de dos pasos metodológicos.²⁰ El primer paso corresponde a determinar el tipo de decisión judicial que busca este tipo de procesos o “la decisión ideal”; el segundo paso es determinar la naturaleza de las órdenes que dentro de esa decisión judicial serán más pertinentes dependiendo de la materia que se trate.

La decisión ideal deberá ser aquella que sea sustentada jurídicamente y aceptable socialmente. En condiciones ordinarias, una decisión correcta desde el punto de vista jurídico parecería suficiente, pero en contextos transicionales se requiere, además, una cierta aceptabilidad social.²¹ Del cruce de estas dos variables resultan los cuatro tipos ideales de solución: (i) decisiones jurídicamente sustentadas que son socialmente aceptables –decisiones ideales– o (ii) socialmente inaceptables –decisiones ordinarizadas–; (iii) igualmente, existen soluciones jurídicamente débiles

TABLA I
Tipos de decisiones judiciales

	Socialmente aceptables	Socialmente inaceptables
Jurídicamente sustentadas	i) Decisión ideal en contextos transicionales.	ii) Decisiones ordinarizadas. Razonables desde el punto de vista jurídico, pero inadecuadas desde la perspectiva transicional.
Jurídicamente débiles	iii) Decisiones frágiles. Pueden ser atacadas desde una perspectiva jurídica.	iv) Decisiones injustas. Las que benefician a los despojadores o generan conflictividad social.

²⁰ En este aparte sigo de cerca y resumo argumentos que desarrollamos en Chaparro *et al.* (2016).

²¹ Una decisión es jurídicamente sustentada, si su argumentación fáctica y jurídica es sólida y consistente. Una decisión es socialmente aceptable, si satisface los objetivos trazados por la sociedad dentro de su estrategia de justicia transicional.

que son socialmente aceptables –decisiones frágiles– y (iv) socialmente inaceptables –decisiones injustas–.

La labor del juzgador deberá entonces evitar decisiones jurídicamente sustentadas, pero que sean totalmente inaceptables. Esto ocurriría si, en lugar de aplicar las herramientas de la Ley 1448, los jueces transicionales de restitución utilizaran el derecho civil ordinario. Esto pues las decisiones “ordinarizadas”, al estar basadas en fuentes normativas ordinarias, dificultan que los complejos conflictos sobre la tierra se solucionen de forma integral y transformadora. El caso opuesto a las decisiones “ordinarizadas” son las “frágiles”. Este tipo de decisiones, si bien aceptables socialmente, son débiles jurídicamente. Esta debilidad las hace frágiles porque difícilmente podrán soportar las demandas de aquellos que se vieron afectados por la decisión. El riesgo de caer en decisiones frágiles es alto si la decisión es más ideológica, que jurídica; descuida la argumentación jurídica; no respeta las etapas procesales; no brinda plenas garantías a las partes; o no establece conexiones lógicas entre las pruebas y sus consecuencias jurídicas.

Las decisiones injustas son aquellas socialmente inaceptables y jurídicamente débiles. Estas son precisamente las decisiones que, en un proceso de esta naturaleza, los despojadores que se presenten como opositores tratarán de obtener. La sociedad y las autoridades deben impedir entonces que la ruta de restitución agrave las injusticias pasadas y cause más daño a las víctimas o a personas vulnerables. La Ley 1448 introdujo varios mecanismos para evitar este tipo de situaciones. Así, por ejemplo, los despojadores solo triunfarán, si logran vencer las presunciones, y esto dependerá de cuan fuerte es la documentación. En tal sentido, siempre y cuando se haga bien el trabajo de documentación y el juez transicional de restitución se guíe por las normas atípicas de la justicia transicional y por la evidencia que está en el proceso, caer en el escenario de decisiones injustas será poco probable. Finalmente, la decisión “ideal” es la opción opuesta a la decisión “injusta”. Este tipo de decisiones se caracterizan porque están jurídicamente sustentadas –según el régimen sustantivo, procesal y probatorio de la Ley 1448– y contribuyen a cerrar las heridas del pasado, a revertir el despojo y a la reconciliación.

El segundo paso es determinar el tipo de órdenes de acuerdo con su contenido y la estrategia de seguimiento. La eficacia de

las decisiones depende, en gran medida, del tipo de órdenes que se dicten. El siguiente cuadro presenta una tipología de órdenes judiciales, según dos variables: la dificultad para cumplirlas (simples o complejas) y la delimitación de la forma como deben ser cumplidas (abiertas o cerradas).

Prima facie es imposible determinar cuál es, en este caso, la “orden ideal”. Cada una de ellas puede ser correcta, dependiendo de la naturaleza de la acción que se pretenda y el grado de seguimiento que se requiera. Así, por ejemplo, en general, las órdenes abiertas dificultan su cumplimiento porque suelen ser muy abstractas. Para disminuir este riesgo se pueden dar órdenes que, además de abiertas, sean simples. El problema es que las órdenes abiertas y simples, si bien disminuyen el riesgo de incumplimiento, no logran soluciones estructurales (a esto apuntan las órdenes complejas).

De otro lado, el riesgo principal de las órdenes cerradas radica en que pueden ser percibidas como intromisiones indebidas por parte de los jueces en las competencias de otras autoridades. Si un juez transicional de restitución, además de dar una orden, establece cómo debe cumplirse, estaría haciendo política pública. Para disminuir este riesgo pueden darse órdenes más simples y con alcances limitados. Ahora bien, las órdenes cerradas son

TABLA 2

		Dificultad para ejecutar las órdenes	
		Simples	Complejas
Delimitación del cumplimiento	Abiertas	i) Aptas para corregir obstáculos concretos que sin embargo requieren cierto margen de maniobra para las autoridades por su carácter especializado. Dificultad media-baja de seguimiento. Riesgo de incumplimiento: Bajo.	ii) Aptas para corregir factores estructurales que impiden ejercicio de derechos, dándoles un margen de maniobra a las autoridades. Seguimiento difícil. Riesgo de incumplimiento: Alto.
	Cerradas	iii) Aptas para corregir ilegalidades manifiestas de forma inmediata. Seguimiento fácil. Riesgo de incumplimiento: Bajo.	iv) Aptas para corregir factores estructurales que sin embargo se pueden remover a través de acciones muy específicas. Dificultad media-alta de seguimiento. Riesgo de incumplimiento: Alto.

más fáciles de cumplir. Los seguimientos que ha hecho la Corte Constitucional muestran que las órdenes cuidadosamente redactadas, pensando en el seguimiento posterior, son más fáciles de monitorear. Esto es así porque de manera precisa establecen responsables, modalidades, plazos y formas de reporte (Sánchez y Uprimny, 2012; Rodríguez y Rodríguez, 2010). Por tal razón, los jueces deben dictar las órdenes pensando siempre en el seguimiento posterior.

En la gran mayoría de los casos, los jueces se enfrentan a situaciones que requieren dictar diversas órdenes y, por tanto, es común que varios tipos de órdenes concluyan en una misma sentencia; incluso, los cuatro tipos de órdenes presentadas. Por tanto, es necesario que se planee en cuáles de estas se priorizarán las acciones de seguimiento.

Capítulo 7

Restitución y gestión de tierras en la transición colombiana

La implementación de la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras se ha convertido en una de las apuestas de política pública más ambiciosas del Estado colombiano. Un informe realizado por un equipo del Carr Center de la Universidad de Harvard, liderado por la experta Kathryn Sikkink, encontró que al comparar el modelo de reparaciones de la ley –e incluso excluyendo las medidas de restitución de tierras–, “el número de víctimas que el programa de reparación de Colombia pretende atender es mucho más amplio y extenso que el de cualquier otro programa de reparación, tanto en términos absolutos, como en términos relativos al tamaño de la población”. De hecho, mientras que el programa de Colombia tiene la meta de incluir al 14% de su población total, ninguno de los otros casos estudiados del mundo llegó a cubrir más del 1%. De igual manera, el informe destaca que la lista de violaciones que trae la legislación para efectos de indemnización administrativa es la “más extensa de actos de victimización que cualquier otro país” de los que contiene la base de datos con la que se realizó el estudio comparado (45 políticas de reparación en 31 países en transición alrededor del mundo) (Sikkink *et al.*, 2014).

Los retos de la restitución de tierras y derechos territoriales son igualmente abrumadores. Cuatro razones han complejizado esta tarea en el caso colombiano: (i) la magnitud del despojo, (ii) el contexto de conflictos históricos sobre la tierra en donde este se presentó, (iii) la precaria presencia del Estado colombiano para regular de manera democrática estos conflictos e intereses (Gutiérrez Sanín, 2014) y (iv) la continuidad del conflicto armado. Pese a estos múltiples desafíos, las expectativas que ha creado este proyecto son enormes y a cinco años de la vigencia de la ley, víctimas, sociedad y comunidad especializada debaten sobre la

implementación de sus mecanismos y analizan su “éxito” o “fracaso”.

Este capítulo de cierre analizará de manera global los procesos iniciados a partir de la implementación de este mecanismo de justicia transicional en Colombia. Particularmente, defenderé aquí que la acción de restitución de tierras se ha ido consolidando como un mecanismo modesto, pero importante, para la intervención de los conflictos sobre la tierra en el país. Esto se debe a que tanto su diseño como la forma en que los distintos actores del proceso han ido enfrentando los desafíos de implementación, han promovido procesos creativos y eficaces para la resolución de los dilemas que tiene la ejecución de una política parcial de intervención (como la restitución de tierras) en un contexto de carencias sociales y vacíos institucionales generalizado, como el del caso colombiano.

La experiencia de estos primeros años de implementación ha mostrado resultados en este sentido, los cuales han sido posibles dada la concentración de esfuerzos en una serie de características internas del mecanismo, explotadas de manera adecuada. Así, el diseño jurídico-institucional de la acción, que en su momento fue una novedosa y arriesgada apuesta institucional, se ha convertido en una metodología de intervención relativamente exitosa desde el punto de vista de los fines inmediatos, pero, además, se proyecta como una herramienta de activación de procesos relacionados con la tierra que pueden llegar a ser acumulados fundamentales para una segunda fase, más concentrada en conflictos históricos no resueltos y que requieren estrategias de política pública complementarias. Sin embargo, para que esta medida no termine siendo una oportunidad perdida precisa, por un lado, una estrategia de implementación de la ley que evite convertirla en una fórmula general para la resolución de todos los conflictos y carencias asociadas a la cuestión de la tierra. Por el otro, y para evitar este riesgo, el mecanismo debe acompañarse con medidas estructurales especialmente diseñadas para enfrentar problemas globales de la ruralidad colombiana.

Con el propósito de elaborar mi argumento, el capítulo se divide en tres partes. Una sección introductoria aborda los desafíos metodológicos de cómo medir los resultados de un programa de este tipo, y los impactos que este puede generar en procesos

sociales e institucionales más amplios. La segunda sección, a partir de ejemplos concretos, desarrolla el objetivo principal, es decir, expone la tesis de la justicia transicional para la restitución de tierras como una metodología adecuada para potenciar los mecanismos de la acción de restitución en el contexto de carencias institucionales y prácticas propias de un entorno como el colombiano. Finalmente, el capítulo cierra con un análisis de los acumulados que deja la restitución para los mecanismos de administración de la tierra que se diseñen en el futuro como fruto del acuerdo agrario del proceso de paz, así como de los aspectos que necesariamente deberán ser incluidos en esta legislación para que la apuesta de justicia transicional para la restitución de tierras no fracase en el mediano y largo plazo.

El desafío metodológico de evaluar la acción de restitución

La evaluación de los “resultados” de la restitución de tierras en un contexto de transición política se enfrenta a importantes desafíos metodológicos. Muestra de ello es la disparidad de conclusiones que se reportan en los informes que dan cuenta de la evolución de dicho mecanismo. Mientras que algunos sectores señalan un éxito considerable de las medidas,¹ otros muestran su insatisfacción frente a lo que consideran un resultado pobre o mediocre en la implementación.²

Esta disparidad no solo se explica por una batalla ideológica o política frente a una política gubernamental. Uno de los temas actuales de mayor discusión en el campo de la justicia transicional es cómo evaluar los logros de los distintos mecanismos en el cumplimiento de sus objetivos inmediatos, así como qué tanto aportan estos instrumentos a los objetivos mediatos y a las agendas globales de la transición, como a la democratización o a la pacificación (Skaar *et al.*, 2016).

1 Los principales promotores de los aciertos y avances de la restitución han sido el Gobierno, la Rama Judicial y sectores cercanos. Ver, por ejemplo, las intervenciones y columnas de Juan Camilo Restrepo (2016) en defensa de la restitución.

2 Uno de los críticos constantes de la restitución ha sido el senador de izquierda Jorge Robledo. Ver, por ejemplo, Robledo (2014); y los informes de la organización no gubernamental Forjando Futuros (2015, 2016).

Uno de los desafíos iniciales para determinar cuál debería ser el rol de un mecanismo concreto en una estrategia global de transición es la necesidad de recurrir a conceptos sociales etéreos, que tienen definiciones muy polémicas y que, por tanto, son difíciles de definir.³ Por ejemplo, el concepto de ‘Estado de derecho’ que acompaña a buena parte de la literatura especializada sigue siendo objeto de un enorme debate académico y práctico (Kleinfeld-Belton, 2005; Hayek, 1978). Del alcance que se le dé a este concepto depende, luego, la posibilidad de discutir qué tanto aporta el determinado mecanismo a su construcción o fortalecimiento. Si bien la literatura especializada ha intentado clasificar objetivos para establecer distintos grados de relación,⁴ estos objetivos intermedios sufren, a su vez, de los mismos grados de indeterminación de los objetivos globales.

Un segundo desafío es el de la comprobación empírica. Al ser procesos sociales complejos, que se alimentan de causas y

3 Los objetivos globales que la literatura tradicional les imputa a las políticas de justicia transicional generalmente incluyen productos asociados a romper ciclos de violencia del pasado, promover la construcción del Estado de derecho y una cultura de respeto por los derechos humanos, prevenir violencia futura, incentivar la democratización, promover la justicia y la reconciliación, entre otros (Saakar *et al.*, 2016, con base en Bassiouni, 2002; De Greiff, 2006; Hayner, 2001; y Roht-Arriaza y Mariezcurrena, 2006).

4 El trabajo de Pablo de Greiff, tanto académico como en su mandato como relator de las Naciones Unidas, se ha concentrado precisamente en este punto, distinguiendo entre objetivos inmediatos, intermedios y finales. Para De Greiff, los mecanismos de justicia transicional deberían diseñarse para producir impacto en cuatro aspectos: dar reconocimiento a las víctimas; fomentar la confianza entre las personas y entre las personas y el Estado; consolidar el Estado de derecho; y promover la cohesión o la reconciliación social (cfr. ONU, 2014). Una revisión más amplia de la literatura muestra que los procesos de transición han presentado al menos cuatro niveles de objetivos: 1) Objetivos generales o finales, que son aquellos que se alinean con el objetivo general de la transición como el fortalecimiento del estado de derecho, la promoción de la reconciliación y la solidaridad social, la construcción de confianza cívica, entre otros. 2) Objetivos de eficiencia en el procesamiento de casos, que son aquellos más inmediatos dirigidos a producir resultados en el adelantamiento de los casos, como aquellos de demostrar capacidad jurídica nacional, cumplir con metas determinadas de descongestión, etc. 3) Objetivos asociados con la satisfacción de los derechos de las víctimas, como el esclarecimiento o la develación de la verdad y la obtención de reparaciones. 4) Objetivos políticos no abiertamente descritos, como solucionar el problema del hacinamiento carcelario, mostrar capacidad nacional para evitar intervenciones internacionales, perseguir enemigos políticos, etcétera (Sánchez, 2015a).

circunstancias tan variadas, es difícil decir en un contexto determinado qué tanto sirve un mecanismo específico de transición (como la acción de restitución de tierras) para alcanzar uno de estos objetivos y, sobre todo, en qué grado le aporta (Thoms, Ron y Paris, 2008). Los estudios modernos de evaluación de impacto de las medidas de transición han recurrido a diversas metodologías de investigación que van desde los estudios comparativos globales,⁵ los estudios comparativos con casos controlados,⁶ hasta los estudios de caso.⁷ Esto ha dado lugar a avances importantes en la cuestión, pero todavía siguen existiendo muchas preguntas en cuanto a la disparidad de resultados. Algunas de ellas se contestan mediante el análisis juicioso de las metodologías empleadas, pero otras parecen ser producto de la inherente contradicción de algunos de los propios objetivos de la justicia transicional. Sin embargo, los estudios empíricos disponibles generalmente se concentran en algunos mecanismos de justicia transicional (principalmente comisiones de la verdad y juicios), pero muy poco en reparaciones (y aquellos que lo hacen se basan en programas administrativos de indemnización).⁸

En cualquier caso, la literatura disponible permite partir de algunos supuestos iniciales. El primero es que aun sin determinar el aporte específico de un mecanismo concreto a los objetivos globales de la transición, ninguno por sí solo es capaz de alcanzar todos sus objetivos. Por el contrario, los estudios más indicativos señalan que la complementariedad de diversos mecanismos es lo que parece generar un mayor impacto en transformaciones sociales e institucionales sostenibles en el tiempo (Skaar *et al.*, 2016). El segundo es que, dado el peso del contexto para determinar estrategias determinadas, es imposible dar una respuesta en abstracto a la pregunta de cuál debe ser el rol de un determinado

5 Sobre este punto resultan útiles los estudios globales sobre persecuciones, entre ellos, Snyder y Vinjamuri (2003, 2004); Hazan (2006); Sikkink y Booth Walling (2007); Olsen *et al.* (2010).

6 Algunos de ellos sobre derecho a la verdad: Brahm (2007), Wiebelhaus-Brahm (2010) y Mendeloff (2004).

7 Sobre América Latina se han realizado muchos de estos. Ver las compilaciones de IIDH (2011), DPLF (2010) y Skaar *et al.* (2016).

8 Uno de los estudios más influyentes sobre la materia sigue siendo el *Handbook* sobre reparaciones editado por Pablo de Greiff (2006).

mecanismo en la transición. El contexto pesa mucho a la hora de señalar las necesidades y objetivos específicos.

Un tercer desafío es cómo evaluar de manera concreta los avances de una política pública multifacética y compleja como la de reparación a víctimas en un contexto de transición política. Si de partida es ya desafiante establecer qué se puede entender por reparación, el reto se vuelve más exigente en aquellos contextos en donde las violaciones han tenido un carácter generalizado o sistemático. En tales situaciones ¿cuándo puede considerarse que una respuesta local, judicial o administrativa ha satisfecho los estándares de reparación fijados por los principios del derecho internacional? ¿Cómo evaluar dicho grado de cumplimiento? ¿Cuenta como restitución que se haya entregado un título jurídico sobre la tierra, pero que no haya ocurrido el retorno? ¿Cómo deberían evaluarse las medidas complementarias a la restitución, como la construcción o el arreglo de viviendas o de condonación de crédito?⁹

Durante los últimos años se han ido usando distintos modelos de evaluación de esfuerzos estatales en materia de reparación a víctimas de violaciones de derechos humanos, los cuales se han extrapolado de varias disciplinas de las ciencias sociales y del derecho. Un modelo bastante elaborado de medición y evaluación comparada de programas de reparación por vía administrativa es el de Sikkink y su equipo anteriormente citado.¹¹ No obstante, ninguno de estos ejercicios incluye de manera específica programas de restitución de tierras.¹²

9 Una respuesta negativa a esta pregunta fue adoptada por Human Rights Watch en un informe sobre balance de cumplimiento a la Ley 1448 publicado en septiembre de 2013 (cfr. HRW, 2013).

10 Bolívar *et al.* (2016) se concentran en esta pregunta.

11 En otro documento igualmente propuse a la Corte Interamericana de Derechos Humanos un modelo de evaluación que permitiera a un tribunal judicial internacional hacer un balance de un esfuerzo doméstico de reparaciones masivas. La propuesta señalaba cinco ejes cualitativos para tener en cuenta en el análisis, entre los cuales se encontraban: 1) la naturaleza y magnitud de las violaciones como punto de partida del diseño de una respuesta institucional adecuada; 2) los principios y componentes de la reparación integral como un primer paso en la adecuación de la respuesta; 3) los principios de política pública que deben orientar dichos programas, 4) la coherencia interna y externa del programa; y 5) el cumplimiento de los objetivos trazados o análisis de eficacia (Sánchez, 2015a).

12 En 2012, con el equipo de Dejusticia, construimos un piloto para la medición de la restitución de tierras en Colombia. El objetivo

Sin detenerse en estos desafíos, en el contexto colombiano, los informes y estudios disponibles sobre la implementación de la restitución de tierras se han basado usualmente en la constatación de los resultados de eficiencia del sistema, más que en cuestiones relacionadas con sus impactos indirectos, o su contribución con los objetivos generales de la transición colombiana.¹³ Así, la discusión ha girado fundamentalmente en torno al número de solicitudes recibidas, peticiones tramitadas, casos fallados y hectáreas restituidas. Este punto concreto, incluso, ha generado enorme controversia dependiendo del baremo usado para la comparación. Por ejemplo, algunos estudios concluyen que el proceso ha sido lento y está destinado al fracaso, al comparar el número de solicitudes recibidas con el número de sentencias alcanzadas (Forjando Futuros, 2016). Otros, por el contrario, critican esta aproximación metodológica, al indicar que la medición debe tener en cuenta el procesamiento general de las solicitudes, lo cual incluye la etapa administrativa de decisión (URT, 2016).

La implementación de la estrategia de restitución como mecanismo de justicia transicional

Teniendo en cuenta la complejidad de los debates mencionados en la sección anterior, aclaro de entrada que el objetivo de mi ejercicio no es hacer una valoración empírica de la eficiencia de la acción de restitución de tierras, ni un estudio de causalidad de sus logros. Tampoco pretendo hacer un balance jurídico de

era tener un instrumento de medición que pudiera ser alimentado y analizado por organizaciones de la sociedad civil, tanto a nivel central como regional, para hacer un monitoreo periódico y constante del proceso de restitución, estar al tanto de sus avances, retrocesos y estancamientos, y proponer soluciones a tiempo cuando no se produjeran resultados. Su metodología combina el estudio de fuentes estadísticas y otro material cualitativo, así como trabajo de campo con organizaciones, víctimas y funcionarios de una región específica; para ello se construyeron variables de medición ajustadas a necesidades y capacidades locales (Chaparro *et al.*, 2012).

13 Las estadísticas sobre restitución disponibles generalmente provienen de la Unidad de Restitución (2015; 2016) y del Consejo Superior de la Judicatura (2016). Para evaluaciones sobre eficiencia del proceso, ver Gutiérrez Sanín (2013) y Forjando Futuros (2014, 2015, 2016). Para un análisis sobre el contenido de las sentencias, puede verse Gutiérrez Sanín (2016) y Peña *et al.* (2016). Además, el observatorio del CINEP ha realizado estudios regionales detallados (2015a; 2015b).

las decisiones judiciales que han adoptado los tribunales y juzgados de restitución. Lo que busco en este trabajo es identificar aquellos mecanismos, metodologías y procesos asociados con la restitución de tierras que, bien gestionados, pueden convertirse en acumulados institucionales que promuevan transformaciones sostenibles en la forma en que el Estado colombiano interviene en la solución de los conflictos sobre la tierra. Al enfocarme en los aspectos que generan resultados institucionales promisorios, no quiero dar a entender que la restitución de tierras ha sido completamente productiva o positiva, o que no existen otra serie de procesos que puedan ser cuestionables o contradictorios con los que señalo. Tengo claro que algunas de las tareas de la restitución han tenido un muy bajo nivel de implementación o retraso. Pero lo que busco aquí es identificar aquellos con características que pueden ser profundizadas y generalizadas para una mejor implementación de una política que está lejos de ser perfecta, y que no solo es perfectible, sino que está obligada a aprender de sí misma. Por otro lado, mi opción metodológica tampoco busca sugerir que los acumulados de la restitución por sí solos tienen la capacidad de transformar las relaciones del campo. Mi interés es más modesto: señalar algunos procesos que, complementados con opciones adicionales de política pública a larga escala y por fuera de la estrategia de restitución, pueden contribuir a mejorar la gestión de los conflictos sobre la tierra. Para ello, dividiré el análisis en dos pasos. En el primero, objeto de esta sección, presentaré los procesos que se han ido desarrollando en la implementación de la ley. En el segundo, tema del siguiente apartado, analizaré cómo estos procesos han impactado los objetivos trazados por la estrategia de transición colombiana.

Sin demeritar las críticas a muchos elementos de la ejecución de la política¹⁴ –a mi juicio–, en términos comparados, la acción

14 Entre las críticas se encuentran: el bajo porcentaje de entrega de predios y el tiempo que transcurre entre sentencias y cumplimiento de órdenes de entrega material; las deficiencias en el cumplimiento de la entrega jurídica derivadas de la pobre gestión de la institucionalidad encargada (como la adjudicación de baldíos por parte del antiguo Incoder y el hoy rezago de la Agencia Nacional de Tierras) o del ritualismo de otras entidades que dificultan los procesos (como la Superintendencia de Notariado y Registro); la violencia sufrida por víctimas y reclamantes; los múltiples problemas de la política complementaria de restitución de vivienda rural; y el poco impacto de los proyectos productivos.

de restitución en un período institucional relativamente corto ha dado lugar a un proceso de ejecución nada despreciable.¹⁵ Algo que no se había alcanzado en el país con ejercicios anteriores sobre administración de justicia para la transición, o con la implementación de medidas de regulación de derechos sobre propiedades (como la adjudicación de baldíos, la extinción de dominio de bienes,¹⁶ la titulación de territorios colectivos, entre otros).

Ahora bien, para que esta fase inicial de implementación de la restitución continúe su rumbo y pueda consolidarse como política pública realmente determinante en la solución de conflictos rurales, la acción de restitución debe evitar dos posibles errores de implementación: i) que se constriña a un proceso de restitución ordinario que no tenga en cuenta su dimensión transicional; y ii) que bajo un alegado objetivo etéreo de transición, la acción termine convirtiéndose en una medida de política pública multi-propósito que no respete los derechos de los intervinientes en el conflicto y pierda de vista su objetivo principal.

La tesis que defiende es que, en términos globales, la implementación de la medida ha enfrentado exitosamente estos dos retos. Esto se ha logrado mediante la teoría normativa y metodología de intervención que se presentó en el capítulo anterior. Al menos cinco rasgos de la implementación siguen de cerca dicha teoría.¹⁷ En primer lugar, el marco de interpretación general de

15 Con todas las diferencias contextuales y salvedades metodológicas posibles, resulta indicativo mencionar que Sudáfrica, la experiencia comparada tal vez más cercana a la colombiana, estuvo lejos en su momento de alcanzar resultados similares. De acuerdo con la evaluación de la experta Ruth Hall, tras los primeros cinco años de implementación, el sistema de restitución de tierras de Sudáfrica había decidido menos de 50 casos (cfr. Hall, 2010, referenciado en el capítulo I de este libro).

16 De acuerdo con un informe del Programa de Tierras de Usaid para la Misión Rural, "Hasta el 2010, de 1.7 millones de hectáreas incautadas, el 70% habían sido devueltas a los presuntos narcotraficantes o sus testaferros, y solo el 5% fueron afectadas con sentencia de extinción de dominio y de estas solo 37.000 hectáreas terminaron adjudicadas de manera definitiva a campesinos, desplazados y otras poblaciones vulnerables" (2015, p. 23).

17 La reconstrucción y evaluación que presento aquí se nutre de un proceso de seguimiento a la implementación de la ley a partir de participación directa, así como del uso de fuentes primarias y secundarias. Entre otras fuentes, esta evaluación incluye: 1) el seguimiento a los procesos de discusión y reflexión adelantados por jueces y magistrados de tierras, conocidos como conversatorios de jueces,

la acción de restitución se ha basado en su naturaleza de mecanismo de justicia transicional. En segundo lugar, la implementación ha partido de una estrategia de acción que incluye tanto instrumentos de política pública como mecanismos de orientación judicial, como la teoría del caso y la administración del proceso. En tercer lugar, los procesos han recurrido a una metodología de aplicación de normas sustantivas que les ha permitido resolver de manera adecuada los conflictos sobre las distintas visiones de justicia que se entrelazan en la resolución de buena parte de estos casos. En cuarto término, la restitución ha hecho uso de principios procesales para moverse de manera eficiente dentro de las extremas limitaciones contextuales, sin vulnerar los derechos básicos de quienes participan en el proceso de justicia. Finalmente, los jueces y magistrados se han comprometido con un resultado procesal real para proteger los derechos involucrados y, en esa medida, se han orientado sentencias y procesos de seguimiento del cumplimiento de sus órdenes novedosos.

Si bien de manera explícita estas características no se reconocen en la ley o los instrumentos de política, estos cinco elementos han sido fundamentales para crear una acción de restitución jurídicamente robusta, pero, al mismo tiempo, operativa desde el punto de vista de política pública. Esto es lo que me permite sostener que buena parte del éxito de la acción de restitución frente a otras experiencias anteriores ha sido la decidida preocupación de los actores involucrados en el proceso por la rigurosidad jurídica de la acción de restitución. En lo que queda de esta sección presentaré algunos ejemplos de cómo estos elementos han permitido un diálogo productivo entre interpretación jurídica, práctica judicial y política pública.

especialmente los cinco regionales realizados por la judicatura en 2015, y dos eventos nacionales llevados a cabo en Paipa (Boyacá) y en Cúcuta (Norte de Santander) en el mismo año; 2) una revisión de fichas de 150 sentencias emitidas por los tribunales de restitución de Bogotá, Cartagena y Tolima realizada por las investigadoras de Dejusticia Aura Bolívar, Laura González y Angy Botero; 3) los informes de instituciones y organizaciones sociales referenciados a lo largo de este capítulo; y 4) entrevistas semiestructuradas con funcionarios de la URT, jueces y otros funcionarios del Sistema Nacional de Atención y Reparación Integral a Víctimas (SNARIV).

La cuestión de las “demandas” y las “admisiones” e “inadmisiones”

En una sociedad en donde el modelo estatal de intervención sobre la tierra preferido ha sido el de la protección de la propiedad privada, uno de los grandes interrogantes en el momento de iniciar la implementación de la acción de restitución fue cuál debía ser el rol de las normas del derecho civil de propiedad en el contexto de transición. La pregunta concreta que se hacían los jueces y funcionarios de restitución era si debían o no usar las normas y principios del Código Civil para resolver los casos. En esta materia, una de las cuestiones más discutidas por parte de los operadores del sistema ha sido cuál es la “naturaleza jurídica” de la acción de restitución. Así, desde el inicio del sistema, aun cuando pareció existir un consenso general entre operadores jurídicos sobre la “naturaleza especial” de la acción, se presentaron distintas interpretaciones acerca de su significado y alcance concreto. Por ejemplo, si su naturaleza especial significaba que era una acción civil extraordinaria, o una acción constitucional como la acción de tutela, o una acción completamente *sui generis* (Gutiérrez *et al.*, 2016).

En la práctica cotidiana existen distintas interpretaciones sobre el alcance de las herramientas de la ley, sobre la remisión a otras normas, sobre el rol de las autoridades encargadas de las diversas tareas (todas estas en distintas etapas del proceso) y respecto de las múltiples instituciones jurídico-procesales que la componen. Estos retos son diariamente percibidos por los funcionarios encargados de aplicar el procedimiento de restitución de predios. En diferentes providencias y recursos, tanto los jueces como los funcionarios de la Unidad de Restitución de Tierras, respectivamente, han ido elaborando conceptos que reflejan las diferentes visiones sobre el proceso, atendiendo a sus particularidades y retos concretos.

Una de las cuestiones en donde se ha presentado más controversia respecto de esta idea de la naturaleza de la acción es la de la admisión de los casos por parte de los jueces. La etapa judicial del proceso de restitución inicia con la solicitud de restitución ante los jueces especializados.¹⁸ En la práctica se suele

18 La Ley 1448 no habla expresamente de la existencia de una etapa de admisión como se conoce en el derecho ordinario. Sin

hablar de la “presentación de la demanda” pues algunos de sus requisitos y de los aspectos generales de este proceso se asemejan a una demanda ordinaria (la tramita un juez, tiene unos términos perentorios, se sustenta en un análisis probatorio, se produce un fallo con decisiones para las partes, es de obligatorio cumplimiento, entre otras). No obstante, la Ley 1448 trata de referirse siempre a una solicitud de restitución, lo cual puede entenderse no como una diferencia retórica, sino como la intención real de hacer materiales las diferencias entre un proceso ordinario y la restitución de tierras. En este sentido, se trata de la manifestación explícita del legislador de crear un procedimiento especial, nutrido fundamentalmente por los principios de la justicia transicional enunciada y parcialmente desarrollada en los capítulos I y II de dicha ley.¹⁹

A pesar de esta distinción, y teniendo en cuenta que la mencionada ley no describe con suficiencia cómo deben ser ejecutadas las diferentes etapas procesales en lo judicial, se generó prontamente una tendencia a aplicar figuras del derecho procesal civil en el proceso de restitución. El caso más común y controversial fue el de la aplicación de inadmisiones y rechazos a las solicitudes de restitución por parte de los jueces.²⁰ Esta concepción del proceso generó tensiones, una de las más importantes, la tensión entre la flexibilidad e informalidad y el debido proceso en una concepción que incorpora incluso la viabilidad del mismo.

El artículo 84 de la ley estableció seis requisitos de las solicitudes: identificación del predio, constancia de la inscripción del

embargo, el artículo 84 establece una serie de requisitos que la solicitud debe contener. Así mismo, en el artículo 86 establece que existe un auto admisorio de la acción y describe su contenido.

19 Esta sección resume argumentos presentados con mayor detalle institucional y jurídico en Gutiérrez, Sánchez y Uprimny (2016).

20 Resulta ilustrativo un auto de un juzgado de Bolívar en donde se consideró que “(...) si bien la Ley 1448 del 2011 no contempló de manera expresa las figuras procesales de la inadmisión ni el rechazo *in limine* de la demanda, la práctica judicial a nivel nacional ha obligado a los operadores de justicia especializados en restitución de tierras, a hacer uso de esta herramienta procesal con el solo objeto de evitar que se den fallos inhibitorios o peor, fallos en contra de las pretensiones de las víctimas, por fallas en la etapa administrativa de la cual es responsable la Unidad de Restitución” (Juzgado Segundo Civil Especializado en Restitución de Carmen de Bolívar. Auto interlocutorio. Rad. 13244-31-21002-2013-00078).

predio en el registro de procedibilidad, fundamentos de hecho y derecho, identificación de solicitantes, certificado de libertad y avalúo catastral del predio. La pregunta que empezaron a hacerse los operadores fue si lo establecido por la Ley 1448 era material suficiente para establecer un proceso sin tener que acudir a la interpretación. La respuesta que empezaron a dar varios tribunales fue negativa. Y, en tal caso, una segunda pregunta que surgió fue qué debería hacer el juez cuando la solicitud no cumpla todos los requisitos necesarios para tramitarla. Algunos despachos entendieron que estos requisitos eran indicativos y que en algunos casos era necesario adicionar otros elementos a las solicitudes o demandas.²¹ En virtud de esta interpretación, muchos despachos recurrieron a figuras como inadmisiones,²² solicitudes de corrección, devoluciones y rechazos de solicitud.²³ Ninguna de estas estaba expresamente señalada en la Ley 1448.

Con esto se creó una enorme tensión entre la Unidad y los jueces. Para la Unidad, el legislador había establecido una lista única y cerrada de requisitos de la acción, frente a lo cual era impropcedente que para dar trámite a la misma fueran exigibles otro tipo de requisitos o la presentación de información adicional a la allí reseñada.²⁴ Para los otros, si bien el artículo establece unos

21 Por ejemplo, un juzgado de Valledupar consideró que el “domicilio” era un requisito indispensable para la tramitación de las demandas (Juzgado Primero Civil Especializado en Restitución de Tierras de Valledupar. Auto del 03 de octubre de 2012).

22 Cfr. Informe preliminar de hallazgos de inadmisiones, rechazos y devoluciones de las solicitudes judiciales de restitución de tierras, 3 de marzo de 2013 (Juzgado Primero Civil del Circuito Especializado en Restitución de Tierras de Antioquia. Providencia del 27 de enero de 2014).

23 Así, por ejemplo, un juzgado decidió “rechazar de plano” una solicitud por cuanto el expediente carecía de la constancia de la inscripción del predio en el registro de tierras, no contenía el avalúo catastral y no aparecía el poder de los solicitantes a la Unidad (Juzgado Segundo Civil del Circuito Especializado en Restitución de Apartadó. Auto del 13 de diciembre de 2013).

24 Cinco argumentos sustentaron esta posición: 1) la inexistencia de una etapa de admisibilidad en el articulado de la Ley 1448; 2) el objetivo de celeridad que evoca la acción de restitución y en el cual se sustenta la idea de informalidad del proceso; 3) el principio de acceso de las víctimas a la justicia fácil y rápido, lo que lleva a que la ley no mencione el término demanda e incluso autorice que la solicitud sea presentada verbalmente; 4) el principio de actuación oficiosa que se imputa a la acción de restitución; y 5) la naturaleza de la acción y la

mínimos procesales de la acción, para poder tramitar peticiones viables debía recurrirse a información adicional no contenida allí, pero vital para que la acción pudiera ser sometida a un trámite exitoso.²⁵

Esta disputa interpretativa que se daba en los estrados empezó a discutirse de manera constructiva en los escenarios académicos y de intercambio en donde se encuentran los magistrados y jueces, los funcionarios de la URT, académicos y otros funcionarios encargados de cumplir con las órdenes de restitución. Estos escenarios han sido fundamentales para despolarizar posiciones que generalmente son radicalizadas en el litigio y tramitarlas desde distintos puntos de vista en espacios más académicos y constructivos. Así, se pasó de una rivalidad total en el tema a algunas propuestas iniciales, como un modelo único de demanda discutido por los jueces en estos escenarios y, en buena medida, acogido posteriormente por un grupo importante de despachos (Gutiérrez *et al.*, 2016).

Si bien todavía subsisten discrepancias entre posiciones jurídicas específicas de la Unidad de Restitución no compartidas por los jueces, así como divergencias entre distintos despachos, ha existido un proceso de construcción colectiva de una suerte de concepto operativo de justicia transicional para efectos de entender los alcances de la acción de restitución. Este consenso se basa en que, pese a las discrepancias, no resulta admisible ninguna interpretación que basada en el formalismo jurídico impida la consecución efectiva de justicia, así como tampoco es aceptable una interpretación del principio de flexibilidad de la justicia transicional que permita usar este concepto de manera arbitraria como un comodín para no sustentar las decisiones materiales (Bolívar *et al.*, 2016).

concentración lógica de pasos para su resolución judicial, en donde la carga probatoria radica en la Unidad. Ver, en general, Juzgado Segundo Especializado de Carmen de Bolívar. Recurso de reposición y en subsidio de apelación contra auto 30 de septiembre de 2013. Rad. 132444-31-21002-2013-00078.

25 Ver, por ejemplo, el del Juzgado Primero Civil Especializado en Restitución de Tierras de Valledupar del 04 de septiembre de 2013, en donde se inadmite una solicitud por cuanto “la resolución por medio de la cual se asignó representante judicial a los solicitantes, no se acompañó en original o copia auténtica”.

Esta construcción colectiva consensuada, promovida tanto en la práctica como a través de los conversatorios académicos²⁶ en donde confluyen los funcionarios, ha sido fundamental, a su vez, para enfrentar un desafío adicional de la ley: la falta de un órgano de cierre que defina con claridad una línea de interpretación específica. En ausencia de una decisión de autoridad –como ha sido la tradición judicial colombiana–, el proceso de restitución ha acudido a una construcción colectiva y consensuada a partir de un ejercicio de persuasión argumentativa, que trabaja desde el convencimiento sustancial, independientemente de la igualdad jerárquica de quien propone el argumento.

Uno de los puntos centrales de esta construcción ha sido que las dos instituciones (unidad y judicatura) entiendan la necesidad de su interacción. Ambas instituciones son protagonistas del proceso de restitución, y aunque se trata de entidades y sujetos separados con funciones diferenciadas, tienen como objetivo común contribuir al logro de la restitución integral de las víctimas del despojo y el abandono forzado de tierras, a través de la restitución y formalización jurídica y material de los predios abandonados y despojados en el marco del conflicto armado colombiano. El reto de esta dinámica mixta se encuentra en identificar un punto de equilibrio que involucre por lo menos: (i) el respeto de las competencias de cada entidad, pero a la vez una articulación que conduzca a un proceso eficiente y eficaz; (ii) la flexibilización de las formalidades en favor de las víctimas, pero a la vez el respeto al debido proceso; y (iii) la concertación de criterios mínimos de interpretación, pero a la vez el respeto por la autonomía en la toma de decisiones.²⁷

26 Una recopilación de varios de estos ejercicios se encuentra en Bejarano (2016).

27 Esta idea se refuerza con un reciente pronunciamiento de la Corte Constitucional sobre esta materia específica. Las inadmisiones, rechazos y devoluciones fueron presentadas ante la Sala de Seguimiento a la Sentencia T-025 de 2004. La Sala abordó el punto advirtiendo que no hacía “una valoración judicial de la constitucionalidad o la legalidad de las decisiones adoptadas por parte de los jueces de restitución de tierras”, pues no quiere convertirse en “una tercera instancia que haga las veces de cierre de la jurisdicción especializada en restitución de tierras”. Y, tras estudiar detalladamente diversos casos y problemas asociados a la admisibilidad, la Sala llamó “la atención sobre la importancia de avanzar en las opciones hermenéuticas que les permitan a los jueces, en el marco de la autonomía judicial que

Los retos y debates de la priorización y focalización

Como se anotó en el capítulo anterior, los procesos de restitución de tierras y de restitución de derechos étnico-territoriales son mixtos, en tanto se componen de dos etapas: una administrativa y una judicial. Involucrar instituciones distintas en un proceso de estas características requiere instrumentos de coordinación para lograr un equilibrio que garantice, por un lado, el respeto de las competencias de cada entidad, pero, a la vez, una articulación que conduzca a un proceso eficiente y eficaz; y, por el otro, la concertación de criterios mínimos de interpretación, pero a la vez el respeto por la autonomía en la toma de decisiones.

La propuesta mixta de la acción de restitución fue una novedad institucional para esta clase de procesos.²⁸ Este modelo innovador de intervención se enfrentaba además a una cultura institucional de poca coordinación interinstitucional y una enorme desconfianza en las instituciones.²⁹ Pero la acción de restitución ha ido enfrentando estos desafíos abordando la restitución como parte de una estrategia de política pública en el nivel macro que incluye fases de planeación estratégica, implementación, decisión y seguimiento, así como instrumentos de gestión en lo micro que

los enviste, valorar y resolver en la etapa judicial, cuando sea el caso, todos aquellos asuntos o inconvenientes meramente formales que en la actualidad están siendo interpretados, haciendo una lectura extensiva del artículo 84, como una causal inadmisoria de la solicitud". Además, la Corte reiteró que es de "vital importancia que los jueces especializados de restitución de tierras, en el contexto de justicia transicional que está atravesando el país, avancen caminos interpretativos que afiancen la primacía del derecho material sobre el formal, y así contribuyan a agilizar, simplificar y descongestionar el proceso de restitución, facilitando con ello el acceso de las personas desplazadas a la restitución de tierras" (Corte Constitucional, Sala Especial de Seguimiento Sentencia T-025 de 2004. Auto 373 de agosto 23 de 2016. M. P. Luis Ernesto Vargas Silva).

28 Antes del establecimiento de esta legislación existía muy poca experiencia institucional en el país en la materia. En cuanto a procesos agrarios promovidos por el Incora y el Incoder, los pocos adelantados fueron tramitados mediante procesos administrativos, en los que la Rama Judicial solo tenía un control posterior de revisión jurídica. En cuanto a los procesos judiciales sobre tierras, al no haber existido nunca una jurisdicción agraria realmente funcional, fueron llevados como procesos civiles ordinarios, en los que el juez no compartió labores con una entidad administrativa.

29 Como ha sido comprobado por las sentencias de restitución, muchas de estas instituciones participaron directamente en el despojo (Peña *et al.*, 2016).

buscan posibilitar la implementación eficaz y eficiente de los procesos administrativos y judiciales que la componen, entendiendo que cada uno de ellos debe jugar un rol sincrónico y complementario.

La primera cuestión de diseño se concentró entonces en cómo plantear una estrategia que considerara la restitución como una política de Estado y no solo como la solución judicial de unos conflictos aislados. En ese sentido, las autoridades se enfrentaban a tres retos. El primero era buscar una alternativa a la estrategia clásica de oferta para cubrir la demanda de justicia del derecho privado basada en el caso gestionado individualmente por quien requiere justicia. El segundo era cómo establecer una estrategia para un número de casos muy amplio y disperso por todo el país. Y el tercero era cómo hacer un proceso de restitución en medio de un conflicto armado que ponía en riesgo tanto a reclamantes como a funcionarios encargados de adelantarla.

La primera decisión de política fue la concentración por áreas a partir de la estrategia de focalización territorial. El proceso de selección de los territorios incluyó factores de densidad histórica del despojo, concentración de solicitudes recibidas y condiciones de seguridad para iniciar la restitución; se dividió en dos subprocesos: macrofocalización y microfocalización. Con la macrofocalización se realiza la identificación geográfica de una zona de gran amplitud (regiones, departamentos, etc.) donde existen condiciones mínimas de seguridad, sobre las cuales es posible microfocalizar. Una vez macrofocalizado, la Unidad de Tierras continúa con el proceso e inicia la etapa de microfocalización, en la que se identifican zonas geográficas de menor extensión como municipios, veredas, etc., donde la administración considera posible iniciar la fase administrativa. Allí, la Unidad no solo tiene en cuenta el criterio de seguridad, sino, además, la densidad histórica del despojo y las condiciones para el retorno. Por ejemplo, una zona puede cumplir con las condiciones mínimas de seguridad y estar macrofocalizada, pero la densidad del despojo es mínima; en ese evento, la Unidad enfoca sus esfuerzos en otras zonas donde existen mayor cantidad de inmuebles despojados y, por ende, víctimas de la violencia. Sin embargo, eso puede variar donde las condiciones fácticas de la zona mutan periódicamente.

El segundo instrumento global de gestión de casos fue la creación de un Registro de tierras despojadas y abandonadas

forzosamente, que sirve como punto de entrada a la fase judicial. Así, la etapa administrativa identifica los criterios esenciales para establecer si el caso debe ser enviado ante la jurisdicción; si los reúne, el predio se registra. Solo aquellos predios que entren al registro podrán ser considerados para la posterior decisión de los jueces.

Los dos instrumentos fueron objeto de críticas académicas y demandas judiciales. En una demanda ante la Corte Constitucional, un grupo de víctimas atacó el registro y su denominación como 'requisito de procedibilidad' para acudir ante los jueces de restitución. De acuerdo con su postura, este requisito vulneraba el acceso de las víctimas a la justicia y, consecuentemente, vulneraba sus derechos a la verdad y a la reparación integral. La insatisfacción de los demandantes no solo era que las víctimas tuvieran que esperar a que gradualmente se hiciera el registro para acudir a la justicia sino además que, aun esperando, el caso podría no llegar a la justicia, si la Unidad de Restitución de Tierras no inscribía el predio solicitado en dicho registro.

La Corte encontró que la inscripción en el registro de tierras despojadas no violaba el derecho al acceso a la justicia y el debido proceso, por cuanto dicha inscripción no quedaba al arbitrio y discrecionalidad de la Unidad. Según la Corte, la inscripción no es un acto discrecional: si la Unidad decide no inscribir el inmueble, esa es una medida que debe tener un sustento, y, en todo caso, el rechazo de la inscripción es un acto administrativo que puede controvertirse judicialmente. Además, para la Corte, la decisión de la Unidad no es constitutiva de un derecho, es tan sólo un requisito de carácter procedimental para hacer uso de la vía judicial especial de transición. En conclusión, a juicio de la Corte, el registro de tierras era un requisito de procedibilidad, "como una manera en que la justicia transicional podría de manera ordenada, gradual y progresiva restituir los predios despojados y abandonados a través de los jueces especializados".³⁰

Con esto, la Corte dio un espaldarazo general a la aplicación de los principios de gradualidad y progresividad en los que se sustentaron ambas herramientas. Pero la implementación de los mecanismos mostró retos en la práctica, incluso para los propios operadores del sistema. Frente a la presión por mostrar resultados,

30 Corte Constitucional. Sentencia C-715 de 2012.

en un momento inicial, la Unidad de Restitución hizo pública su inconformidad por el poco margen de maniobra que el Ministerio de Defensa daba a la hora de iniciar macrofocalizaciones. En varios eventos públicos, el director de la Unidad incluso manifestó que si fuera por la Fuerza Pública, el único lugar en donde se podría iniciar la restitución era en la isla de San Andrés.³¹

De otro lado, las víctimas y organizaciones también mostraron inconformidad frente al uso del mecanismo de focalización por parte de la Unidad. Al tener plazos muy cortos para adelantar todo el trámite administrativo, la Unidad ha recurrido a ampliar los plazos a partir de mantener la zona macrofocalizada (lo cual le permite iniciar los trabajos más comunitarios, que son demorados en el tiempo), pero no iniciar la apertura de los casos específicos para que no le corran los términos de la ley. Igualmente, para el ciudadano usuario del sistema no es muy claro cuándo y cómo se selecciona una zona y cuánto tendrá que esperar para que su región sea focalizada. Además, muchas de las peticiones de los usuarios frente a estas preguntas fueron contestadas de manera vaga por la Unidad.

Por estas razones, la Corte Constitucional intervino una vez más para ajustar el procedimiento. Dicha oportunidad se dio por una acción de tutela presentada por una reclamante que solicitó información sobre la microfocalización de su predio y recibió una respuesta elusiva por parte de la Unidad. La Corte estudió entonces en detalle los mecanismos de focalización. Empezó destacando que las etapas de micro y macrofocalización no están definidas en la ley y, por tanto, son “quizás, la función más ejecutiva del Gobierno en materia restitución de tierras”. Y en la medida en que la víctima que reclama debe esperar a que se surtan estas etapas, “sin ese acto de microfocalización, su proceso queda suspendido”. Además, la Corte destacó que “la Unidad de Tierras no cuenta con un término perentorio para microfocalizar los predios”. Sin embargo, la Corte señaló que “la negativa de la Unidad para microfocalizar un predio no es necesariamente arbitraria”,

31 Posteriormente, el proceso se flexibilizó y las macrofocalizaciones avanzaron con mayor diligencia (Decreto 440 del 11 de marzo de 2016 del Ministerio de Agricultura). En la actualidad todo el territorio nacional se considera “macrofocalizado”.

pero en algunos casos “dicha decisión puede causar efectos negativos en la plena vigencia de los derechos fundamentales”.³²

Por tanto, la Corte fijó cinco reglas para la operación de estos mecanismos, que buscan hacerlos más consonantes con los derechos de las víctimas. Así, este tribunal estableció que el proceso (i) no puede quedar indefinido en el tiempo; (ii) la Unidad tiene el deber de responder las reclamaciones de tierras con datos empíricos que justifiquen las circunstancias objetivas por las cuales no ha focalizado; (iii) el proceso no puede quedar inactivo; (iv) el Gobierno, cuando menos, debe diseñar e implementar un *plan estratégico* que garantice la progresividad en la protección de la faceta positiva del derecho a la restitución de tierras; y (v) cuando sea imposible jurídica o materialmente el restablecimiento de los derechos sobre la tierra, deberá, entonces, adoptar alternativas (previstas en la Ley 1448 de 2011), como la indemnización y/o compensación de derechos, luego de haber surtido el respectivo trámite ante los jueces.

Así las cosas, el proceso de focalización como estrategia regida por los principios de progresividad y gradualidad ha ido fortaleciéndose. Evidentemente sigue teniendo enormes retos. Al cierre del quinto año de vigencia de la ley, casi la mitad de reclamaciones recibidas no habían iniciado su trámite. En muchos casos, la razón era la continuidad de la violencia, algo que posiblemente disminuirá con la finalización del conflicto con las FARC, pero no solucionará del todo el problema. Depende también de que se enfrenten otras circunstancias objetivas de violencia (otras guerrillas y otros grupos armados) y que el Estado tenga la capacidad para llegar a estas zonas. No obstante, la estrategia permitió que la Unidad tramitara, de manera más o menos ordenada, una cifra cercana a 35.000 solicitudes en un término aproximado de cuatro años, lo cual es un número bastante alentador en términos de ejecución de política pública, dada la experiencia colombiana.

Esta estrategia de enfrentar las barreras tradicionales a este tipo de procesos se complementó con acciones para la gestión micro de los casos. Es decir, en cómo organizar los procedimientos administrativos y judiciales para que operen de la manera más eficiente y rápida posible y no terminen en gestiones burocráticas

32 Corte Constitucional. Sentencia T-679 de 2015.

que impidan la resolución de los casos. Esta fue la suerte que corrió no solo con los procedimientos agrarios administrativos, sino también con los procedimientos judiciales ordinarios. Al juntar procedimientos administrativos y judiciales existía un enorme riesgo de hacer un proceso doblemente complejo y demorado.

En este caso, de nuevo, la implementación de la acción ha combinado herramientas jurídicas y de gestión de procesos para que la acción de restitución se separe de los precedentes citados. A nivel administrativo, es decir, en la parte del proceso que se lleva ante la Unidad se han introducido metodologías que privilegian el trabajo colectivo e interdisciplinario como los estudios de contexto,³³ los trabajos de barrido territorial con herramientas de enfoque comunitario y de acción sin daño, el trabajo técnico de identificación predial,³⁴ entre otros (URT, 2014). Todo este proceso de construcción de casos en clave territorial e interdisciplinaria ha sido en sí mismo un notable cambio respecto de la manera como se adelantan los procesos civiles ordinarios de adjudicación de derechos. Y hay una herramienta adicional que se constituye como uno de los

33 El propósito de los documentos de análisis de contexto (DAC) es reconstruir las dinámicas políticas, sociales, económicas y culturales que propiciaron el proceso de despojo o abandono del predio o predios solicitados en restitución, mediante el estudio de aquellas relaciones de poder entre sujetos, entre sujetos y territorio, que de algún modo precipitaron el rompimiento del vínculo entre el solicitante y el predio (URT, 2014, p. 384).

34 Este informe es realizado por la Unidad de Restitución con base en distintas fuentes, que incluyen la visita a los predios objeto de disputa. Inicialmente, distintos jueces tuvieron dudas sobre cuál debería ser el valor jurídico de este documento y de si podía otorgársele el carácter de “plena prueba”. Algunos sostenían que, al ser una prueba realizada por una de las partes del proceso, el documento no podría ser valorado como prueba fidedigna y debía ser contrastado con la información predial y registral depositada en otras instituciones del Estado. La experiencia de los procesos ha llevado a que este informe se convierta en una herramienta fundamental para dirigir los procesos. En ausencia de información predial o registral, ha sido fundamental para adelantar los procesos. En otros casos, el informe se ha convertido en el punto de referencia para verificar las falencias de los sistemas de información ordinarios. En este ejercicio, puede citarse la labor realizada por el Tribunal Superior de Bogotá, de contrastar la información del informe técnico predial con la proveniente del IGAC. Al encontrar discrepancias, el Tribunal citó a una audiencia pública a las entidades para evidenciar las diferencias y les ordenó allí que trabajaran conjuntamente en la corrección de la información para que la Unidad presentara un informe técnico ajustado (Tribunal Superior de Bogotá. Sala Civil Especializada en Restitución de Tierras. Rad. 73001-31-21-002-2014-00165-01, del 30 de septiembre de 2016).

legados de los procesos de justicia transicional a la justicia ordinaria, tanto en los procesos penales de justicia y paz como en estos de restitución de tierras: el énfasis en la importancia de la aplicación de metodologías de identificación de patrones para enfrentar hechos masivos.³⁵ En lugar de establecer la reconstrucción caso a caso por unidad de demanda, estas metodologías han permitido que primero se reconstruyan los contextos y patrones, y de allí se deriven las conclusiones para los casos, lo cual ha significado un enorme avance para combatir situaciones de violación masiva y maximizar la eficiencia de los despachos judiciales.

Por supuesto, tanto en la parte administrativa como en la judicial subsisten problemas de implementación, como ineficiencias, duplicidades, falta de claridad de ciertos procesos y divergencia de estándares aplicados. Pero aun con estos problemas –que difícilmente pueden ser erradicados de un sistema tan complejo como este–, los avances que ha producido este proceso de organización del trabajo han sido notables, no solo en la cantidad de casos que han sido estudiados, tramitados y finalizados, sino además en el tiempo que se han tardado. A cinco años de vigencia de la ley, la duración promedio de casos fue de cerca de un año y dos meses, algo que contrasta con los más de diez años que podía llegar a tardar un proceso administrativo ante el Incoder o Incora, o los diez a quince años de un proceso ordinario sobre predios en la jurisdicción ordinaria.³⁶

35 La práctica judicial no solo ha avalado el uso de contextos como una forma válida de demostrar patrones con consecuencias de comprobación judicial, sino que los juzgados y tribunales han fijado varias reglas y subreglas al respecto. Por ejemplo, la jurisprudencia ha sostenido que para confirmar el estado de violencia generalizada no se requiere medio probatorio alguno (mediante prueba documental se acreditan la fecha y el municipio de conformación de los grupos armados organizados al margen de la ley, el desplazamiento forzado a causa de la violencia en las veredas donde se ubican los predios reclamados) (Juzgado Civil del Circuito Especializado en Restitución de Tierras - Itinerante, Antioquia. Sentencia 050003121101-201500007-00 del 31/08/2015, p. 18). Además, esta tesis se complementa con la jurisprudencia que sostiene que es suficiente para demostrar que el abandono forzado/despojo ocurrió con ocasión del conflicto armado una vez se acrediten los patrones de violencia (Corte Constitucional. Sentencia T-834 de 2014. M. P. Jorge Iván Palacio).

36 Es necesario aclarar que a la misma fecha de corte (cinco años de vigencia de la ley) se encontraban pendientes de decisión judicial cerca de 12.000 casos, con lo cual se avizora un posible congestionamiento en la fase judicial. Esto se debe, fundamentalmente, a la falta

Ocupación secundaria y buena fe

En la práctica, uno de los conceptos más desafiantes a la hora de interpretar la ley ha sido sin duda el de la “buena fe”. Dicho concepto ha generado al menos tres discusiones. La primera se relaciona con el alcance de la presunción de buena fe y la posibilidad de derrotar dicha presunción en los casos donde las declaraciones de la víctima no son claras o se evidencian inconsistencias o contradicciones.³⁷ La segunda, con la proporcionalidad de las disposiciones de la ley (arts. 76 y 88), que parecen excluir de la aplicación de la presunción de buena fe a las víctimas de abandono o despojado de predios distintos al que es objeto de restitución.³⁸ La tercera cuestión ha girado en torno al estándar de la buena fe exenta de culpa exigida a los opositores (art. 88); allí, tanto jueces como Unidad se han preguntado: ¿es necesario mantener el estándar de buena fe exenta de culpa tratándose de terceros altamente vulnerables?; si se mantiene el estándar, ¿debe el juez ordenar medidas para evitar la vulneración de derechos fundamentales a estos terceros, con ocasión de la diligencia de desalojo del predio restituído? (Bolívar *et al.*, 2016).

Este tema envuelve una complejidad de discusiones jurídicas, sociales y políticas que se entrecruzan. La práctica judicial ha intentado enfrentar los desafíos jurídicos apalancando modificaciones de política pública que respondan a los desafíos sociales y políticos. Estas soluciones, si bien controversiales y no estructurales, han dado lugar a un diálogo entre judicatura y Gobierno que muestra cómo el proceso de intercambio puede generar acciones positivas para una mejor política pública.

de jueces y magistrados para atender los casos. (A junio de 2016, el Consejo Superior de la Judicatura había instalado 40 juzgados civiles especializados para la restitución de tierras y 5 tribunales superiores. Es decir, 40 jueces y 15 magistrados). Pero no sólo demuestra problemas en las metodologías usadas, sino la necesidad de dotar con personal humano y administrativo suficiente para enfrentar las exigencias de política.

37 En estos casos, la discusión ha girado sobre qué significa buena fe y cuál es su alcance frente a lo que exponen los reclamantes.

38 Aquí, la pregunta ha sido si podría o no aplicarse el estándar de buena fe simple a los dichos y pruebas de personas que en el proceso no obran como reclamantes, sino como interesados o terceros, pero quienes ostentan la calidad de víctimas por otros hechos o desplazamientos.

El punto de partida jurídico está en el objetivo de la ley: la reversión del despojo a partir de la declaración de la ilicitud de las transacciones ilegítimas. Con esto, no solo se buscó devolver los predios, sino además impedir que quienes se aprovecharon de la violencia consoliden su enriquecimiento ilícito. En tal sentido, la ruta colombiana de restitución es no solo distinta a la de Sudáfrica (que se basó en la restitución a partir de la compra de predios con fondos públicos), sino más difícil. Requiere no solo probar que una familia determinada fue víctima, sino que además debe vencer en juicio a quien en la actualidad tenga una relación jurídica con el predio. Por esta razón, la ley incluyó la cláusula de la “buena fe exenta de culpa” como un estándar probatorio que balanceara la necesidad de una presunción a favor de las víctimas, con la posibilidad de que el tercero se defendiera en el juicio. Así, la ley no impide que los terceros se defiendan –e incluso que salgan triunfantes en sus pretensiones– sino que les impone un estándar probatorio más alto. Con ello, la ley pretendió que las víctimas no estuvieran en el mismo lugar que los actores armados y sus testaferros.

Ahora bien, tras un conflicto armado tan prolongado y con distintas olas de colonización en las regiones, los jueces se han encontrado en la práctica que muchos de quienes hoy ostentan la calidad de terceros no corresponden a despojadores ni testaferros, sino a comunidades vulnerables,³⁹ muchas de ellas también víctimas de la violencia en otras regiones.⁴⁰ Pero la letra estricta de la ley no parecía haberse ocupado de estos casos. Según la ley, las personas que obraran como reclamantes tendrían derecho a

39 Como fue el caso conocido por el Tribunal del Norte de Santander, en el que constató la vulnerabilidad de una segunda ocupante, dada su condición de pobreza, pero no encontró que cumpliera con el estándar de “buena fe exenta de culpa” (Tribunal Superior del Distrito Judicial de Norte de Santander, Sala Civil Especializada en Restitución de Tierras. Rad. 54-001-22-21-003-2013-00146-00 del 22/10/2014).

40 En casos recientes, varios tribunales han determinado que cuando el opositor es víctima del conflicto armado, el análisis de la buena fe exenta de culpa deberá hacerse diferenciando respecto de los opositores que no ostentan esa calidad (entre otros, ver Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, Sala Civil Especializada en Restitución de Tierras. Sentencia 13244312100220130022-00 del 16/12/2014, p. 27; Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil Especializada en Restitución de Tierras. Sentencia 50001-31-21-001-2013-00165-01 del 24/07/2014, p. 35).

que se les aplicara el estándar de buena fe simple, mientras que los opositores (sin distinción) deberían sobrepasar el riguroso reto de la “buena fe exenta de culpa”.

La grave situación social de muchos ocupantes secundarios generó amplias dudas sobre cómo proceder, tanto para la Unidad como para los tribunales que tenían la tarea de decidir los casos. Algunos de ellos opinaban que el proceso de restitución debería dar una solución viable a estas familias, con base en los principios de reconciliación, intervención sin daño y prelación de derechos humanos. Por consiguiente, esta corriente defendía la idea de que los jueces podían dar órdenes a la Unidad de restitución y a otras instituciones para que se encargaran de mitigar los daños que se pudieran acarrear a estos segundos ocupantes en virtud de la restitución. Pero, por otro lado, otros operadores consideraban que era imposible o improcedente que la judicatura se pronunciara al respecto. A su favor, los defensores de esta corriente argumentaron que la restitución no podía abarcar todos y cada uno de los rezagos estatales en materia de tierras y ruralidad y que, pretender hacerlo, podría llevar a una sobrecarga de las tareas de la restitución. Además, los críticos plantearon que la Unidad de Restitución tenía una vocación misional de representación de víctimas, lo que se subvertiría en caso de que tuviera que atender también a opositores. Por otro lado, se cuestionó que recursos fiscales directamente destinados para reparación a víctimas fueran usados para otras poblaciones.

Las primeras sentencias, dictadas por los jueces y tribunales entre 2012 y 2013, negaron el reconocimiento de segundos ocupantes vulnerables, así como cualquier forma de asistencia a partir del proceso de restitución (URT, 2017).⁴¹ Pero la situación cambió con una decisión del Tribunal de Bolívar en la que conminó a la Unidad a que brindara atención a una segunda ocupante. A partir de allí, los casos con reconocimiento de los segundos ocupantes aumentaron exponencialmente: en 33 de ellos, se repitió el llamado de la sentencia del Tribunal de Bolívar; en otros 21 se dieron órdenes, pero resultaron ambiguas para la Unidad pues

41 La Unidad de Restitución realizó un estudio de reconstrucción de líneas jurisprudenciales a partir de 99 sentencias sobre segundos ocupantes entre 2014 y finales de 2016 (URT, 2017).

los juzgados y tribunales le pedían que “estudiara” los requisitos para la inclusión de estas personas en programas de segundos ocupantes; y en 9 casos los tribunales ordenaron medidas específicas para estas familias (URT, 2017). Así, la jurisprudencia ha optado por distintas clases de tercero y ha graduado la aplicación de los requisitos de conocimiento dependiendo de la capacidad específica de ese tercero en cuanto a los hechos. En consecuencia, no es lo mismo aplicar un estándar de conocimiento y conducta para la investigación de títulos a una empresa que hace una inversión que aplicarlo a una familia campesina analfabeta.⁴²

Frente a esta situación, la Unidad de Restitución tuvo que movilizarse y crear una respuesta institucional. Esto se hizo a partir de la emisión de acuerdos que le permitieron atender estos requerimientos. Específicamente, el Acuerdo 29 de abril de 2016 adoptó un reglamento para el cumplimiento de las providencias judiciales ejecutoriadas que ordenaran la atención a segundos ocupantes. El reglamento estableció que la competencia para determinar quién sería segundo ocupante estaría en cabeza de los jueces y que la Unidad se concentraría en brindarles una serie de medidas de política pública en cumplimiento de sus órdenes.

La respuesta de la Unidad fue un importante paso para despolarizar muchas situaciones que en terreno habían resultado muy conflictivas entre comunidades, especialmente a la hora de buscar el cumplimiento de la restitución material de los predios. Sin embargo, dos cuestiones siguieron siendo objeto de debate judicial y público. Por un lado, los jueces y tribunales debatían sobre a quién debería considerársele efectivamente como “segundo ocupante” sujeto de atención. Por el otro, opositores políticos de la restitución y las políticas de víctimas iniciaron una campaña

42 Este estándar diferenciado ha sido aplicado, por ejemplo, a empresas que han intervenido como opositoras de la restitución, como la Cementera Argos. En un caso de acumulación de tierras en la zona de los Montes de María, el Tribunal señaló: “Las pruebas relacionadas no demuestran ausencia de labor encaminada a establecer que cuando el actor [campesino] vendió su predio en el año 2008 actuaba libre de apremio o intimidación, a pesar de conocer el cuadro de violencia vivido en la región y la afectación directa de la misma; a la cementera solo le importó concentrar la mayor cantidad de predios para implementar su proyecto forestal, incurriendo aún en irregularidades en su adquisición” (Tribunal Superior de Antioquia, Sala Especializada en Restitución de Tierras. Rad. 13244-31-21-002-2013-00077-00. Octubre 12 de 2016).

pública para mostrar los casos de familias vulnerables que debían desalojar predios ordenados en procesos de restitución como las “víctimas de la ley de restitución” (Lewin *et al.*, 2016).

La estrategia entonces se trasladó a la Corte Constitucional, como una forma de dar respaldo jurídico a los jueces y enfrentar los desafíos políticos de las campañas contra la restitución.⁴³ Organizaciones campesinas cercanas a la política de restitución, preocupadas por la situación de campesinos sin tierra vulnerables, demandaron ante la Corte la expresión “exenta de culpa”, contenida en los artículos 88, 91, 98 y 105 de la Ley 1448 de 2011.⁴⁴ A finales de 2016, este tribunal, en la Sentencia C-330 de 2016, declaró la norma conforme a la Constitución, bajo el entendido que es un estándar que debe ser interpretado por los jueces de forma diferencial, frente a los segundos ocupantes que demuestren condiciones de vulnerabilidad y no hayan tenido relación directa o indirecta con el despojo.⁴⁵

Esta proba doctrina judicial ha sido crucial para enfrentar ataques políticos a los que se ha sometido la ley con ocasión de la implementación de dicho estándar. En la medida en que las

43 A inicios de 2016 fue presentado ante el Senado un proyecto de ley con el propósito de reformar el artículo 78 de la Ley 1448, es decir, la norma que contiene la exigencia de la buena fe exenta de culpa. El proyecto fue defendido por los sectores conservadores del país, especialmente por la representante a la Cámara María Fernanda Cabal, que respalda en el Congreso a una de las agremiaciones de ganaderos más grandes del país (Gutiérrez, 2016; Bolívar, 2016).

44 Los magistrados Vargas Silva y Palacio salvaron parcialmente su voto, indicando que si bien compartían el postulado general, estimaban que la norma debió declararse constitucional de manera “pura y simple”, dado que “es el juez de restitución de tierras el llamado a revisar en cada caso si opera o no la presunción de ‘buena fe simple’ o ‘exenta de culpa’, como ha venido ocurriendo en los últimos cinco años de la implementación de la Ley 1448 de 2011”.

45 Para la Corte Constitucional, “los segundos ocupantes son entonces quienes, por distintos motivos, ejercen su derecho a la vivienda en los predios que fueron abandonados o despojados en el marco del conflicto armado interno” y quienes se encuentran en una situación de vulnerabilidad. Además, la Corte señaló: “Segundos ocupantes y opositores, tienden a confundirse a nivel procesal lo que, en últimas, invisibiliza la situación de los primeros. Sin embargo, existen diferencias fundamentales entre ambos, pues mientras el opositor reivindica la titularidad del bien objeto de restitución y lo disputa con el solicitante durante el proceso alegando mejor derecho; el segundo ocupante, por su parte, encarna la situación fáctica y jurídica de quien habita o deriva de aquél bien inmueble, sus medios de subsistencia”.

decisiones judiciales muestren que los casos se deciden de manera flexible, pero sin arbitrariedad, más posibilidades hay de defender el modelo general de la ley en el escenario político que en contextos de polarización siempre es vulnerable a posibles retrocesos.

Sin embargo, un aspecto del que no podrán dar cuenta suficientemente la doctrina legal ni el proceso de restitución es el de todos los desafíos sociales de esta situación. Los jueces y magistrados han buscado soluciones creativas, como ordenar compensaciones o incluso permitir que los terceros se queden con la posesión y titularidad de la tierra en aquellos casos en donde han determinado que, dada su vulnerabilidad, la decisión más justa es que el más vulnerable y apegado a la tierra se quede con ella, y la otra familia víctima acceda a una compensación (URT, 2017). Por su parte, la Unidad ha ampliado su mandato para tener la competencia de introducir partidas presupuestales que permitan mitigar los efectos de la restitución en familias vulnerables, incluyendo la dotación de tierras y medidas sociales complementarias.⁴⁶ Pero sin una política pública específica de desarrollo rural y de dotación de tierras, los esfuerzos tanto de jueces como de la Unidad son realmente insuficientes.⁴⁷ Aquí la acción de restitución

46 Con posterioridad a la Sentencia C-330 de 2016, la Unidad expidió un nuevo acuerdo para ajustarse a la decisión de la Corte. En tal sentido, el Acuerdo 33 de 2017 busca armonizar con lo dispuesto por la Corte Constitucional, en el entendido que la competencia para determinar las medidas de atención a favor de segundos ocupantes es exclusiva de los despachos judiciales. Así, los jueces son los encargados de identificar en su sentencia quiénes son los segundos ocupantes.

47 Pese a que con este diálogo entre jurisdicción y administración se ha avanzado mucho en los últimos meses, todavía subsisten interrogantes y problemas. Uno de ellos es cómo identificar la vulnerabilidad de quienes se presentan como segundos ocupantes en los procesos. Según la jurisprudencia de la Corte, esta declaración deben hacerla los jueces, pero hay un debate sobre cuáles son los criterios para tal declaratoria. La Unidad ha creado instrumentos de referencia para orientar a los jueces, pero los funcionarios judiciales todavía manifiestan carencias de información y herramientas de análisis para su declaratoria. En algunos casos, jueces y magistrados con información brindada por la Unidad no han declarado a familias e individuos como segundos vulnerables y sin ese reconocimiento no pueden acceder a los programas de gobierno destinados a ellos. Frente a estas situaciones, la Defensoría del Pueblo ha iniciado acciones de tutela contra las providencias judiciales que han sido falladas a favor de los demandantes en tutela. Ver referencias de decisiones de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia en URT (2017).

ción está buscando mitigar los efectos de la inexistencia de otras políticas, pero no tiene la capacidad de solucionar los déficits estructurales de las situaciones rurales.

Órdenes estratégicas y compromiso posfallo

En los conversatorios y ejercicios de reflexión y socialización, los jueces y magistrados de restitución han debatido sobre qué debería entenderse por una decisión ideal en materia de restitución.⁴⁸ El reto ha sido cómo promover que los jueces vayan más allá de la tradición ordinaria y hagan uso de las herramientas de la ley, pero que eviten decisiones maximalistas que, sin poder ser realmente cumplidas, persigan transformar las relaciones sociales, políticas y económicas de las zonas en donde se realiza la restitución.

Con algunos casos marginales, la práctica judicial que se ha ido formando se mueve dentro de posiciones razonables, evitando uno u otro extremo y generando sinergias entre las distintas instituciones encargadas de las tareas de la transición.⁴⁹ Para esto fue fundamental la manera en que los jueces y magistrados han hecho uso de la metodología decisonal de la Corte Constitucional en el seguimiento a las macrosentencias como la Acción de Tutela T-025 sobre política de desplazamiento forzado (Rodríguez y Rodríguez, 2015). En su práctica, los despachos de restitución han entendido que en cada caso concreto deberán dar órdenes distintas y que la forma en que lo hagan condiciona el seguimiento.⁵⁰

48 Conversatorio regional sobre la materialización de la reparación integral en el cumplimiento de las sentencias de restitución - Bogotá.

49 Un intercambio positivo en este aspecto ha sido la relación entre el Centro Nacional de Memoria Histórica (CNMH) y los jueces de restitución. Gracias al proceso de capacitación judicial, desde el inicio, numerosas sentencias acudieron a las medidas de memoria como complementarias y necesarias para la reparación de las víctimas y, por tanto, impartieron una serie de órdenes hacia el CNMH. Pero muchas de estas eran técnicamente imposibles de cumplir pues pasaban por alto la naturaleza propia de estas medidas o resultaban inconvenientes debido a la formulación específica dada en el despacho. Esta tensión fue reconvertida en un proceso de diálogo entre los jueces y el CNMH, propiciado por la Escuela Judicial Rodrigo Lara. Esto ha permitido una mejor aplicación de las medidas y la expansión del conocimiento de la Rama Judicial sobre este tema, e incluso se ha replicado en otras jurisdicciones (Sánchez, 2015).

50 El magistrado Oscar Ramírez, de la sala de Bogotá, ha propuesto un modelo basado en una tipología de tres tipos de órdenes: órdenes preparatorias, órdenes proferidas en el fallo y órdenes que se

En esta materia de seguimiento al cumplimiento, los despachos de restitución también han tomado la experiencia de la tutela y creado mecanismos como audiencias, cronogramas de trabajo, y subsecuentes órdenes de seguimiento. Incluso, en búsqueda de las mejores órdenes materiales posibles, en la judicatura ha existido un interesante debate sobre correcciones a las sentencias y modificaciones a las órdenes contenidas en ellas. Esto se debe a que durante los difíciles y largos procesos posfallo, en muchas ocasiones se evidencia que el alcance o sentido de una orden no resulta ser el más adecuado. La pregunta que surgía entonces era si los jueces podían corregir sentencias ya dictadas o si debía darse curso a los procesos ordinarios de corrección de errores. Esta última salida daría lugar a que los procesos tuvieran que paralizarse debido a las características de estos procedimientos ordinarios. La mayoría de despachos ha llegado a la conclusión que en aras de cumplir con el objetivo de justicia material, los juzgados y tribunales tienen la posibilidad de hacer enmiendas, pero ejerciendo dicha facultad de manera razonada y limitada.⁵¹

Una segunda complejidad de este sistema es que el cumplimiento de los factores que inciden en una restitución comprehensiva que vaya más allá del reconocimiento del título jurídico exige el concurso de una multiplicidad de actores institucionales en distintos niveles. Una evaluación de la URT mostraba que, para 2014, la mayor proporción de las órdenes (77%) se hallaba en cabeza de entidades del orden nacional, en la órbita del Ejecutivo. El 20% de las órdenes se distribuía entre las entidades territoriales (municipios 14%, gobernaciones 3% y otras entidades descentralizadas 3%), y el restante 3% en los circuitos judiciales⁵² (URT, 2014).

producen en el marco de las audiencias de seguimiento a los fallos (Conversatorio regional sobre la materialización de la reparación integral en el cumplimiento de las sentencias de restitución - Bogotá).

51 El concepto de 'mutabilidad de la sentencia' ha sido ampliamente discutido en los conversatorios de jueces y magistrados. Ver, por ejemplo, la discusión que generó la ponencia de Arturo Cárdenas Monedero en el "XIV Encuentro Nacional de la Especialidad de Restitución de Tierras", Cúcuta, 25 a 27 de noviembre de 2015.

52 Los juzgados civiles municipales y promiscuos cumplen un papel significativo en las órdenes asociadas a las diligencias para la entrega material y simbólica de los predios, al igual que las relacionadas con la materialización de las órdenes de las sentencias y, en algunos casos, la suspensión de medidas cautelares que pesan sobre

En el nivel nacional, dichas órdenes se dirigieron a 35 instituciones distintas, pero se concentraron en un 80% en la Superintendencia de Notariado y Registro (SNR) (incluyendo órdenes directas a la SNR, oficinas de registro de instrumentos públicos, ORIP, y notarías), la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas (UAERIV), la Unidad de Restitución de Tierras, el IGAC, el Incoder, el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural y la Fuerza Pública. Por su parte, en el ámbito territorial, la Unidad encontró que el 72% de las órdenes eran hasta ese entonces responsabilidad de los municipios (especialmente de las secretarías del despacho), mientras que el 15% de las órdenes territoriales se dirigían a las gobernaciones y sus secretarías. El restante 13% se distribuía entre otras entidades descentralizadas, empresas de servicios públicos, corporaciones autónomas regionales, catastros descentralizados, e incluso comités territoriales de justicia transicional, creados por la Ley de Víctimas y de Restitución de Tierras (URT, 2014, p. 119).

La Unidad de Restitución ha intentado jugar un doble rol: asumir una labor proactiva de promoción del cumplimiento de estas órdenes por parte de otras instituciones⁵³ y cumplir adecuadamente las órdenes que le son formuladas.⁵⁴ No obstante, el cumplimiento efectivo y rápido de las decisiones sigue siendo uno de los temas más desafiantes de este modelo de intervención. Bolívar *et al.* (2016) evaluaron el cumplimiento de las órdenes sobre vivienda emitidas por los jueces de restitución con corte a abril de 2016 y encontraron que si bien un número importante de los fallos judiciales que ordenan la restitución o formalización

los predios objeto de restitución. Además, los jueces de familia reciben órdenes para iniciar procesos sucesorales.

53 La Unidad ha realizado un monitoreo de las órdenes para promover que los actores involucrados generen los mecanismos institucionales que les permitan el cumplimiento. En 2016, esta labor fue incluso convertida en una prioridad en el interior de la Unidad, al crear una Subdirección específica para el posfallo.

54 Buena parte de las órdenes que se dirigen especialmente a esta entidad son ejecutadas por el Fondo de Restitución creado por la propia ley y administrado por la URT. En los distintos informes de gestión hay información detallada sobre las actividades desarrolladas y el presupuesto destinado para cumplimiento, así como algunos de los limitantes a los que se ha enfrentado el Fondo y los problemas de cumplimiento. Ver, por ejemplo, URT (2015).

de la propiedad han asignado al mismo tiempo el acceso preferencial al subsidio de vivienda, persisten serias dificultades en materia de acceso real al derecho a la vivienda digna para esta población. El mencionado estudio cita tres problemas específicos: 1) dado que el programa de subsidio de vivienda es estandarizado, la restitución de este derecho no logra responder a la dimensión de la pérdida del bien y los daños asociados; 2) la política de restitución de viviendas no contribuye efectivamente a fomentar el retorno de los restituidos; y 3) la asignación y ejecución de la solución de vivienda puede tardar dos o más años, periodo al cabo del cual se levanta la medida de protección voluntaria sobre el predio, autorizando su venta o comercialización.

El proceso de implementación de las decisiones muestra el contexto social e institucional en el cual opera la medida de restitución. En ese sentido, en esta etapa es donde más se revelan las restricciones de una medida de transición que se adelanta frente a un marco institucional precario y que, sin políticas complementarias, la propia eficacia de esa medida es muy limitada. En primer lugar, las órdenes que complementan la política de restitución jurídica de los predios deben ser atendidas a través de los mecanismos y canales institucionales de la política social. El problema es que en un contexto de ausencia estatal en las áreas rurales, para dar cumplimiento a las órdenes a veces es necesario construir de cero la institucionalidad encargada. En otros casos, dichos procesos exigen la aprobación de presupuestos por parte de autoridades locales que o no están preparadas para acometer la tarea, o simplemente no tienen como prioridad las medidas que son ordenadas por los jueces.⁵⁵ El Gobierno nacional ha intentado mejorar los sistemas de coordinación y crear incentivos para las entidades territoriales con el fin de que incluyan líneas de restitución de tierras en sus planes locales, pero esta política todavía sigue presentando rezagos. Los resultados son entonces mixtos

55 Para enfrentar esta situación, a finales de 2015, el Gobierno nacional adoptó un decreto para mejorar la estrategia de corresponsabilidad entre la nación y las entidades territoriales, especialmente en la articulación de instrumentos de planeación en donde deben estar contempladas las acciones y presupuestos de inversión como los planes de acción territorial (PAT) y los planes de desarrollo territorial (PDT). Ver Decreto 2640 de 2015, complementado por la Resolución 0289 de marzo de 2016.

y dependen en buena medida de factores coyunturales como la voluntad política de las autoridades locales, la disponibilidad de recursos de cooperación, las relaciones entre funcionarios en los mecanismos de coordinación, la labor más asertiva del funcionario judicial en terreno, entre otros.

En segundo lugar, los mecanismos complementarios destinados a promover proyectos productivos propios por quienes obtienen la restitución de su predio abrigan muy poca posibilidad de éxito en el mediano y largo plazo. La URT tiene una bolsa de proyectos productivos que buscan convertirse en un capital semilla para el desarrollo de un proceso de explotación productiva de los predios, el cual, complementado con las medidas de política social y la titularidad de la tierra, tendría la vocación de garantizar un proyecto de vida digna a la población restituida. No obstante, todos los estudios serios sobre inclusión social de la población rural coinciden en que un verdadero modelo de política debe evitar un enfoque meramente asistencialista y entender que la intervención debe ser multidimensional.⁵⁶ Mientras que esto no ocurra, los esfuerzos que se hagan no serán capaces de enfrentar realmente los problemas de las comunidades y más temprano que tarde los hogares restituidos tendrán que abandonar su tierra por asfixia económica. Esto demuestra que si bien la política de restitución puede contribuir en muchos sentidos a la solución de

56 El Informe de la Misión Rural muestra que una solución al problema de inclusión productiva necesariamente “pasa por atacar los problemas estructurales de la educación en el campo, incluyendo la técnica y superior, facilitar condiciones que promuevan la formalización del empleo rural, dotar a los territorios rurales de una adecuada provisión de bienes y servicios públicos, superar las barreras al acceso de los pequeños productores, niveles suficientes de factores de producción como la tierra, el crédito, la tecnología (con especial énfasis en la asistencia técnica) y suficientes recursos naturales”. Para ello también es necesario, de manera complementaria, “lograr una coordinación efectiva entre los múltiples actores del campo lo que incluye: i) un mayor nivel de asociatividad de pequeños productores para generar economías de escala y avanzar en los procesos de transformación y comercialización conjuntamente; ii) la articulación y potencialización de las diferentes iniciativas de inclusión productiva existentes, al tiempo que se dividen mejor las funciones de los actores públicos que en muchos casos se traslapan o compiten entre sí; y, iii) la intervención del Estado para corregir las fallas de mercado y los problemas de comercialización inherentes a la dispersión, la condición precaria de muchos de los alimentos producidos y el poder de mercado que tienen algunos actores de las cadenas productivas” (Misión Rural, 2015, p. 125).

ciertos conflictos, no puede constituirse en sí misma en una solución completa a los intrincados problemas de política pública de la ruralidad colombiana.

Los distintos efectos de los procesos de restitución de tierras

Pese a haber puesto en marcha estos procesos, es imposible decir que en sus primeros cinco años de implementación, la restitución de tierras ha transformado de manera radical las relaciones sobre la tierra en Colombia. Tampoco ha logrado restituir un número de hectáreas suficiente como para cambiar la relación de tenencia inequitativa de la tierra en el país. Pero ninguno de estos dos enunciados puede llevar a declarar abiertamente que la implementación de la acción de restitución de tierras ha sido un fracaso. Primero, porque entre sus objetivos específicos nunca ha estado cumplir con estos resultados. Además, hay una serie de acumulados en términos de justicia material, experiencia institucional y logros simbólicos directamente derivados del proceso de implementación de la política de restitución.

Pero aun con esta salvedad, sigue abierta la pregunta de qué tanto pueden ser vistos estos acumulados como potenciales herramientas para avanzar en la tarea de saldar las deudas históricas de la sociedad y el Estado con el campo colombiano. Una forma esquemática de leer estos resultados es a partir del modelo constructivista propuesto por Rodríguez y Rodríguez (2010) para el seguimiento de sentencias judiciales de derechos sociales con órdenes complejas. El modelo no solamente es pertinente, dado que se trata de procesos multifacéticos y difíciles de comprender mediante una revisión estrictamente positivista instrumentalista. Además, resulta pertinente en la medida en que la evaluación de caso del estudio de los Rodríguez precisamente se realizó como una forma de evaluar la intervención estatal en materia de desplazamiento forzado en Colombia (2010 y su actualización en 2015).

La propuesta de los Rodríguez parte de reconocer que una política de este tipo tiene la potencialidad de producir impactos de dos clases: por un lado, directos e indirectos, con referencia a la forma en que se dirige el efecto; por el otro, materiales

o simbólicos, según como se materialicen dichos efectos. Como ambas variables se entrecruzan, las dos clasificaciones pueden dar lugar a cuatro tipos de efectos: i) instrumentales directos (por ejemplo, la expedición de normas, el diseño de política o la ejecución de una obra pública ordenada por el juez); ii) instrumentales indirectos (por ejemplo, la entrada al debate de nuevos actores sociales atraídos por las oportunidades de incidencia abiertas por la medida); iii) simbólicos directos (como la modificación de la percepción pública del problema); y iv) simbólicos indirectos (por ejemplo, la legitimación de la visión del problema social propuesta por los litigantes, o la transformación de la opinión pública sobre la gravedad o urgencia del problema) (Rodríguez y Rodríguez, 2010, p. 24).

Los acumulados recogidos en la sección anterior muestran que la implementación de la estrategia de justicia transicional para la restitución de tierras ha tenido, en mayor o menor medida, impactos en los cuatro ejes. Los efectos instrumentales directos son los más conocidos y también los más debatidos. En este eje se incluye el número de casos resueltos por el sistema⁵⁷ (que asciende a 22.244 solicitudes, si se suman las 3.734 que se han resuelto en las casi 2.000 sentencias judiciales, y las 18.510 solicitudes que se resolvieron en la etapa administrativa negando el registro); el número de hectáreas restituidas jurídicamente (187.561 ha); el número de personas que han sido beneficiarias de la restitución (22.657); el porcentaje de hogares con orden de restitución que cuentan con el goce material de los predios (84%),⁵⁸ entre otros. Las valoraciones de esta realidad oscilan dependiendo de contra qué se contrastan estas cifras: a la política le va bien, si se contrasta frente a la justicia material existente antes de la ley (que era completamente nula); regular, si se contrasta con las metas de ejecución que se fijó la URT en el momento de diseñar la política; o muy mal, si se compara con los estimados del despojo que se tenían antes de empezar la implementación de la política.⁵⁹

57 Los datos de esta sección corresponden al reporte de estadísticas de la URT a 31 de mayo de 2016. Es decir, el mes de cierre de los cinco primeros años de vigencia de la ley.

58 La URT incluye a los hogares que efectivamente han habitado, usufructuado o realizado retorno laboral a los predios.

59 En el capítulo V se hizo referencia a ellos. Algunos llegaron a

Lo que parece inobjetable es que hoy hay más de 20.000 personas que se han beneficiado de la restitución y que difícilmente lo hubieran hecho en este lapso de tiempo, si solamente hubieran podido recurrir a los mecanismos judiciales ordinarios que proveía la ley civil y contencioso-administrativa colombiana.

En donde poco se ha concentrado la discusión, pero que es tal vez el aspecto más interesante del proceso de implementación de la estrategia de restitución, es en el eje de los efectos instrumentales indirectos. El primero es la creación del propio modelo, es decir de un sistema institucional híbrido sin precedentes en el país para resolver ciertos conflictos sobre la titularidad de la tierra, en donde se combinan aspectos de política pública y gestión administrativa con la certeza de la adjudicación de los casos por una autoridad judicial. Un modelo que se fortalece a partir de la combinación de las cinco características que se trataron en detalle en este capítulo y en cuya puesta en marcha se han generado otra serie de subprocesos y metodologías de intervención que pueden ser herramientas útiles para otros fines. Una de ellas es el modelo de intervención social que desarrolla la Unidad y que se complementa con la labor proactiva y províctima desarrollada por los juzgados y tribunales. Este modelo de intervención es central para una sociedad que busca reconstruir la confianza de sus ciudadanos en el Estado y, por tanto, crucial para contribuir a los objetivos generales de la transición.

Otro efecto instrumental indirecto es la producción de información predial para los procesos de restitución que terminan siendo funcionales para otros procesos sobre la tierra y la toma de decisiones de otras medidas de política pública. Gracias a la implementación de la ley no solamente se tiene información actualizada, mejor recaudada y más veraz, sino que se conoce cuáles son las mejores metodologías para obtenerla, analizarla, procesarla y ponerla a disposición de quienes la requieren. La restitución de tierras ha aportado enormemente en la identificación de la correlación entre información predial y las necesidades de actualización catastral, una vez que se profiere la sentencia, así como en el proceso de digitalización de la cartografía catastral para su gestión en un sistema de información geográfica.

estimar el despojo y el abandono hasta en 10 millones de hectáreas.

Por otro lado, las metodologías creadas por y para la jurisdicción especial civil de restitución de tierras tienen una enorme potencialidad para mejorar procesos de intervención y toma de decisiones en otros procesos judiciales. El impacto en el interior de la rama ya se ha surtido mediante el intercambio entre los propios despachos y entre estos y sus colegas, tanto de la jurisdicción transicional penal como de las jurisdicciones ordinarias. Muchas de las herramientas que apoyan la búsqueda decidida de justicia material que se trataron en este capítulo podrían ser fácilmente trasladadas a otros procesos judiciales que requieren instrumentos innovadores para enfrentar la congestión, el atraso y la impunidad de cientos de casos.

Otra serie de efectos instrumentales indirectos se relacionan con la movilización académica, jurídica y social que se ha presentado en los últimos años respecto a la cuestión de la tierra. Si bien los aspectos agrarios han sido siempre objeto de atención académica, la producción y diversificación de los aportes sobre el tema en la última década han sido notables y han ido en ascenso gracias a una espiral positiva de competencia. Cuando la Comisión de Seguimiento a la Política Pública en materia de Desplazamiento Forzado inició su trabajo de verificación empírica sobre desplazamiento, la información disponible y el análisis sobre los efectos del conflicto en la tierra y la ruralidad eran prácticamente inexistentes. Sus estudios y conclusiones despertaron el interés de aliados y contradictores por producir mayores datos bien fuera para complementarlos o para refutar sus hallazgos y conclusiones. En esa línea, el Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo dedicó su informe de desarrollo humano para el país al tema de tierra (PNUD, 2011). Y el Gobierno se vio forzado a saldar su vieja deuda de realizar un censo nacional agropecuario (DANE, 2014). Por su parte, en este contexto general de mayor atención pública y política a esta materia, se han hecho más evidentes las demandas de grupos sociales históricos de reivindicación de la tierra, como nuevos movimientos y articulaciones que han derivado en manifestaciones políticas, por ejemplo, los paros agrarios, el movimiento dignidad agropecuaria y la iniciativa del referendo por el agro (Pérez, 2016).

Finalmente, y aunque no se trató en detalle en este capítulo, la implementación de la ley también deja un acumulado importante

en otras entidades estatales que deben hacer parte del proceso. Si bien su puesta a punto para cumplir –y su voluntad para hacerlo de la mejor manera– no ha sido homogénea, las entidades que se ven llamadas a cumplir las órdenes han tenido que irse involucrando en el proceso y adaptarse institucionalmente al mismo. Estas entidades incluyen la tradicional institucionalidad para la gestión de la tierra (como lo que fue el Incoder, la Superintendencia de Notariado y Registro, el Banco Agrario, entre otros), las entidades del Ministerio Público (que no solo están llamadas a participar de los procesos, sino que están obligadas a su seguimiento en lo que la Ley 1448 denominó Comisión de Seguimiento) y las distintas entidades territoriales.

En el tercer eje, el de los efectos simbólicos directos, incluyo de manera central la retoma jurídica del tema de la tierra. Con esto me refiero a dos procesos distintos, pero relacionados. El primero es que, como defendí en el capítulo V, la variable de la justicia transicional despertó una agenda política que había estado adormecida en Colombia por décadas. Pero además despertó el interés jurídico en la materia: por un lado, a partir de la definición de la restitución como un derecho constitucional en cabeza de las víctimas del despojo; por el otro, el proceso de restitución retomó el derecho agrario cuyas normas fueron largamente inaplicadas y ya eran prácticamente desconocidas por la praxis jurídica ordinaria. De hecho, una de las primeras tareas de los funcionarios de la restitución fue rescatar el derecho agrario –o lo que quedaba de él– para ponerlo a disposición de los jueces y magistrados. El segundo proceso fue entender que hay distintas formas jurídicas de regular la tierra y que es necesario conocer los alcances de tales regímenes normativos para intervenir en los conflictos rurales. Al igual que el derecho agrario, el derecho ambiental y los derechos étnico-territoriales han dejado de ser asuntos ajenos a la jurisdicción civil, gracias a este proceso. Y, al ganar peso simbólico en quienes deciden sobre los conflictos, estas formas de regulación obligan a crear soluciones intermedias en donde se balanceen los distintos intereses en juego a la hora de resolver disputas.

Finalmente, en el eje de los efectos simbólicos indirectos, la implementación de la ley recoge y consolida los desarrollos que ya se habían producido a partir de la intervención general sobre el desplazamiento forzado (como la transformación de la opinión

pública frente a la percepción de gravedad del problema). Una muestra clara del consenso sobre la importancia de esta política para distintos sectores es la transformación de la percepción de la cuestión en el proceso de La Habana. Como se mencionó en el capítulo anterior, las FARC llegaron a la mesa con la idea de que la restitución era una trampa y, por ello, una de sus peticiones era revertirla. Al final de la negociación, por el contrario, la decisión de las partes (en el punto 5 sobre derechos de las víctimas) fue la de profundizar la implementación del esquema de reparación de la Ley de Víctimas, incluyendo la restitución. Es decir, existe un acuerdo en que es políticamente deseable garantizar que la restitución sea efectiva y, para ello, deben crearse condiciones que lo permitan, lo que incluye mayor esfuerzo estatal en este modelo, así como la creación de los instrumentos complementarios que hagan que la ley no fracase.

De la restitución a la gestión integral de tierras

En un contexto generalizado de necesidades insatisfechas en las zonas rurales, es necesario que la política de restitución se encuentre con las estrategias de implementación del punto 1 de los acuerdos de paz entre el Gobierno colombiano y la guerrilla de las FARC. En su momento, la restitución permitió un punto de entrada al políticamente minado tema de la tierra, abordándolo mediante uno de sus aspectos menos polémicos: el de la reversión de la ilegalidad sin afectación de derechos a quienes no hubieran cometido delitos de guerra. Es decir, un modelo más bien conservador sobre cómo enfrentar los conflictos. Con esto se ganó estratégicamente volver a poner sobre la mesa la discusión y, sin duda, que la restitución fuera ya un tema de política pública hizo, a su vez, que el punto 1 en La Habana fuera menos controversial y menos atacado por los sectores más reticentes al cambio del *statu quo*.

Con la entrada a la etapa de implementación de los acuerdos de paz, el país se enfrenta al reto de generar los escenarios sociales e institucionales que permitan aterrizar los acuerdos en mecanismos concretos de política. Las líneas programáticas generales del acuerdo agrario, en realidad, no son novedosas, sino parte de una agenda atrasada. El actual momento político podría entonces aprovecharse como el segundo tiempo para el impulso de la política de tierras. A partir del primer paso ya andado por

la restitución, se puede aprovechar el contexto político para una agenda reformista de organización de las relaciones rurales y el territorio. En este escenario, la restitución no solo ha ayudado a despolarizar el tema (mostrando que es posible plantear medidas de intervención de la tierra en el territorio), con lo cual ha sido un instrumento político y simbólico importante, sino que, además, sus herramientas y metodologías pueden ayudar a transformar una voluntad política errática en instrumentos concretos que hagan que el momento no se desvanezca en la operación burocrática.

En este punto, la restitución y la política integral de tierras tienen una doble relación. De un lado, la restitución tiene la potencialidad de contribuir al aterrizaje de la política integral y, en cierta medida, podría decirse que dicha política debe engancharse en la restitución. Pero, al mismo tiempo, todas las evaluaciones y análisis de la restitución demuestran que si esta política no se anida en medidas más integrales de intervención de los conflictos agrarios, no tiene perspectivas de consolidar sus éxitos. En tal sentido, la implementación de cada una de estas medidas es clave para la otra.

Los ya amplios y serios estudios (recientes y actualizados) sobre la cuestión de la tierra y la ruralidad en Colombia demuestran las líneas prioritarias de intervención.⁶⁰ De partida existe un cierto consenso en que la primera necesidad es la ordenación social y ambiental del territorio. Buena parte de los conflictos existentes se dan por intereses conflictivos sobre las mismas tierras y, a la vez, se desaprovechan ridículamente recursos productivos. Los intereses sociales, de mercado, proteccionistas, conservacionistas y estratégicos sobre la tierra deben tener cabida porque todos son –al menos dentro del esquema constitucional vigente– valores protegidos por la Constitución. Pero la competencia sobre los mismos puede regularse de mejor manera y con ello se pueden proteger los sistemas ambientales que es necesario conservar, destinar tierras protegidas y con acuerdos de conservación ambiental para el desarrollo de los grupos étnicos, y aun así tener suficiente tierra que pueda ser explotada con fines productivos. En

60 Esta sección la construí con base en las conclusiones del Informe de Desarrollo Humano del PNUD (2011), las conclusiones del Informe de la Misión Rural (2015) y las propuestas de Alejandro Reyes (2016), todas ellas, en general, coincidentes entre sí.

aquellos lugares en donde esa sea la vocación, es necesario crear mecanismos efectivos (incentivos y sanciones) para aumentar la productividad de la explotación. Para ello hay múltiples modelos y no necesariamente debe caerse en la fatalidad de que sea la agroindustria o la economía del pequeño productor familiar. Obviamente, entre estos hay unos mejores y otros menos buenos, como lo señala Reyes, al ejemplificar el modelo hasta ahora sostenido por el Gobierno como el de la “asociación del zorro con las gallinas” (2016, p. 83).

Esta tarea debe partir de formas de promoción de la participación democrática y de la construcción de decisiones desde el territorio, o desde abajo. Como era de esperarse, la restitución se encontró con un contexto de desorden histórico de las relaciones y los derechos y, para poder abrirse paso, ha tenido que tomar las decisiones de ordenamiento a partir de las circunstancias que ha ido encontrando, mediando entre las erráticas y contradictorias medidas de política y la realidad. Pero esto no debiera ser así. Las decisiones sobre cómo privilegiar enfoques de uso y aprovechamiento deben ser asuntos centrales de política, decididos por la sociedad con especial participación de las comunidades afectadas.⁶¹ Con esto no quiero decir que las mayorías deban decidir sobre la titularidad de derechos. Me refiero a que la designación de hasta dónde se privilegia un enfoque social, ambiental, étnico o privado, y cuáles pueden ser las limitaciones sobre estas prerrogativas deben partir de una decisión social tomada de manera consciente y democrática con una cierta estabilidad.

Ahora bien, en el caso colombiano, este ordenamiento no se hará en un contexto de victoria avasalladora (como fue el caso de las reformas agrarias posrevolución o aquellas capitalistas en donde su poder fue arrollador), sino en uno de transición, anclado a unas estructuras no modificadas. Es decir, a pesar de que no ha existido expresamente un ordenamiento legal oficial, en Colombia habrá un “reordenamiento” que tendrá que negociar con situaciones ya establecidas; la capacidad política para cambiar muchas de estas es incluso cuestionable. En tal contexto, el Estado debe mostrar que la política de ordenamiento es justa y se

61 Incluyendo el fortalecimiento de instrumentos como las consultas populares que expone Diana Rodríguez (2014).

aplica teniendo en cuenta tales situaciones. Allí es donde potencialmente el modelo creado por la justicia transicional para la restitución de tierras puede contribuir de gran manera a esta nueva gestión del territorio. Los jueces pueden no solamente apoyar la idea de construcción desde abajo, sino además pueden constituirse en árbitros legítimos entre los intereses opuestos.

Un paso previo para acometer esta tarea es llenar los enormes vacíos de información que tiene el Estado sobre prácticamente cada aspecto relacionado con la tierra, el territorio y las relaciones sociales y económicas de sus habitantes. Los sistemas de información sobre la tierra tienen todos los problemas imaginables y no solo deben ser actualizados sino que requieren repensarse desde su diseño y estructura. Un ejemplo de ello está en los debates sobre cuál debería ser el propósito del catastro y sobre la necesidad de unificar los sistemas de información predial y catastral. El proceso de restitución ha acumulado una importante experiencia técnica en la materia que debería servir como cuota inicial para iniciar un proceso prioritario para el país. Un aspecto adicional en el que la justicia de transición puede aportar aquí es balancear los distintos enfoques existentes para la construcción de tales sistemas de información. Como se presentó en el capítulo anterior, si bien en la mesa de negociación había consenso en la necesidad de actualizar la información predial, cada una de las partes puso énfasis en la forma de hacerlo: para la guerrilla debe ser un proceso de construcción eminentemente social, en donde la información comunitaria debería ser privilegiada, mientras que el Gobierno apostaba a un proceso técnico con participación menos protagónica de los individuos involucrados en las disputas de los derechos. Para ello se propuso como una fórmula de confianza una especie de colaboración internacional. Tanto para aportar a dicho esfuerzo como para ser una figura legítima de ponderación, la jurisdicción agraria se posiciona como un mediador efectivo, pero, a la vez, con conocimiento técnico.

Finalmente, los estudios coinciden en la necesidad de cerrar la brecha entre el campo y la ciudad a partir de medidas de inclusión productiva de la población rural y la construcción de Estado en los territorios. Como se describió en el apartado anterior, la restitución solo alcanza como una buena intención, a menos de que se generen estrategias comprehensivas y multipropósito

de inclusión productiva. Esto requiere voluntad política, trabajo técnico de política y construcción de institucionalidad (tanto del campo, que fue prácticamente erradicada en la primera década de este siglo, como local). El informe de la Misión Rural documenta que la política estatal se ha quedado en subsidios que o quedan capturados en los gremios de producción o tienen tan poco impacto (pequeños, pocos y discontinuados) que terminan siendo políticas asistencialistas para pasar el hambre. Muy poco se ha invertido en bienes públicos necesarios para aumentar la productividad de las regiones, como la construcción o mantenimiento de infraestructura pública (por ejemplo, distritos de riego y drenaje). Aquí hay una excelente oportunidad para usar otros mecanismos de transición que apoyen esta necesidad. Uno de ellos es la naturaleza reparadora y restaurativa de la sanción que se aplicará a quienes sean responsables de las violaciones más graves cometidas con ocasión del conflicto. Los magistrados de la Jurisdicción Especial para la Paz deberían considerar estas necesidades como factores prioritarios a la hora de asignar o aprobar obras o modalidades específicas en las regiones. Otra medida puede provenir de la canalización del compromiso que deberán hacer los terceros y, especialmente entre ellos, los actores económicos y corporativos que apoyaron, financiaron o se beneficiaron del conflicto. Incluso las dos medidas anteriores podrían combinarse para, con ello, construir herramientas de reconciliación en terreno y evitar así que las medidas terminen convirtiéndose en propaganda política no pagada (“el camino veredal que le hizo la guerrilla a la comunidad”) o propaganda privada de relaciones públicas (“el camino veredal que le construyó la empresa a la comunidad”).

La infraestructura para la inserción productiva debe combinarse con otra serie de estrategias y, sobre todo, con la provisión de bienes y servicios públicos históricamente negados a la población rural, como salud, seguridad social, educación y capacitación, entre otros. Como muy bien lo apuntan García Villegas *et al.* (2016), eliminar este *apartheid* institucional requiere construir instituciones locales eficientes y legítimas, lo cual, a su turno, requiere voluntad política y recursos económicos. Por ello es igualmente prioritario liberar el impuesto predial del secuestro indefinido al que lo han sometido las élites territoriales. Asimismo, les asiste razón a García Villegas y su equipo en la propuesta

de construcción, paso a paso, de la históricamente ausente institucionalidad del campo, concentrándose prioritariamente en la justicia.⁶²

Las partes acordaron la creación y puesta en marcha de la jurisdicción agraria con “cobertura y capacidades regionales”, así como el fortalecimiento de mecanismos que garanticen “el acceso ágil y oportuno a la justicia” de los más pequeños e indefensos, incluyendo la ampliación y el “fortalecimiento de los mecanismos alternativos de conciliación y resolución de conflictos tradicionales, propios de las comunidades rurales”. El Gobierno propuso como medida el restablecimiento de los jueces y tribunales agrarios, así como de las salas agrarias en los tribunales y la Corte Suprema. Hacerlo sería en parte una reparación simbólica por el fracaso institucional de la jurisdicción agraria en Colombia. Gracias a la experiencia de restitución, existe experiencia institucional desde donde iniciar la tarea. Allí la justicia transicional para la restitución de tierras bien podría expandirse hacia una justicia agraria transicional para la gestión de tierras.

La relación entre las medidas de justicia transicional y las políticas sobre gestión y administración de la tierra en Colombia, hasta el momento, ha estado determinada por diversos factores. Por un lado, una serie de factores políticos han marcado la predilección por determinadas opciones y no otras, o han dado paso a que algunas se consoliden, mientras otras vayan a la retaguardia. Adicionalmente, factores jurídicos han incidido para que la restitución haya sido la puerta de entrada en esta relación entre justicia transicional y tierras. Por otro lado, las fortalezas, carencias y debilidades institucionales del Estado colombiano han puesto un matiz de realidad a todas estas iniciativas. Como resultado, el proceso colombiano –así planeado o no– ha ido forjando una ruta de integración entre su discurso transicional y sus necesidades de enfrentar sus problemas de administración de la tierra. En esta tarea, la acción de restitución ha jugado un

62 Los principios del derecho agrario se crearon mediante la Ley 200 de 1936. Pero fue necesario esperar hasta 1989 a que un decreto especial creara las normas específicas y estableciera formalmente la jurisdicción agraria, la cual nunca entró a operar pues sus jueces no fueron nombrados. Posteriormente, los jueces civiles fueron comisionados para aplicar estas normas. En 2013, el Código General del Proceso eliminó las normas que daban sustento legal a la jurisdicción.

papel transcendental, pero tanto los aciertos como las limitaciones de su proceso de implementación hacen notorio que se requiere una serie de estrategias complementarias para que se consolide en lo que hace bien y para que no existan frustraciones sociales sobre lo que no puede hacer. En esta búsqueda de complementariedad, el momento político que atraviesa la sociedad colombiana y los retos que le genera la implementación de los acuerdos de paz tiene la potencialidad de contribuir a estas tareas. El desafío que enfrenta Colombia es el de articular un proceso con el otro de manera que pueda construir a partir de lo ya avanzado.

Pero la tarea no será fácil, pues la gobernanza sobre la tierra sigue siendo altamente disputada. Eso se denota no solo por la férrea oposición de un importante sector de presión a los acuerdos, que se vio demostrada con los reparos al punto 1 en la campaña del plebiscito. Además, esta situación se evidencia en lo que ha sido la etapa exploratoria de adecuación normativa de dicho acuerdo. A principios de 2017, el Gobierno nacional preparó un borrador de reglamentación que reorganiza el sistema de uso y tenencia de la tierra y, por tanto, modifica el régimen vigente contenido mayormente en la Ley 160 de 1994.⁶³ El articulado establece que su objetivo es “adoptar disposiciones de Ordenamiento Social de la Propiedad y Tierras Rurales” y dictar otras disposiciones. La idea del proyecto es promover la reorganización de la tenencia y uso de la tierra sin imponer a escala nacional un modelo de intervención. De hecho, el proyecto reconoce distintas figuras que responden a todos los modelos jurídicos de protección de la tierra estudiados en este libro. Para empezar, reafirma el compromiso de la protección de la propiedad privada sobre la tierra. Además, bajo ese régimen, crea una figura que denomina ‘derecho real de superficie’, mediante el cual se podrán explotar económicamente predios, incluyendo baldíos del Estado, sin transferencia de la propiedad. También, el proyecto establece una

63 Si bien usualmente se presenta como el Proyecto de Ley de Tierras, información de la Agencia Nacional de Tierras permitiría prever que se busca su implementación mediante un decreto ley que se expida bajo las facultades extraordinarias conferidas al presidente con el Acto Legislativo 01 de 2016 (conocido como *Fast Track*).

promoción para la explotación económica de la tierra mediante la figura de las unidades de producción rural.

Por otro lado, el proyecto incluye figuras asociadas a la función social de la propiedad, entre ellas, la “democratización del acceso a la tierra a los trabajadores agrarios sin tierra o con tierra insuficiente y en especial a las mujeres rurales”. Además, el articulado propuesto reitera instituciones ya existentes como las zonas de reserva campesina y la unidad agrícola familiar. En cumplimiento del acuerdo de paz, el proyecto crea el Fondo de Tierras para el acceso de familias campesinas y establece medidas para la recuperación de baldíos que vayan a dicho fondo. Para la protección de esas tierras que se adjudiquen, el proyecto incluye la figura de la inembargabilidad de estos predios por siete años. Adicionalmente, el articulado reitera la obligación de explotación de predios rurales so pena de multas y expropiación.

En tercer término, el proyecto reconoce la propiedad étnica colectiva pues desde su artículo inicial expone que su objeto desarrolla los “preceptos contenidos en los artículos 2, 58, 64, 65 y 330 de la Constitución Política”. Más adelante, el articulado expone que los grupos étnicos serán incluidos en el Registro de Sujetos de Ordenamiento (RESO). No obstante, el proyecto evita hacer menciones específicas a los pueblos indígenas y comunidades afrodescendientes, dado que su proceso de formulación no cumple con los requisitos establecidos por la Constitución y la jurisprudencia en cuanto al derecho a la consulta previa.

En cuarto lugar, el proyecto reconoce la función ecológica de la propiedad en tanto contempla la protección de distintas áreas y sistemas de protección como las zonas de reserva forestal y los ecosistemas de interés estratégico. Dichas áreas para la conservación de recursos naturales renovables estarían protegidas y serían un límite a la función social de la propiedad al ser declaradas como baldíos inadjudicables.

Finalmente, el articulado también reconoce un dominio estratégico del Estado para determinar usos de la tierra, según sus necesidades de desarrollo. Esto se hace evidente mediante al menos dos instrumentos. El primero es la creación de las ‘zonas estratégicas de interés agropecuario’, que se crearían en las zonas contiguas a las áreas urbanas como el fin de producción de alimentos para el consumo urbano. El segundo es la creación de reservas

a favor de entidades de derecho público y particulares para la “ejecución de proyectos de alto interés nacionales, tales como los relacionados con la explotación de recursos minerales u otros de igual significación”.

La racionalidad del proyecto parte, entonces, del reconocimiento de los distintos modelos, pero busca generar un sistema de política que garantice un “ordenamiento social de la propiedad” en donde se priorice cada uno de ellos, dependiendo de las particularidades regionales. Así, en el papel, ninguno de estos modelos prima sobre otro, sino que deberá ser en el plano regional en donde se establezcan los arreglos para determinar en qué áreas irán unos u otros. Para esto, el proyecto crea instrumentos de gestión y administración de tierras, así como mecanismos de toma de decisiones y resolución de controversias sobre usos y tenencias.

Estos instrumentos parten de la fijación de “planes de ordenamiento social de la propiedad rural (POSPR)”, como una estrategia de intervención masiva, gradual y progresiva a cargo de una entidad de gobierno (la recién creada Agencia Nacional de Tierras), con el apoyo de entidades territoriales. Su finalidad es mapear, organizar y resolver los conflictos relacionados con el acceso, formalización, distribución inequitativa de la tierra, inseguridad jurídica, incumplimiento de la función social de la propiedad y regularización del mercado de tierras. Esto, dependiendo de las condiciones y necesidades de “cada territorio”. Adicionalmente, el proyecto propone un procedimiento para resolución de controversias mixto (administrativo y judicial), en una lógica parecida al proceso de restitución de tierras. Algunos conflictos podrían resolverse en sede administrativa, mientras que otros (fundamentalmente aquellos que modifican propiedad) deberían ser conocidos por la jurisdicción agraria de la cual se dispone en el acuerdo de paz.

Para esta fase judicial, el articulado establece un procedimiento “verbal especial” que será adelantado ante un “juez agrario y rural” del lugar en donde se hallen los bienes, sin distinción de cuantía. Según el proyecto, mientras el Consejo Superior de la Judicatura crea e implementa estos jueces agrarios, serán competentes de dicho procedimiento “los jueces civiles del circuito y los jueces civiles del circuito especializados en restitución de tierras”, en primera instancia, y “los tribunales superiores de distrito sala

civil y sala civil especializada en restitución de tierras”, en segunda instancia.

Este modelo propuesto en el proyecto ha recibido críticas desde distintas orillas. Sectores más allegados al modelo de función social de la propiedad y la garantía del acceso a la tierra de la población campesina han criticado cláusulas que consideran proagronegocio y que promueven la concentración de la tierra, como aquellas que establecen el derecho real de superficie y la asignación de tierra (baldíos) para unidades de producción rural. Por otro lado, sectores de producción tradicional agropecuaria, como los ganaderos, han visto en los instrumentos de aclaración de baldíos mecanismos de ataque a la protección privada. Con una visión distinta, ambientalistas han considerado el modelo citado como una amenaza a los recursos naturales. Y, finalmente, voceros de grupos étnicos han rechazado el proyecto por afectar territorios y no haber sido consultados.

Definitivamente la regulación de la tierra es controversial y cualquier fórmula que en este contexto se promueva tendrá críticas y detractores. Pero entendiendo las distintas posiciones políticas en juego, la fórmula que presentó el Gobierno sigue teniendo objeciones. Así lo ha mostrado, por ejemplo, el documento realizado por la mesa de expertos académicos conformada por investigadores de la Universidad de los Andes, Universidad Eafit y Universidad Externado de Colombia, a solicitud del Gobierno y las Farc para hacer observaciones sobre la implementación del punto 1 del acuerdo. Dicho grupo emitió un pronunciamiento conjunto (así como sendos documentos por universidad) en donde presentaron varios reparos a la iniciativa. Entre ellos, los académicos señalaron: i) la inconveniencia de derogar totalmente la Ley 160 de 1994, dado el consenso social en torno a algunos de sus temas y al gran esfuerzo reglamentario que ha requerido; ii) la necesidad de integrar este modelo con la iniciativa de fortalecimiento del catastro multipropósito; iii) la inconveniencia de otorgar funciones judiciales a la Agencia Nacional de Tierras; iv) la regresividad de la suspensión del criterio priorización al conceder derechos de aprovechamiento que puede afectar el acceso a la tierra de trabajadores agrarios y no fue acordado por las partes; v) la necesidad de diferenciar claramente los sujetos del ordenamiento social de la propiedad y los sujetos de reforma agraria; vi) la necesidad

de garantizar mayor participación de las comunidades en el ordenamiento social de la propiedad rural; vii) la falta de claridad del proyecto sobre los instrumentos que podrían ser aplicados para evitar la especulación de tierras y expulsiones violentas de tierras tras la aprobación de la ley; viii) la necesidad de inclusión de un enfoque desarrollo rural integral; ix) la inconveniencia de afectar la propiedad de los medianos propietarios de tierras; x) la necesidad de mayor claridad sobre el régimen de transición para grandes propietarios; xi) la inconveniencia de la creación del derecho de uso para grandes productores; xii) la inconveniencia de la figura de la expropiación de dominio para garantizar los acuerdos de paz; xiii) la urgente necesidad de actualización de las unidades agrícolas familiares (Alfonso *et al.*, 2017).

Otras críticas tienen que ver con la forma en que se debería impulsar el proceso. Si bien inicialmente el proyecto fue publicado por el Gobierno como la Ley de Tierras, posteriormente la ANT informó que se trataba de un proyecto de decreto ley que sería adoptado por el Ejecutivo en virtud de las facultades especiales para la implementación de la paz. Esto no solo genera muchas dudas sobre la legitimidad democrática que podría tener la propuesta por la inconveniencia de que un tema tan polémico cambie radicalmente de marco normativo sin la posibilidad de que haya una discusión más amplia (especialmente cuando se le dan poderes al Ejecutivo para intervenir derechos de propiedad). Además, genera dudas jurídicas sobre si todas las materias que regula el proyecto pueden ser tramitadas mediante los mecanismos excepcionales de implementación del acuerdo, pues la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha sostenido que por dicha vía solamente se podrán tramitar las cuestiones que muestren una estrecha relación con el acuerdo.

Ahora bien, más allá de estas discusiones y de la suerte que corra el proyecto en la coyuntura política, para los efectos de aprendizaje de las lecciones de restitución de tierras que ha defendido este capítulo, el modelo propuesto por el proyecto de decreto genera interrogantes. Por un lado, no queda muy claro cuál sería el rol concreto de la jurisdicción agraria en este entramado institucional. No debe olvidarse que el reto que enfrentamos es muy grande, pues pese a que legalmente existen leyes sustantivas y existieron normas procedimentales agrarias, la institucionalidad

colombiana nunca logró realmente echar a andar dicha jurisdicción. En la propuesta no parece existir una definición clara de lo “agrario” que permita delimitar claramente el campo de competencia de la “jurisdicción agraria”.

La propuesta tampoco avanza en la forma de estructurar la jurisdicción.⁶⁴ La creación de una jurisdicción agraria independiente y paralela a las existentes tendría como ventaja que podría resolver todos los conflictos relacionados con los derechos sobre la tierra, incluyendo tanto aquellos que involucran relaciones entre particulares como intereses estatales. Pero dicha jurisdicción requeriría una estructura institucional amplia y un tribunal de cierre que competiría con las altas cortes existentes. Por ello, modelos menos radicales han sido considerados como mejores opciones. Entre ellos, el de los jueces y tribunales civiles especializados en restitución de tierras ha sido usado como un modelo de alto impacto que no requirió un diseño muy costoso o radicalmente distinto al ordinario. Sin embargo, aun aceptando que ese fuera el modelo, existen todavía ciertas preguntas abiertas. Primero, la cuestión de cómo garantizar que exista un órgano de cierre (uno de los problemas de la restitución de tierras), lo cual se acrecienta aquí pues al resolver conflictos tanto civiles como administrativos, la decisión actual corresponde o a la Corte Suprema o al Consejo de Estado. Segundo, el interrogante sobre qué rol debería tener la restitución de tierras en dicho esquema: ¿sería una ampliación de sus competencias y funcionarios?, ¿serían dos especialidades o subespecialidades paralelas?

Si bien la especialidad de restitución de tierras ha mostrado cómo formas flexibles y creativas basadas en principios claros y con voluntad institucional pueden ser muy funcionales, esto ha requerido acuerdos normativos y políticos sobre los objetivos específicos de la jurisdicción. Así, la articulación de las normas legales con los principios constitucionales y las normas internacionales han hecho que la restitución de tierras tenga una especial

64 En el país se han discutido cinco formas de estructurar esta jurisdicción que prevé el acuerdo: (i) la creación de una jurisdicción agraria *stricto sensu*, (ii) la creación de una especialidad agraria dentro de la jurisdicción ordinaria, (iii) la creación de una especialidad dentro de la jurisdicción contenciosa, la creación de una subespecialidad agraria dentro de la especialidad civil de la jurisdicción ordinaria, y (iv) un escenario mixtura de jurisdicciones contenciosa y ordinaria.

concentración en las víctimas del despojo y desplazamiento que las convierte en el centro de todas las actuaciones y derechos sustantivos de la acción de la justicia. Esta concentración específica ha sido fundamental para tener un punto unificado de acción frente a la multiplicidad de relaciones sobre la tierra y de conflictos agrarios. El enfoque províctima ha sido entonces el criterio orientador y concentrador de la acción judicial. Pero sin este enfoque priorizador, una especialidad corre el riesgo de no tener el efecto transformador que ha ofrecido la restitución y terminar siendo una jurisdicción ordinaria más. Esto fue precisamente lo que sucedió en el país cuando a los jueces civiles se les asignó la tarea de implementación de la legislación agraria.

Este parece ser un enorme problema no advertido por el proyecto de articulado. Según el proyecto, mientras el Consejo Superior de la Judicatura crea e implementa estos jueces agrarios, serán competentes de dicho procedimiento “los jueces civiles del circuito y los jueces civiles del circuito especializados en restitución de tierras”, en primera instancia, y “los tribunales superiores de distrito sala civil y sala civil especializada en restitución de tierras”, en segunda instancia.

Esta norma puede llevar a un enorme retroceso en materia de protección de derechos de las personas más vulnerables del campo: las víctimas y los trabajadores agrarios más pobres. En primer lugar, la adjudicación transitoria de estos casos a jueces civiles que no tienen conocimientos específicos ni sobre las normas de tierras ni sobre los sujetos beneficiarios de esta política especial resulta peligrosa. Además, la medida congestiona innecesariamente la jurisdicción de tierras que tiene una tarea específica y con un lapso de tiempo fatal para cumplirla. En segundo lugar, este procedimiento descentra la restitución de su enfoque victimocéntrico, que es en últimas el que le ha permitido tener un punto de entrada para la comprensión y solución de los conflictos asociados a los predios.

Adicionalmente, el modelo crea un sistema de resolución de conflictos agrarios sin ninguna protección específica ni promoción de los intereses de los trabajadores rurales más vulnerables. El proyecto parece partir de la base de que todos los sujetos de ordenamiento cuentan con los mismos recursos económicos, políticos y sociales para hacerse valer y que de manera orgánica y

neutra las distintas concepciones sobre la tierra se articularán en los territorios. Con esta visión de neutralidad, por ejemplo, se pone en igualdad de condiciones a los trabajadores rurales sin tierra frente a otros poderosos actores del campo. Esto es evidente en la medida en que el proyecto, que expresamente derogaría la legislación existente incluyendo la Ley 160 de 1994, no se adscribe a los principios clásicos del derecho agrario. Una jurisdicción agraria que pretenda seguir el modelo de la restitución de tierra debe poner al trabajador rural, y especialmente a los más vulnerables, como el objeto central de la actuación. Así lo han demostrado las experiencias de restitución de tierras en Colombia y las jurisdicciones agrarias latinoamericanas.

Por tanto, resulta de vital importancia que la regulación sustantiva y la procesal retomen los principios propios de la legislación agraria tradicional. Así, como primera medida, la jurisdicción debe trascender el ámbito de lo civil y lo privado y basarse en criterios de acción que prioricen la protección de las personas más débiles en la relación agraria y la finalidad constitucional de la disposición de tierras en favor de los trabajadores agrarios de escasos recursos. Este debe ser un objetivo explícito de la regulación. También se requiere que se explicita y priorice, como señala el informe de la Mesa de expertos en tierras, la política de víctimas.⁶⁵

Es de prever que la polémica que ha despertado este proyecto de articulado se trasladará a cada uno de los conceptos, mecanismos e instrumentos que se pretendan crear para la implementación del punto sobre desarrollo rural integral. La tarea no es fácil y requiere un balance muy fino entre búsqueda de consensos y la posibilidad de llegar a acuerdos operativos que impidan que los intereses particulares eviten el avance político e institucional de la materia.

65 El concepto de los expertos académicos señala que “[l]a ley debe incluir explícitamente la prioridad de los procesos de restitución de tierras y los mecanismos de articulación entre la política de OSPR y la aplicación de la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras (Ley 1448 de 2011)” (Alfonso *et al.*, 2017).

Conclusiones generales

La sociedad colombiana vive una época intensa en la que debe tomar importantes decisiones para transformar su historia y romper sus ciclos de violencia modernos. La esperanza de terminar un conflicto armado de naturaleza política que se ha convertido en uno de los más largos del mundo, llena de expectativas al país, pero también de incertidumbres sobre cuáles deberían ser los caminos correctos y los primeros pasos para dar. Las opciones a disposición son múltiples y muchas de ellas contradictorias.

La administración de la tenencia y explotación de la tierra es uno de esos asuntos en donde los intereses son altos, las opciones contrapuestas y el riesgo de fallar grande. Una demostración de la sensibilidad que genera el tema fue el debate que despertó una propuesta del reconocido politólogo James A. Robinson a finales de 2014. Académicos y voceros políticos de las más variadas ideologías refutaron la tesis de Robinson. La cuestión de la tierra sigue estando en el corazón de las decisiones políticas del país, incluso más allá de la resolución del conflicto armado.

La existencia de un aparente consenso sobre la exigencia de “hacer algo” frente a la situación actual de la estructura agraria, no indica necesariamente que haya acuerdo sobre hacia dónde debería dirigirse una determinada reforma, ni sobre cuáles deberían ser los instrumentos para hacerla. Pero, en la práctica, el tema se ha ido acomodando a la discusión promovida por el discurso de la justicia transicional; un marco que, pese a su novedad en el país, ha sido decisivo para la articulación de la política pública en la última década. No obstante, de allí nace un nuevo interrogante: ¿Es adecuado enfrentar mediante este paraguas de intervención problemas sociales e institucionales que han acompañado a la

sociedad colombiana desde su propio nacimiento como república? ¿Deberíamos acaso dejar a la justicia transicional la resolución de un asunto tan sensible como la tierra?

A partir de estas preguntas propuse la investigación que dio origen a este trabajo. Con ella se mostró que la restitución de tierras se fue estructurando como una demanda de las víctimas de desplazamiento y despojo y como una esperanza de sectores reformistas respecto del *statu quo* de la tierra. Esto sucedió en dos frentes relacionados, pero distintos. Por un lado, las primeras gestaron un movimiento que fue ganando terreno jurídico ante las cortes (especialmente la Corte Constitucional), así como el reconocimiento de la categoría de víctima como sujeto beneficiario de derechos. Por otro lado, los tradicionales movimientos de la reforma agraria y protección del campesinado fueron aprovechando la discusión de los impactos del desplazamiento como una forma de revivir una agenda olvidada en el país. Así, dos grandes preocupaciones, interconectadas, pero no necesariamente idénticas, fueron creciendo en el interior de esta gesta por la inclusión de la tierra en el resorte transicional.

El impulso de la categoría de víctima tuvo no solo la capacidad de impactar en la opinión y política públicas, sino que aseguró un lugar privilegiado en las políticas de transición. La restitución de tierras se convirtió en una exigencia inamovible de la comunidad de derechos humanos, la comunidad internacional y diversos sectores políticos del país. Incluso, en su momento, la restitución de tierras fue percibida como uno de los únicos factores que podían darle legitimidad al irregular proceso de transición que se había iniciado con los grupos paramilitares. Dicho proceso había sido polémico desde el inicio (múltiples sectores de la sociedad lo veían como un perdón a muy bajo precio entregado por un Gobierno cercano a la causa contraguerrillera); como si esto fuera poco, tras varios años de implementación, la sociedad percibía que el proceso había dejado muy pocos resultados en cuanto al juzgamiento de los responsables de las violaciones de derechos humanos, incluyendo el desplazamiento forzado. Mientras este modelo, conocido en el país como Justicia y Paz, enfrentaba esta crisis de legitimidad, la intervención de la Corte Constitucional en materia de desplazamiento había situado el tema de las víctimas en el corazón de la discusión pública, y la necesidad de que

se enfrentara mediante la reversión del despojo o de lo que se llamó “contrarreforma agraria” era ya clamor generalizado. Así, al menos para el caso colombiano, el momento de integración del tema de la tierra a la estrategia de transición no fue un factor que minara la legitimidad del proceso –como señalan los críticos que se presentaron en este libro– sino un factor de legitimación.

En ese punto, la cuestión a la que se enfrentó la sociedad colombiana no fue si se incluía o no la variable de tierras en el modelo de transición, sino cómo debería ser incluida. Esta experiencia permite llegar a dos conclusiones importantes para alimentar el debate teórico analizado en este texto. En primer lugar, si bien las consideraciones teóricas sirven como una base fundamental para el diseño de políticas públicas más robustas, en escenarios volátiles en donde se deben tomar decisiones políticas con poco margen de maniobra y existen intereses de base muy arraigados, la teoría sobre lo que debería ser o no, o debería contener o no la justicia transicional como concepto abstracto se ve superado por la realidad. Para el caso colombiano, por ejemplo, enfrentar los efectos del desplazamiento forzado era una necesidad prioritaria. Ningún modelo de justicia transicional hubiera podido legitimarse en el mediano o largo plazo, si hubiera pasado por alto esta demanda. Ahora bien, es cierto que la restitución o la dotación de tierras son solamente estrategias dentro de un abanico más grande de soluciones (una alternativa, por ejemplo, hubiera podido ser el otorgamiento de compensaciones monetarias o viviendas en zonas urbanas), pero una vez la restitución se estructuró como una demanda política de justicia, que además era respaldada por un fuerte arsenal jurídico internacional, las opciones de política y las decisiones de conveniencia teórica tuvieron poca oportunidad de labrar un camino distinto.

En segundo lugar, la experiencia pone a prueba el verdadero compromiso del campo de la justicia transicional con las exigencias locales y la apropiación de las víctimas sobre lo que ellas consideran que deberían ser los objetivos y prioridades de esa estrategia de justicia. Aun si se admitiera que la agenda de tierras fue una exigencia implantada en el movimiento de víctimas por agentes externos, una vez ganó la tracción como punto focal de movilización, hubiera sido discutible frenar tal proceso, dadas las consideraciones teóricas *a priori* sobre los contornos y límites del

campo. Obviamente, en la estructuración de esta reivindicación no puede desconocerse el impacto de la industria internacional de la justicia transicional en poner de presente el aseguramiento de derechos de propiedad como un modelo atractivo (e incluso necesario). Tampoco debe perderse de vista que la culminación del proceso de los Principios Pinheiro coincidió con varios de los momentos importantes del proceso colombiano y, por tanto, tuvieron una notable conexión. Pero, con todo ello, el proceso de implementación de estas medidas ha demostrado el interés genuino de las víctimas, de sus organizaciones y de movimientos y sectores progresistas del país en la agenda de restitución como una política necesaria para la democratización del país. En la actualidad, la restitución es vista no solo como una victoria de las víctimas, sino como un importante activo de la sociedad colombiana.

Retomando la orientación de la política de tierras que debería promoverse mediante los limitados y modestos mecanismos de transición, la revisión de literatura especializada adelantada en esta investigación mostró tanto los desafíos como las potencialidades de las políticas de administración de la tierra en el posconflicto. Una lección importante que deja el estudio comparado, y que se reafirma con el estudio a profundidad del caso colombiano, es la relevancia de los contextos. Los orígenes de la violencia, el *statu quo* ante, la forma en que sucedió el despojo, entre otros factores, son extremadamente relevantes a la hora de pensar en estrategias para reconstruir las relaciones jurídicas, sociales y humanas respecto de la tierra en el posconflicto.

Una segunda lección derivada del estudio comparado es que los modelos presentados tienen aspectos positivos y negativos. No existe un modelo perfecto que sirva de fórmula universalizable para enfrentar los dilemas que cada sociedad tendrá para reconfigurar sus relaciones con la tierra. La experiencia acumulada obra como un compendio de lecciones aprendidas, pero de ninguna manera su repetición garantizará el éxito de una determinada política.

Una tercera conclusión general es que la valoración como éxito o fracaso de una experiencia dependerá de las variables que se usen para medir, así como de la decisión que se tome respecto al punto central de medición. Las políticas de larga escala de intervención de la tierra son complejas y requieren un importante

número de programas y políticas interrelacionados. Así, por ejemplo, un programa de restitución de propiedades dependerá de mecanismos paralelos de apoyo al retorno y reasentamiento, de programas más amplios de desarrollo rural, entre otros. De tal manera, aislar el elemento que permite determinar éxitos o fracasos resulta una tarea sofisticada metodológicamente y limitada por la decisión política que asuma el evaluador.

Finalmente, y derivada de estas conclusiones, las experiencias y los modelos analizados muestran la importancia de pensar tanto en los objetivos y los diseños macro como en los mecanismos específicos a través de los cuales se desarrolla la estrategia. Un modelo bien diseñado, pero mal ejecutado, resulta tan precario como aquel que se implementa de manera eficiente, pero cuyos objetivos no resuelven el problema diagnosticado. Y, obviamente, cuando de los dos lados existen limitaciones y fallas que no se enfrentan a tiempo, el resultado puede ser la frustración generalizada.

Estas lecciones resultan fundamentales a la hora de analizar con mayor detalle la aparente rivalidad o contradicción irresoluble entre los modelos restitutivos, redistributivos y de eficiencia presentados en el segundo capítulo de este libro. Los modelos ideales no solo parecen no ajustarse a la realidad, sino que al ser examinados frente a las limitaciones de cada uno pareciera que por sí mismos quedan capturados en las críticas de los escépticos de la inclusión de este tema en la agenda transicional. El caso colombiano es claro en demostrar que la restitución de tierras, en contextos de debilidad estructural del Estado y de deudas históricas de justicia frente a la ruralidad, tiene muy poco futuro como política que pueda consolidarse. En el otro extremo, el mismo caso muestra que en contextos en donde históricamente los factores de poder han impedido efectivamente la modificación de las estructuras de gobierno sobre la tierra, la simple esperanza del *momentum* de la transición parece quedarse corta para producir las transformaciones sociales necesarias para adelantar procesos ambiciosos y a larga escala, sobre todo si se busca implementarlos como procesos de ruptura.

En esas condiciones, no habría más que darles la razón a los críticos: la justicia transicional y sus herramientas no lograrán por sí solas enfrentar estos problemas. Pero si se despolariza la cuestión y se admite que hay más formas de aproximación que la

fórmula del “todo o nada”, aparecen opciones que pueden ayudar a articular procesos que se encaminen en direcciones positivas. Y esto es, en últimas, lo que se busca con la implementación de medidas de justicia transicional: echar a andar procesos políticos, sociales e institucionales que permitan a la sociedad en transición buscar caminos para consolidar sus instituciones de manera que se fortalezca el Estado de derecho, se tomen decisiones democráticas que reemplacen el autoritarismo de las armas y la violencia, y que se generen capacidades en las víctimas y los sectores excluidos de la sociedad para que, con ello, puedan participar de las decisiones públicas y se ambiente, al mismo tiempo, una cultura de paz que sustituya la revancha y la violencia con mecanismos de desacuerdo democrático.

Todos estos son procesos largos y complejos, sin importar cuál sea el foco de intervención. Por ejemplo, cuando una estrategia de rendición de cuentas de derecho penal se implementa en una sociedad, se hace –o al menos así lo promueve la doctrina dominante de la justicia transicional– con el objetivo mediano de que se genere una cultura de rechazo a la impunidad. Pero, obviamente, juzgar a un número determinado de responsables de violaciones de derechos humanos no produce por sí mismo un cambio radical de una cultura de impunidad. Por esta razón, la crítica de inclusión de temas sociales por ser supuestamente estructurales, frente a la agenda de libertades y derechos civiles que aparentemente sería más concreta, parece carecer de fundamento.

Al menos para el caso colombiano, ninguno de los mecanismos de la caja de herramientas de la justicia transicional tiene la capacidad de resolver en un periodo de tiempo corto las necesidades de justicia de una sociedad que enfrenta los desafíos del legado de violencia masiva. Casi todas las transformaciones que debe adelantar el país son estructurales: el combate a la impunidad, el esclarecimiento del fenómeno de la desaparición forzada, los conflictos asociados a la tierra, por citar algunas. Todos estos temas son estructurales y requieren estrategias a largo plazo. La pregunta es cómo utilizar herramientas de transición que permitan echar a andar estos procesos, entendiendo que se precisan múltiples puntos de entrada, avances progresivos e instrumentos de relevo que vayan concretando esos avances y proponiéndose nuevas metas.

Visto bajo este foco, la estrategia de inclusión del tema de la tierra en la agenda de transición parece ser aquella de la construcción bloque a bloque. Una primera aproximación se realizó a partir del asunto menos polémico y de allí se han ido construyendo entradas a los asuntos más polarizantes. Como se vio en el desarrollo de la investigación, el aparente acuerdo entre distintos sectores de la sociedad sobre la necesidad de la restitución aparejó en su momento un consenso tal vez no real, pero operativo, que permitió que el mecanismo se aprobara y se iniciara su implementación. A partir de este primer paso se empezó a construir una segunda fase de intervención que hoy todavía está por ser implementada, pero que ha podido ser examinada gracias a que el terreno se allanó al poner la restitución en la agenda de discusión tanto de los sectores opositores en la política interna como ante las guerrillas que se alzaron en armas por la inequitativa distribución de la tierra. Uno de los factores que permitió la negociación con la guerrilla de las FARC, según asegura el Gobierno, fue precisamente que el Estado hubiera dado un paso importante en materia de tierras.

La experiencia de implementación de la acción de restitución colombiana desafía otras de las críticas de la inclusión de aspectos socioeconómicos en estrategias de justicia transicional. Para la estrategia de restitución en el caso colombiano no ha resultado cierto el postulado de que es más difícil encontrar conexiones entre el conflicto armado y la cuestión de la tierra que entre este y las violaciones de derechos civiles y políticos. Los procesos de esclarecimiento de las rutas del despojo han mostrado que si bien existe una dificultad grande a la hora de desenredar las múltiples maniobras que se han realizado para esconder los despojos, existen metodologías que resultan eficaces para desvelar dichos patrones. El uso de mecanismos estudiados en esta investigación, como los DAC, las pruebas sociales, las pruebas técnicas y las estrategias de teoría del caso, han dado resultados muy positivos que han llevado a que un número nada despreciable de casos haya sido resuelto. Incluso, si se compararan los resultados obtenidos en materia de resolución de casos de tierras con aquellos de responsabilidad penal en el país, los primeros opacan en número a los segundos.

En este sentido, uno de los reparos de los escépticos se ha convertido precisamente en una de las fortalezas del modelo. Como

se trató en su momento, un sector de la academia argumenta que una de las dificultades para que los instrumentos de justicia se adentren en estos temas es la imposibilidad de encontrar perpetradores o víctimas de violaciones estructurales. Pero la experiencia de la acción de restitución demuestra que no es estrictamente necesaria la combinación de ambos factores para dar soluciones. El modelo de restitución colombiano se basa en la comprobación de la existencia de una víctima de despojo de un predio. Pero, para llegar a esta comprobación, se han adaptado las categorías tradicionales para ajustarse a las necesidades específicas del modelo con los instrumentos detallados en la investigación como el principio de buena fe y la carga de la prueba. Así, si bien es cierto que en estos procesos es difícil identificar a las víctimas de las violaciones, no es imposible. Por otro lado, el modelo no exige necesariamente la identificación de un perpetrador directo. Allí es donde ha estado uno de los aspectos novedosos y más importantes de esta estrategia. Con base en ello, los jueces de restitución, al encontrar que existió el patrón de violencia y los supuestos base del despojo, ordenan la restitución sin requerir que se identifique al perpetrador o que se compruebe su relación directa o incluso su voluntad de producir el despojo. Esto ha hecho que los procesos sean más fáciles de llevar que aquellos que se tramitaron por vía penal que sí requerían estos elementos.

Un posible contraargumento podría provenir del hecho de que la restitución se considera como el ejercicio de un derecho civil clásico (el derecho al acceso a la justicia frente a la violación de la propiedad). Pero este libro demuestra que esa distinción resulta artificial. A esta conclusión se llegó por dos vías. La primera fue a partir de la revisión de los distintos órdenes normativos que gobiernan la administración de la tierra en sociedades modernas. Los cinco órdenes estudiados no solamente sobrepasan una distinción tajante entre categorías de derechos, sino que además coexisten en complejas relaciones: algunas son de armonía paralela, otras de complementariedad, y otras de disputa. Todos estos intereses precisan tanto de políticas públicas a larga escala que guíen su ejecución, como de componentes justiciables que permitan responder a violaciones concretas de los derechos que protegen.

La segunda vía por la que se llegó a esta conclusión fue el análisis del caso colombiano. La experiencia de implementación

de la acción de restitución muestra que para cumplir con el derecho al acceso a la justicia para la protección de la propiedad agraria es necesario acudir a una serie de medidas de construcción de Estado. Una cosa es adelantar un proceso de este tipo en un contexto de fortaleza institucional y casos aislados, y otra distinta es administrar justicia en contextos de desposesión masiva, debilidad material por los efectos de la guerra y precariedad institucional histórica. Cualquier medida de aseguramiento de derechos (incluyendo las que busquen promover cualquier derecho reputado como civil o político) deberá enfrentar este contexto y, por lo tanto, acudir a perspectivas de diseño institucional que enfrenten estas falencias estructurales.

Ahora bien, para que esta estrategia bloque a bloque pueda hacerse realidad es ineludible que cada una de las estrategias se afiance en procesos que sean justos, eficaces, costo-eficientes, y aceptados social y culturalmente. Es decir, el Estado debe garantizar que cada una de las estrategias sea funcional en el logro de sus objetivos específicos. Allí es donde el modelo colombiano todavía no alcanza a responder algunos de los reparos de los críticos. La política de restitución de tierras avanza en una etapa temprana de implementación y las estrategias integrales de tierras aún no han sido implementadas. Se necesitarán varios años, tal vez décadas, para dar respuestas a las preguntas relacionadas con el impacto de estas políticas en materia de transformaciones estructurales y prevención de conflictos.

De lo que sí se ocupó esta investigación fue de hacer un análisis preliminar o parcial del modelo de restitución de tierras colombiano. A partir del examen macro de los procesos desarrollados durante los primeros cinco años de implementación, la conclusión general es que la estrategia ha mostrado algunos resultados positivos, los cuales han sido posibles por la concentración de esfuerzos en una serie de características internas del mecanismo que han sido explotadas de manera adecuada. En tal sentido, el diseño jurídico-institucional de la acción, que en su momento fue una novedosa y arriesgada apuesta institucional, se ha convertido en una metodología de intervención relativamente exitosa desde el punto de vista de los fines inmediatos, pero, además, se proyecta como una herramienta de activación de procesos relacionados con la tierra que pueden llegar a ser acumulados fundamentales

para una segunda fase más concentrada en conflictos históricos no resueltos y que demanda una serie de estrategias de política pública complementarias. Sin embargo, para que esta medida no termine siendo una oportunidad perdida exige que se acompañe de medidas estructurales especialmente diseñadas para enfrentar problemas globales de la ruralidad colombiana.

La propuesta de reforma integral de tierras que se pactó como parte de la agenda de paz con la guerrilla de las FARC tiene la potencialidad de proveer estas medidas complementarias. Pese a que no se comprometen –como muchos lo hubieran querido, entre ellos la guerrilla y los movimientos campesinos– con una política redistributiva a larga escala, sus estrategias de ordenación social y ambiental del territorio, de creación de sistemas de información sobre los derechos sobre la tierra, y la inserción productiva de las familias rurales más vulnerables, son medidas que podrían contribuir enormemente a una relación más justa y armónica en materia de resolución de los conflictos sobre la tierra. El reto de política pública se centra entonces en la articulación de los esfuerzos ya empezados y los procesos positivos de la restitución con estas nuevas formas de intervención.

Sintetizando las lecciones, el estudio dialéctico entre teoría y caso pretendía ver qué tanto le aporta la discusión conceptual al caso colombiano y qué tanto el caso puede generar reflexiones que alimenten el debate teórico. En cuanto a lo primero, la densa teoría y experiencia –fallida y exitosa– de múltiples intentos de promover reformas a la tierra les deja a la justicia transicional y al modelo de restitución colombiano, en particular, la lección de que tiene mucho que aprender de las políticas de promoción de desarrollo que durante décadas han sido diseñadas e implementadas alrededor del mundo, incluyendo Colombia. Además, los debates teóricos contemporáneos sobre el caso colombiano también dejan la reflexión de ver en contexto la teoría de la restitución y la doctrina derivada de los Principios Pinheiro. Sacralizar los Principios como en su momento se sacralizó la idea de propiedad absoluta podría llevar a situaciones no necesariamente convenientes o justas. Los Pinheiro deberían ser entendidos como principios generales guía y no como reglas definitivas e incontrovertibles, como a veces parece predicarse en el país. Finalmente, la discusión de los modelos muestra que frente a necesidades imperiosas a niveles

distintos y con la urgencia de responder a ellas prácticamente al mismo tiempo, los debates ideologizados sobre modelos todo o nada, o radicalmente opuestos (por ejemplo, el supuesto dilema entre economía procampesina o proagroindustria), dejan muy pocas opciones de política pública viable.

Por otro lado, aquí he presentado varias de las reflexiones que la teoría puede tomar de la experiencia colombiana. La primera es la complejidad de la realidad y la exigencia de plantear teorías de medio rango que permitan opciones más operativas que los modelos ideales. Esto, además, por la necesidad que tienen experiencias como la colombiana de trabajar en distintos frentes al tiempo y, en donde, la idea clásica de secuenciación de la justicia transicional se pone a prueba. Y precisamente la ruta de transición es una variable a tener en cuenta a la hora de pensar en modelos de intervención; en un contexto de negociación de paz sin vencedores ni vencidos claros es difícil pensar en que un modelo de reforma radical logrará superar los obstáculos históricos solamente por la implementación de una medidas de justicia transicional. Pero la lección más relevante que se deriva de este análisis es la necesidad del campo de la justicia transicional de tomarse en serio la teoría normativa a partir de la cual promueve y mediante la cual sustenta este tipo de políticas. El modelo de la justicia transicional civil colombiana es una forma de evidenciar esta necesidad, sin llegar a considerarla como una fórmula única, novedosa o imperiosamente exitosa.

Ahora bien, en la introducción de este libro me preguntaba qué tanto la ruta colombiana de restitución de tierras podía superar tres grandes temores de inoperatividad señalados por la doctrina especializada: la supuesta inadecuación de las herramientas de la justicia transicional para llevarla a cabo, el poco poder transformador que genera intervenir la tierra desde el conservador punto de vista del concepto tradicional de propiedad, y la inexistencia de reglas jurídicas sustantivas y procesales consolidadas, así como de metodologías de intervención judicial diseñadas para estos contextos especiales.

El análisis del caso aquí desarrollado me permite concluir que los tres puntos definitivamente deben preocupar a quienes diseñan e implementan este tipo de políticas. Todos representan grandes retos y requieren respuestas asertivas, programadas y

consistentes. Pero mi conclusión es que, al menos para el caso colombiano, todos ellos han probado ser riesgos importantes, pero no fatalidades. Con distintos grados de sofisticación en el diseño de respuestas, y también en distintos niveles de éxito y fracaso, el modelo colombiano los ha ido enfrentando. Tras cinco años de implementación de la política, algunas preocupaciones se han ido calmando, mientras que otras siguen vigentes y en algunos temas han aparecido nuevos retos. Todo ello es de esperarse en un proceso de implementación de una política pública multifacética y ambiciosa.

Para poner la situación aún más al límite, las ya altas expectativas que en su momento se crearon con la Ley de Víctimas se han multiplicado con la esperanza de una intervención integral en la tierra y la promesa de una política de construcción de paz con enfoque territorial. Que esta expectativa no termine siendo una promesa vacía depende en buena medida de que cada una de estas iniciativas entienda su rol de acción dentro de la estrategia general de transición y que contribuya de manera modesta, pero consistente, al empoderamiento de las comunidades para la toma de decisiones y al fortalecimiento de las instituciones que promuevan sus derechos. Más que soluciones mágicas o perfectas, estas medidas de justicia transicional pueden ayudar a construir capacidades para una discusión más productiva sobre cómo enfrentar una cuestión que siempre será objeto de discusión y polémica. Los conflictos sobre la tierra no van a terminar con la justicia transicional, pero tenemos una oportunidad para crear las condiciones para en un futuro tramitarlos de manera democrática, sin recurrir a la violencia.

Bibliografía

Abramovich, V. y Courtis, C. (2002). *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta.

African Commission on Human and Peoples' Rights (1996). Communication 155/96: The Social and Economic Rights Action Center and the Center for Economic and Social Rights/ Nigeria.

Alfonso, T., Alviar H., Ibáñez, A. M. y otros (2017). *Concepto de la mesa de expertos académicos sobre el proyecto de ley para el ordenamiento social de la propiedad rural*. Bogotá: Universidad de los Andes, Universidad Externado de Colombia, Universidad Eafit. Recuperado de https://economia.uniandes.edu.co/images/mesa_de_expertos/Concepto_Mesa_Expertos.20170504.Final.pdf.

Alfredsson, G. (1992). Article 17. En Eide, A., Alfredsson, G., Melander, G., Rehof, L. A., Rosas, A. with collaboration of Swinehart, T. (eds.). *The Universal Declaration of Human Rights: A commentary*. Oslo: Scandinavian University Press.

Aliber, M. y Cousins, B. (2013). Livelihoods after land reform in South Africa. *Journal of Agrarian Change*, 13 (1), 140-165.

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, Acnur (2008). *2007 Global Trends: Refugees, Asylum-seekers, Returnees, Internally Displaced and Stateless Persons*. Ginebra: Acnur.

____ (2015). *Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Colombia 2015*. A/HRC/28/3/Add.3.

Alviar, H. (2008). La redistribución de la tierra en Latinoamérica: atrapada entre el desarrollo económico y el positivismo. En Bergallo, P. (ed.). *Derecho y propiedad: seminario en Latinoamérica de teoría constitucional y política* (pp. 176-179). Buenos Aires: Librería Ediciones.

Anderson, M. (2011). The UN Principles on Housing and Property Restitution for Refugees and Displaced Persons (The

Pinheiro Principles): Suggestions for Improved Applicability. *Journal of Refugee Studies*, 24(2), 304-322.

Andrieu, K. (2012). Dealing with a “New” Grievance: Should Anticorruption Be Part of the Transitional Justice Agenda? *Journal of Human Rights*, 11(4), 537-557.

Arbour, L. (2007). Economic and Social Justice for Societies in Transition. *International journal of Law and Politics*, 40(1), 1-27.

Arthur, P. (2009). How “Transitions” Reshaped Human Rights: A Conceptual History of Transitional Justice. *Human Rights Quarterly*, 31(2), 321-367.

Atuahene, B. (2007). From Reparation to Restoration: Moving Beyond Restoring Property Rights to Restoring Political and Economic Visibility. *SMU Law Review*, 60.

____ (2009). Things Fall Apart: The Illegitimacy of Property Rights in the Context of Past Property Theft, *Arizona Law Review*, 51.

____ (2010). Property and Transitional Justice, *UCLA Law Review Discourse*, 58.

Baciero Ruiz, F. (2012). El concepto de derecho subjetivo y el derecho a la propiedad privada en Suárez y Locke. *Anuario Filosófico*, 45(2), 391-421.

Balcázar, Á. 2001. Los supuestos fundamentales de la reforma agraria y su validez actual. *Revista Economía Institucional*, 4, 103-16.

Ballard, M. J. (2010). Post-Conflict Property Restitution: Flawed Legal and Theoretical Foundations. *Berkeley Journal of International Law*, 28, 462-496. Recuperado de <http://scholarship.law.berkeley.edu/bjil/vol28/iss2/4>.

____ (2013). Relaxing Legal Norms to Restore Rights to Homes and Land in the Aftermath of War. En Smith, J. C. (ed.). *Property and Sovereignty: Legal and Cultural Perspectives*. New York: Routledge.

Banco Mundial (2008). *Agriculture for Development World Development Report 2008*. Washington, D.C.: The World Bank.

Bassiouni, M. C. y Rothenberg, D. (2007). *The Chicago Principles on Post-Conflict Justice*. A project of: International Human Rights Law Institute, Chicago Council on Global Affairs, Istituto Superiore Internazionale di Scienze Criminali, Association Internationale de Droit Pénal. Recuperado de http://www.concernedhistorians.org/content_files/file/to/213.pdf.

Bassiouni, M. C. (ed.) (2002). *Post-conflict justice*. Ardsley. New York: Transitional Publishers.

- Batista Pereira, E. y Coral Lucero, J. I. (2010). La función social de la propiedad: la recepción de León Duguit en Colombia. *Criterio Jurídico*, 10(1).
- Bell, C. (2009). Transitional Justice, Interdisciplinarity and the State of the 'Field' or 'Non-Field', *International Journal on Transitional Justice*, 3(1), 5-27.
- Bejarano, C. (2016). *Conversatorios sobre restitución de tierras y territorios. Intercambio de experiencias, diálogo de saberes y gestión de conocimiento*. MAPP-OEA y otros. Bogotá: Panamericana.
- Bergsmo M., Rodríguez Garavito, C., Kalmanovitz, P. y Saffon, M. P. (eds.) (2012). *Justicia distributiva en sociedades en transición*. Oslo: Torkel Opsahl Academic EPublisher.
- Berry, A. (2002). ¿Colombia encontró por fin una reforma agraria que funcione? *Economía Institucional*, 14(6), 24-70.
- _____. (2010). The Economics of Land Reform and of Small Farms in Developing Countries: Implications for Post-Conflict Situations. En Bergsmo, M., Rodríguez Garavito, C., Kalmanovitz, P. y Saffon, M. P. (eds.). *Distributive Justice in Transitions*. Oslo: Torkel Opsahl Academic EPublisher.
- _____. (2012). La reforma agraria en países en desarrollo: derechos de propiedad y las injusticias de la propiedad (reseña del libro de Michael Lipton). *Revista Eutopía*, 3, 137-149.
- Bickford, L. (2004). *Transitional Justice*, en D. Shelton (ed.). *The Encyclopedia of Genocide and Crimes against Humanity*. New York: MacMillan.
- Binswanger-Mkhize, H. (2014). From failure to success in South African land reform. *African Journal of Agricultural and Resource Economics*, 9(4), 253-269.
- Bolívar, A. (2016). Intento de contrarreforma al proceso de restitución de tierras. *Revista Semana*. Recuperado de <http://www.semana.com/opinion/articulo/dejusticia-intento-de-contrarreforma-al-proceso-de-restitucion-de-tierras/476809>.
- _____, Gutiérrez, L. y Botero, A. (2016). *Restitución de tierras y políticas públicas: Ideas para el posacuerdo*. Manuscrito presentado para su publicación.
- _____, Gutiérrez, L., Sánchez, N. C. y Uprimny, R. (2016). *Debates sobre la acción de restitución*. Manuscrito presentado para su publicación..
- _____, Sánchez, N. C. y Uprimny, R. (2012). *Restitución de tierras en el marco de la justicia transicional civil*. Bogotá: Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla.
- Boraine, A. (2006). Transitional justice: a holistic interpretation. *Journal of International Affairs*, 60(1), 17-27.

- Brahm, E. (2007). Uncovering the Truth: Examining Truth Commission Success and Impact. *International Studies Perspectives*, 8(1), 16-35.
- Bullard, R. (1999). *Dumping in Dixie: Race, Class, and Environmental Quality*. Boulder: Westview Press.
- Cahill-Ripley, A. (2014). Foregrounding Socio-Economic Rights in Transitional Justice: Realising Justice for Violations of Economic and Social Rights, *Netherlands Quarterly on Human Rights*, 32, 183-192.
- Carranza, R. (2008). Plunder and Pain: Should Transitional Justice Engage with Corruption and Economic Crimes? *International Justice on Transitional Justice*, 2, 310-330.
- Cavallaro, J. L. y Albuja, S. (2008). *The Lost Agenda: Economic Crisis and Truth Commissions in Latin America and Beyond*. En McEvoy, K. y McGregor, L. (eds). *Transitional Justice From Below: Grassroots Activism and the Struggle for Change*. Oxford: Hart Publishing.
- Centro de Memoria Histórica (2013). *La política de reforma agraria y tierras en Colombia. Esbozo de una memoria institucional*. Bogotá: Imprenta Nacional de Colombia.
- Céspedes-Báez, L. M., Peña-Huertas, R., Cabana González, D. S. y Zuleta Ríos, S. (2015). Who Owns the Land? Litigants, Justices, Colonos, and Titleholders' Struggle to Define the Origins of Private Property in Colombia. *Global Jurist* 15(3), 329-459.
- Chaparro, S., Bolívar, A., Gutiérrez, L., Sánchez, N. C. y Uprimny, R. (2012). Verificación ciudadana del proceso de restitución de tierras. Manuscrito presentado para su publicación.
- _____, Revelo, J. y Sánchez, N. C. (2016). *Módulo pedagógico. La restitución de tierras y territorios. Justificaciones, dilemas y estrategias*. Bogotá: Dejusticia.
- Chinkin, C. (2009). *The Protection of Economic, Social and Cultural Rights Post-Conflict*. Paper series commissions by the OHCHR. Recuperado de http://www2.ohchr.org/english/issues/women/docs/Paper_Protection_ESCR.pdf.
- Christensen, N. L. *et al.* (1996). The Report of the Ecological Society of America Committee on the Scientific Basis for Ecosystem Management. *Ecological Applications*, 6(3), 665-691.
- Cinep (2015a). *Estudios de caso de la restitución de tierras en Colombia*. Observatorio de la Restitución de la Tierra en Colombia Tierra y Derechos. Bogotá: Cinep.

_____ (2015b). *Informes de balance de la política pública de restitución de tierras*. Observatorio de la Restitución de la Tierra en Colombia Tierra y Derechos. Bogotá: Cinep.

CNRR - Grupo de Memoria Histórica (2009). *El despojo de tierras y territorios. Aproximación conceptual. Línea de Investigación Tierra y Conflicto*. Bogotá: Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación (CNRR), Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales (Iepri), Universidad Nacional de Colombia.

Collier, P. y Hoeffler, A. (2000). *Greed and Grievance in Civil War*. Policy Research Working Paper 2355. Washington: World Bank.

Comisión de Seguimiento a la Política Pública sobre Desplazamiento Forzado (2008). *Proceso Nacional de Verificación de los Derechos de la Población Desplazada. Sexto Informe a la Corte Constitucional. La restitución como parte de la reparación integral de las víctimas del desplazamiento en Colombia*. Junio de 2008. Bogotá: Mimeo.

_____ (2009). *Política de tierras para la población desplazada. Propuesta de lineamientos en el marco de las órdenes del auto 008 de 2009*. 30 de junio de 2009. Bogotá: Mimeo.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos – CIDH (2013). *Verdad, justicia y reparación en Colombia. Cuarto informe sobre la situación de derechos humanos en Colombia*. Washington, D. C.: OEA.

Comisión Internacional de Juristas (2008). *Complicidad empresarial y responsabilidad legal*. Ginebra: ICJ.

Consejo Nacional de Política Social – Conpes (2012). *Documento Conpes 3726. Lineamientos, Plan de ejecución de metas, Presupuesto y Mecanismo de seguimiento para el Plan Nacional de Atención y Reparación Integral a las Víctimas*. Bogotá: DNP.

Consejo Superior de la Judicatura (2016). *Diálogo sobre restitución de tierras. Comunicado público*. Recuperado de <https://www.ramajudicial.gov.co/web/consejo-superior-de-la-judicatura/-/dialogo-sobre-restitucion-de-tierras>.

Cordero, E. (2008). De la propiedad a las propiedades. La evolución de la concepción liberal de la propiedad. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 31.

Corte IDH (2005). *Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de junio de 2005. Serie C, núm. 124*.

- _____. (2005a). *Caso de la Masacre de Mapiripán vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C, núm. 134.
- _____. (2006). *Caso de la Masacre de Pueblo Bello vs. Colombia*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2006. Serie C, núm. 140.
- _____. (2006a). *Caso de las Masacres de Ituango vs. Colombia*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de julio de 2006. Serie C, núm. 148.
- Courtis, C. (2008). Comentario del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. San José de Costa Rica: IIDH, CIJ.
- Da Silva, C. A. *et al.* (2013). *Agroindustrias para el desarrollo*. Roma: FAO.
- Departamento Nacional de Estadística – DANE (2014). Censo Nacional Agropecuario 2014. Bogotá. Recuperado de <http://www.dane.gov.co/index.php/Censo-Nacional-Agropecuario-2014>.
- De Greiff, P. (2006). Justice and Reparations. En *The Handbook of Reparations*. Oxford: Oxford University Press.
- _____. (ed.) (2006). *The Handbook of Reparations*. Oxford: Oxford University Press.
- _____. (2009). Articulating the Links between Transitional Justice and Development: Justice and Social Integration. En De Greiff, P. y Duthie, R. (eds.). *Transitional Justice and Development: Making Connections*. New York: Social Science Research Council.
- _____. (2009a). Una concepción normativa de la Justicia transicional “Usos y abusos de la justicia transicional. En Rangel, A. (ed.). *Justicia y paz. ¿Cuál es el precio que debemos pagar?* Bogotá: Intermedio.
- _____. (2013). Transitional Justice Gets its Own Encyclopedia: Vitamins or Steroids for a Developing Field? *International Journal of Transitional Justice*, 7(3), 547-553.
- De Schutter, O. (2009). Report of the Special Rapporteur on the right to food. A/HRC/12/33/Add.2.
- _____. (2010). Report of the Special Rapporteur on the right to food. A/65/281.
- De Soto, H. (1993). The Missing Ingredient. *The Economist*, September 1993, pp. 8-10.
- _____. (2002). Law and Property Outside the West Land and Property Outside the West: A Few New Ideas about Fighting Poverty. *Forum for Development Studies*, 29(2), 349-61.

Deininger, K. (2003). *Land policies for growth and poverty reduction. A World Bank Policy Research Report*. Washington, D. C.: The World Bank y New York: Oxford University Press.

_____ y Byerlee, D. (2011). *Rising global interest in farmland: can it yield sustainable and equitable benefits?* Washington, D. C.: The World Bank.

Díaz-Callejas, A. (2002). *Colombia y la reforma agraria. Sus documentos fundamentales*. Bogotá: Universidad de Cartagena.

Dicey, A. V. (1982). *Introduction of the study of the law of the constitution*. Indianapolis: Liberty Fund.

Dorner, P. (1992). Thirty Years of Reform: Accomplishments and Limitations. En De Janvry, A. (ed.). *Latin American Land Reforms in Theory and Practice: A Retrospective Analysis*. Madison: University of Wisconsin Press.

Due Process of Law Foundation (2010). *Las víctimas y la justicia transicional. ¿Están cumpliendo los Estados latinoamericanos con los estándares internacionales?* Washington, D. C.: DPLF.

Elster, J. (2006). Retribution. En Elster, J. (ed.). *Retribution and reparation in the transition to Democracy*. Cambridge: Cambridge University Press.

_____ (2012). Tierra, justicia y paz. En Bergsmo *et al.* (eds.). *Justicia distributiva en sociedades en transición*. Oslo: Torkel Opsahl Academic EPublisher.

Forjando Futuros (2015). *Restitución de tierras gota a gota. Avances y dificultades*. Recuperado de <http://forjandofuturos.org/documentos/informe-general-restitucion-de-tierras-2014-12.pdf>.

_____ (2016). *Han pasado cinco años y la restitución de tierras no avanza*. Recuperado de http://forjandofuturos.org/documentos/publicacion-restitucion-de-tierras-no-avanzas_1500-sentencias_abril-2016-fundacion-forjando-futuros-version-web.pdf.

Foucault, M. (2006). *Seguridad, territorio y población*. Curso en el Collège de France: 1977-1978. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.

Fraser, N. (1997). *Iustitia Interrupta. Reflexiones críticas sobre la condición "postsocialista"*. Bogotá: Uniandes, Siglo del Hombre.

_____ y Honneth, A. (2003). *Redistribution or Recognition?: A Political-Philosophical Exchange*. New York: Verso.

Fray, D. y James, D. (2011). Giving Land Back or Righting Wrongs? En Walker, C., Hall, R., y Kepe, T. (eds.). *Land*,

Memory, Reconstruction, and Justice: Perspectives on Land Claims in South Africa. Scottsville: University of KwaZulu-Natal Press.

Galtung, J. (1968). Peace. *International encyclopedia of the social sciences*. London and New York: Macmillan, XI, 487-496.

Garay, L. J. (2009). *El reto ante la tragedia humanitaria del desplazamiento forzado: reparar de manera integral el despojo de tierras y bienes*. Bogotá: Comisión de Seguimiento a la Política Pública sobre Desplazamiento Forzado.

García Villegas, M. (9 de octubre de 2014). La suerte de los borradores de La Habana. *El Espectador*. Recuperado de <http://www.elespectador.com/noticias/politica/suerte-de-los-borradores-de-habana-articulo-521475>.

_____, Rodríguez Raga, J. C., García Sánchez, M., Revelo Rebolledo, J. E. y Espinosa Restrepo, J. R. (2011). *Los Estados del país. Instituciones municipales y realidades locales*. Bogotá: Dejusticia.

García-Godos, J. (2010). Addressing Land Restitution in Transitional Justice. *Nordic Journal of Human Rights. Special Issue of the Nordic Journal of Human Rights*. 28(2),1891-8131.

____ y Knut, A. (2010). Transitional Justice and Victims Rights before the End of a Conflict: The Unusual Case of Colombia. *Journal of Latin American Studies*, 42(03), 487-516.

Gaviria, P. y Gil, L. (2010) *La agenda de las víctimas en el Congreso 2007-2009: aprendizajes para la incidencia desde la sociedad civil*. Bogotá: Fundación Social, Géminis.

Geisler, C. y Bedford, B. (1998). Ecosystem management: who's entitled? En Jacobs, H. (ed.). *Who Own America: Social Conflict over Property Rights*. Madison, WI, University of Wisconsin Press.

George, H. (1921). *La cuestión de la tierra*. Madrid: Editorial Francisco Beltrán.

Glendon, M. (2001). *A world made new: Eleanor Roosevelt and the Universal Declaration of Human Rights*. New York: Random House.

Golay, C. y Cismas, I. (2010). *Legal opinion: The right to property from a human rights perspective*. Geneva: International Center for Human Rights and Development and Geneva Academy of International Humanitarian Law and Human Rights.

Gonza, A. (2014). Derecho a la propiedad privada. En Stenier, C. (ed.). *Convención Americana sobre Derechos Humanos Comentada*. Bogotá: KAS.

Gready, P., Boesten, J., Crawford, G. y Wilding, P. (2010). *Transformative Justice – A Concept Note*. Recuperado de <http://>

www.wun.ac.uk/files/transformational_justice_-_concept_note_web_version.pdf.

Griffin, K. (2000). The Distribution of Wealth and the Pace of Development. En Griffin, K. (ed.). *Studies in Development Strategy and Systemic Transformation*. London: MacMillan Press.

_____, Rahman Khan, A. y Ickowitz, A. (2002). Poverty and the Distribution of Land. *Journal of Agrarian Change*, 2(3), 279-330.

Gros Espiell, H. (1991). *La Convención Americana y la Convención Europea de Derechos Humanos. Análisis comparativo*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.

Gutiérrez Sanín, F. (2013). *Un trancón fenomenal: un análisis de las demoras en el proceso de restitución*. Bogotá: Observatorio de Restitución y Regulación de los Derechos de Propiedad Agraria.

_____. (2014). Estructura organizacional de los paramilitares y derechos de propiedad en el campo (1982-2007). *Análisis Político*, 82, 3-21.

_____. (2015). Agrarian Inequality and Civil War Revisited. *Geography Compass*, 9(8), 423-431.

_____. y Vargas Reina, J. (2016). *El despojo paramilitar y su variación: Quiénes, cómo, por qué*. Bogotá: Universidad del Rosario.

Gutiérrez, L. G. (2016). La restitución, Cabal y Kafka. *Revista Semana*. Recuperado de <http://www.semana.com/opinion/articulo/maria-fernanda-cabal-y-la-restitucion-de-tierras/477761>.

_____, Sánchez, N. C. y Uprimny, R. (2016). La naturaleza jurídica de la acción de restitución. En Bolívar, A., Gutiérrez, L., Sánchez, N. C. y Uprimny, R. *Debates sobre la acción de restitución*. Manuscrito presentado para su publicación.

Haddad, B. M. (2003). Property rights, ecosystem management, and John Locke's labor theory of ownership. *Ecological Economics*, 46, 19-31.

Haldemann, F. y Kouassi, R. (2014). Transitional Justice without Economic, Social, and Cultural Rights? En Riedel, E., Giacca, G., y Golay, C. (eds). *Economic, Social, and Cultural Rights in International Law: Contemporary Issues and Challenges*. Oxford: Oxford University Press.

Hall, R. (2004). Land restitution in South Africa: Rights, development, and the restrained state. *Canadian Journal of African Studies / Revue Canadienne Des Études Africaines*, 38(3), 654-671.

- _____ (2010). Reconciling the Past, Present, and Future: The Parameters and Practices of Land Restitution in South Africa. En Walker, C., Hall, R., y Kepe, T. (eds.). *Land, Memory, Reconstruction, and Justice: Perspectives on Land Claims in South Africa*. Scottsville: University of KwaZulu-Natal Press.
- Hardin, G. (1968). The Tragedy of the Commons. *Science, New Series*, 162(3859), 1243-1248.
- Harwell, E. y Le Billon, P. (2009). Natural Connections: Linking Transitional Justice and Development through a Focus on Natural Resources. En De Greiff, P. y Duthie, R. (eds.). *Transitional Justice and Development: Making Connections*. New York: Social Science Research Council.
- Haslam, N. (2006). Dehumanization: An Integrative Review, *Personality & Sociology Psychology Review*, 10.
- Hayek, F. (1978). *The Constitution of Liberty*. Chicago: Chicago University Press.
- Hayner, P. (2011). *Unspeakable Truths* (2.^a ed.). New York: Routledge.
- Hazan, P. (2006). Measuring the impact of punishment and forgiveness: A framework for evaluating transitional justice. *International Review of the Red Cross*, 88(861), 19-47.
- Henson, S. y Cranfield, J. (2013). Planteamiento de un caso político para las agroindustrias y agronegocios en los países en desarrollo. En Da Silva, C. A. et al. *Agroindustrias para el desarrollo*. Roma: FAO.
- Hillon, Y. y Jiménez, A. (2016). Heurística comunitaria y procesos de despojo. La comunalización en San Luis y Marmato (Colombia). Manuscrito inédito.
- Honore, A. M. (1961). Ownership. En Guest, A. G. (ed.). *Oxford Essays in Jurisprudence*. Oxford: Oxford University Press.
- Human Rights Watch, HRW (2013). El riesgo de volver a casa. Violencia y amenazas contra desplazados que reclaman restitución de sus tierras en Colombia. Washington, D. C.: HRW.
- Ibáñez, A. M., Moya, A. y Velásquez, A. (2006). *Hacia una política proactiva para la población desplazada*. Bogotá: Universidad de los Andes, Secretariado Nacional de Pastoral Social.
- Instituto Geográfico Agustín Codazzi, IGAC (2012). *Atlas de la distribución de la propiedad rural en Colombia*. Bogotá: Imprenta Nacional de Colombia.
- Instituto Interamericano de Derechos Humanos, IIDH (2011). *Contribución de las políticas de verdad, justicia y reparación a las democracias en América Latina*. San José: IIDH.

- Irigoyen, R. (2011). El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización. En Rodríguez Garavito, C. (coord.). *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores.
- Jacobs, H. M. (2013). Private property and human rights: A mismatch in the 21st century? *International Journal of Social Welfare*, 22, 85-101.
- Jaramillo, S. (2014). La Paz Territorial. Conferencia presentada en la Universidad de Harvard, 13 de marzo de 2013. Recuperado de <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-13791996>.
- Kalmanovitz, P. (2010). Corrective Justice versus Social Justice in the Aftermath of War. En Bergsmo, M., Rodríguez Garavito, C., Kalmanovitz, P. y Saffon, M. P. (eds.). *Distributive Justice in Transitions*. Oslo: Torkel Opsahl Academic EPublisher.
- _____ (2012). Justicia correctiva vs. justicia social en casos de conflicto armado. En Bergsmo, M., Rodríguez, C., Kalmanovitz, P. y Saffon, M. P. (eds.). *Justicia distributiva en sociedades en transición*. Oslo: Torkehl Opshal Academic EPublisher.
- _____ (2015). Compensation and Land Restitution in Transitions from War to Peace. En López Guerra, C. y Maskivker, J. (eds.). *Rationality, Democracy and Justice: The Legacy of Jon Elster*. New York: Cambridge University Press.
- Kay, C. (2002). Why East Asia Overtook Latin America: Agrarian Reform, Industrialization, and Development. *Third World Quarterly*, 23(6), 1073-1102.
- Kaye, L. M. (2006). Avoidance and Resolution of Cultural Heritage Disputes: Recovery of Art Looted During the Holocaust, *Willamette Journal of International Law & Dispute Resolution*, 14, 243, 244.
- Kennedy, D. (2011). Some Caution about Property Rights as a Recipe for Economic Development. *Accounting, Economics, and Law*, 1, 1-62.
- Kirsten J. F. (2012). South Africa has already met its 30% land redistribution target. Recuperado de <http://www.kwanalu.co.za/default.asp?action=news&Id=742>.
- Kleinfeld-Belton, R. (2005). *Competing definitions of the Rule of Law. Implications for practitioners*. Washington: Carnegie Endowment for International Peace.
- Lahiff, E. (2009). With what land rights? Tenure arrangements and support. En Hall R. (ed.). *Another countryside? Policy*

options for land and agrarian reform in South Africa. Cape Town: Institute for Poverty Land and Agrarian Studies.

____ y Li, G. (2012). Land redistribution in South Africa: A critical review. In Byamugisha (ed.). *Agricultural Land Redistribution and Land Administration in Sub-Saharan Africa*. Washington: World Bank.

Landau, D. (2012). The Reality of Social Rights Enforcement. *Harvard International Law Journal*, 53.

Langford, M. y Khulekani, M. (2010). Right, Remedy or Rhetoric? Land Restitution in International Law. *Nordic Journal of Human Rights*, 28(2), 143-176.

Laplante, L. (2008). Transitional Justice and Peace Building: Diagnosing and Addressing the Socioeconomic Roots of Violence through a Human Rights Framework. *The International Journal of Transitional Justice*, 2, 331-355.

Law, D. S. y Versteeg, M. (2012). The Declining Influence of the United States Constitution. *New York University Law Review*, 87(3), 762-858.

Leckie, S. (2005). *Housing, Land and Property Rights in Post-Conflict Societies: proposals for a New United Nations Institutional and Policy Framework*. UNCHR, Legal and Protection Policy Research Series.

____ (2009). *Housing, land, and property rights in post-conflict United Nations and other peace operations: A comparative survey and proposal for reform*. New York: Cambridge University Press.

Legrand, C. (1988). *Colonización y protesta campesina en Colombia, 1850-1950*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.

Lenzen, M. *Roads Less Traveled? Conceptual Pathways (and Stumbling Blocks) for Development and Transitional Justice*. En De Greiff, P. y Duthie, R. (eds.) *Transitional Justice and Development: Making Connections*. New York: Social Science Research Council.

Lewin, J. E., Prieto, J. y León, A. K. (2016). Como líder antirrestitución, el Procurador se gradúa de presidenciable. *La silla vacía*, 11 de abril de 2016. Recuperado de <http://lasillavacia.com/historia/como-1%C3%ADder-antirrestituci3n-el-procurador-se-grad3a-de-presidenciable-55416>.

Lipton, M. (2009). *Land Reform in Developing Countries: Property Rights and Property Wrongs*. London: Routledge.

Locke, J. (2004). *Segundo tratado sobre el gobierno civil: un ensayo acerca del verdadero origen, alcance y fin del gobierno civil*. Madrid: Alianza Editorial.

- López Medina, D. (2004). *Teoría impura del derecho. Las transformaciones de la cultura jurídica latinoamericana*. Bogotá: Legis.
- López Montaña, C. (2008). *Carimagua: un modelo desplazador*. Recuperado de http://www.cecilialopez.com/Documentos/D_Carimagua.pdf.
- Lundy, P. y McGovern, M. (2008). *Whose Justice? Rethinking Transitional Justice from the Bottom Up*. *Journal of Law and Society*, 35(2), 265-292.
- Machado, A. (1999). Una visión renovada sobre la reforma agraria en Colombia. En Machado, A. y Suárez, R. (coords.). *El mercado de tierras en Colombia*. Bogotá: Tercer Mundo Editores.
- _____. (2007). *Flujo y reflujo de la política de tierras en Colombia: 1960-2006*. Bogotá: Cátedra Jorge Eliécer Gaitán, Universidad Nacional de Colombia.
- _____. (2008). *La política agraria durante el Frente Nacional*. Conferencia en la Universidad Externado de Colombia, Bogotá.
- Malthus, T. (1978). *An Essay on the Principle of Population*. London: J. Johnson. Recuperado de <http://www.esp.org/books/malthus/population/malthus.pdf>.
- Mani, R. (2005). Rebuilding an Inclusive Political Community after War: Reconciliation through Transitional or Reparative Justice? En *Security Dialogue*. Recuperado de http://www.gcsp.ch/e/publications/CM_Peacebuilding/Peacebuilding/Academic_Papers/Mani_rebuilding_pol.pdf.
- May, J., Keswell, M., Bjastad, E. y Van den Brink, R. (2009). *Monitoring and evaluating the quality of life of land reform beneficiaries and the impact of land transfers: 2005/2006*. Summary prepared by the Department of Land Affairs, Republic of South Africa.
- McAuliffe, P. (2014). The Prospects for Transitional Justice in Catalyzing Socioeconomic Justice in Postconflict States: A Critical Assessment in Light of Somalia's Transition, *Northeast African Studies*, 14, 77-83.
- McEvoy, K. (2007). Beyond Legalism: Towards a Thicker Understanding of Transitional Justice. *Journal of Law and Society*, 34(4), 411-440.
- Medina, M. A. (14 de marzo de 2016). Solicitudes en reservas forestales, fuera de la restitución de tierras. *El Espectador*. Recuperado de <http://www.elespectador.com/noticias/economia/solicitudes-reservas-forestales-fuera-de-restitucion-de-articulo-622194>.

Mendeloff, D. (2004). Truth-Seeking, Truth-Telling, and Postconflict Peacebuilding: Curb the Enthusiasm? *International Studies Review*, 6(3), 355-380.

Mesa Cuadros, G. (2010). *Derechos ambientales en perspectiva de integralidad, concepto y fundamentación de nuevas demandas y resistencias sociales hacia el Estado Ambiental de Derecho*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.

Mesa de Conversaciones (2013). Comunicado Conjunto, La Habana, 26 de mayo de 2013. Recuperado de <https://www.mesadeconversaciones.com.co/comunicados/comunicado-conjunto-la-habana-26-de-mayo-de-2013>.

Mesa, G., Sánchez, L. F. y Silva, Y. (2015). Aportes jurídico conceptuales para la construcción de una política de gestión ambiental de los suelos (GEAS) en Colombia. En Cuadros, G. (ed.). *Conflictividad ambiental y afectaciones a derechos ambientales*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.

Michalowski, S. (2013). *Corporate Accountability in the Context of Transitional Justice*. London: Routledge.

Miller, D. (2011). Property and Territory: Locke, Kant, and Steiner. *The Journal of Political Philosophy*, 19(1), 90-109.

Miller, Z. (2008). Effects of Invisibility: In Search of the 'Economic' in Transitional Justice. *International Journal of Transitional Justice*, 2, 266-269.

Misión para la Transformación del Campo Colombiano (2015). *El campo colombiano: un camino hacia el bienestar y la paz*. Bogotá: DNP.

Mohai, P., Pellow, D. y Roberts, J. T. (2009). Environmental Justice. *Annual Review of Environment and Resources*, 34, 405-430.

Moncayo, V. M. (1991). Política agraria y desarrollo capitalista. En Machado, A. (coord.). *Problemas agrarios colombianos* (2.^a ed.). Bogotá: CEGA, Siglo XXI Editores.

Monroy Cabra, M. G. (1990). *Introducción al derecho*. Bogotá: Editorial Temis.

Muller, E. N., Seligson, M., Fu, H. y Midlarsky, M. (1989). Land Inequality and Political Violence. *The American Political Science Review*, 83(2), 577-596.

Muvingi, I. (2009). Sitting on Powder Kegs: Socioeconomic Rights in Transitional Societies. *International Journal of Transitional Justice*, 3(2), 163-182.

Nafzinger, W. (2006). Development, Inequality, and War in Africa. *Economics of Peace and Security Journal*, 1(1), 14-19.

Nagy, R. (2008). Transitional Justice as Global Project: critical reflections. *Third World Quarterly*, 29(2), 275-289.

Nalepa, M. (2012). The Origins of Competing Claims to Land in East Central Europe: In-Kind Restitution as a Problem of Fair Division. En Morten, B., Rodríguez Garavito, C., Kalmanovitz, P. y Saffon, M. P. (eds.). *Distributive Justice in Transitions*. Oslo: Torkel Opsahl Academic EPublisher.

O'Donnell, T. (2011). The Restitution of Holocaust Looted Art and Transitional Justice: The Perfect Storm or the Raft of the Medusa? *European Journal of International Law*, 22.

Olsen, T., Payne, L. y Reiter, A. (2010). The Justice Balance: When Transitional Justice Improves Human Rights and Democracy. *Human Rights Quarterly*, 32(4), 991-1007.

_____, Payne, P. y Reiter, A. (2010). *Transitional Justice in Balance: Comparing Processes, Weighing Efficacy*. Washington D. C.: United States Institute of Peace Press.

ONU, Comité de Derechos Humanos (1994). Observación General n.º 23. 50º período de sesiones.

ONU, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (1994). Observación General n.º 21. 13º periodo de sesiones.

ONU, Informe del Secretario General sobre el Estado de Derecho y Justicia Transicional en sociedades en conflicto y posconflicto (2004). S/2004/616. Recuperado de <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=S/2004/616>.

ONU, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (2006). Observación General n.º 4.

ONU, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (2010). Observación General n.º 21.

ONU, Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, OACNUDH (2010). *Consultation on land and human rights. Summary of discussions*. 29 November-1 December 2010, Geneva.

ONU, PNUD (2011). *Mujeres rurales: gestoras de esperanza*. Serie Cuadernos Informe de Desarrollo Humano. Bogotá: PNUD.

ONU, Consejo de Derechos Humanos (2014). Informe del Relator Especial sobre la promoción de la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición, Pablo de Greiff. Documento A/HRC/27/56.

ONU, OHCHR (2014). *Transitional Justice and Economic, Social and Cultural Rights*. Recuperado de <http://www.ohchr.org/Documents/Publications/HR-PUB-13-05.pdf>.

- Oré Aguilar, G. y Gómez Isa, I. (eds.) (2011). *Rethinking Transitions: Equality and Social Justice in Societies Emerging from Conflict*. Antwerp: Intersentia.
- Orozco Abad, I. (2003). *Dealing with Symmetrical Barbarism: A Challenge for the Human Rights Movement. (The Colombian Case)*. Paper presented at the Conference on Curbing Human Rights Violations by Non-State Armed Groups, University of British Columbia, November 13-15, 2003.
- _____. (2009). *Justicia transicional en tiempos del deber de memoria*. Bogotá: Editorial Temis.
- Ostrom, E. (2000). *El gobierno de los bienes comunes. La evolución de las instituciones de acción colectiva*. México: UNAM.
- Oxfam (2012). Divide and Purchase. How land ownership is being concentrated in Colombia. Oxfam Research Reports. Recuperado de https://www.oxfam.org/sites/www.oxfam.org/files/rr-divide-and-purchase-land-concentration-colombia-270913-en_0.pdf.
- Paglione, G. (2008). Individual property restitution: From Deng to Pinheiro - and the challenges ahead. *International Journal of Refugee Law*, 20(3), 391-412.
- Palacios, M. (2011). *¿De quién es la tierra? propiedad, politización y protesta campesina en la década de 1930*. Bogotá: Fondo de Cultura Económica, Universidad de los Andes.
- Pasqualucci, J. (2009). International Indigenous Land Rights: A Critique of the Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights in Light of The United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples. *Wisconsin International Law Journal*, 27, 51-98.
- Peña, R. et al. (2016). *Despojo legal y guerra civil en Colombia*. Bogotá: Universidad del Rosario.
- Pérez, N. (2013). Property rights and transitional justice: A forward-looking argument. *Canadian Journal of Political Science*, 46(1), 135.
- _____. (2016). Referendo por el agro nacional. ¿De dónde viene? ¿Qué busca? *Revista Razón Pública*. Recuperado de <http://www.razonpublica.com/index.php/economia-y-sociedad/9587-referendo-por-el-agro-nacional->
- Perfetti, J. J. y Cortés, S. (2013). La agricultura y el desarrollo de los territorios rurales. En Perfetti, J. J., Balcázar, A., Hernández, A. y Leibovich, J. (eds.). *Políticas para el desarrollo de la agricultura en Colombia*. Bogotá: Fedesarrollo, SAC.
- Philpott, C. (2005). From the Right to Return to the Return of Rights: Completing Post-War Property Restitution in Bosnia Herzegovina. *Journal of Refugee Studies*, February, 2005.

Posner, E. A. (2014). *The Twilight of Human Rights Law*. Oxford: Oxford University Press.

_____ y Vermeule, A. (2003). Transitional Justice as Ordinary Justice. *Chicago Public Law and Legal Theory Working Paper*, 40.

Procuraduría General de la Nación, PGN. (2015). *Reflexiones sobre el Incofer y la institucionalidad agraria en Colombia*. Bogotá: Instituto de Estudios del Ministerio Público.

Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo, PNUD (2011). *Colombia rural. Razones para la esperanza*. Informe Nacional de Desarrollo Humano 2011. Bogotá: INDH-PNUD.

Programa de Protección de Tierras y Patrimonio de la Población Desplazada, PPTP (2010). *Unidades agrícolas familiares, tenencia y abandono forzado de tierras en Colombia*. Bogotá: Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional, Indepaz Ediciones.

Puente Salinas, M. C. (2008). *Perdidos entre las leyes y los árboles. Propiedad y posesión en un bosque protector ecuatoriano*. Quito: Ediciones Abya-Yala.

Quinche, M. F., Peña, R., Parada, M. M., Ruiz, L. E. y Álvarez, R. (2015). *El amparo de tierras: la acción, el proceso y el juez de restitución*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario.

Restrepo, J. C. (2016). En defensa de la restitución II. *El Pilón*. Recuperado de <http://elpilon.com.co/defensa-la-restitucion-tierras-ii/>.

_____ y Bernal Morales, A. (2014). *La cuestión agraria: tierra y posconflicto en Colombia*. Bogotá: Penguin Random House Mondadori.

Restrepo, E. (2010). La garantía de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación de las víctimas del delito de desplazamiento forzado. En: Rodríguez Garavito, S. *Más allá del desplazamiento. Políticas, derechos y superación del desplazamiento forzado en Colombia*. Bogotá: Ediciones Uniandes.

Revelo, J., Lozano, L. y Botero, A. (2012). *Metodologías de investigación y el proceso de restitución de tierras*. Bogotá: Unidad Administrativa para la Gestión de la Restitución de Tierras.

Reyes Posada, A. (2009). *Guerreros y campesinos. El despojo de la tierra en Colombia*. Bogotá: Grupo Editorial Norma.

_____ (2016). *La reforma rural para la paz*. Bogotá: Editorial Debate.

Robins, S. (2012). Transitional Justice as an Elite Discourse. *Critical Asian Studies*, 44, 3-30.

Robinson, J. (13 de diciembre de 2014). ¿Cómo modernizar a Colombia? *El Espectador*. Recuperado de <http://www.elespectador.com/noticias/elmundo/modernizar-colombia-articulo-532967>.

Robledo, J. (2014). *La verdad se abre paso en restitución de tierras. Moir. Polo democrático Alternativo*. Recuperado de <http://www.moir.org.co/La-verdad-se-abre-paso-en,6725.html>.

Rodríguez Franco, D. (2014). The Rise of Popular Consultations. *Americas Quarterly*, 8(2).

Rodríguez Garavito, C. (2001). La justicia civil y de familia. En García Villegas, M. y De Sousa Santos, B. *El Caleidoscopio de las justicias en Colombia*. Bogotá: Uniandes.

_____ y Rodríguez Franco, D. (2010). *Cortes y cambio social: cómo la Corte Constitucional transformó el desplazamiento forzado en Colombia*. Bogotá: Dejusticia.

_____ y Uprimny, R. (2006). ¿Justicia para todos o seguridad para el mercado? El neoliberalismo y la reforma judicial en Colombia. En García Villegas, M., Rodríguez, C. y Uprimny, R. *¿Justicia para todos? Sistema judicial, derechos sociales y democracia en Colombia*. Bogotá: Norma.

_____ y Lam, Y. (2011). *Etnorreparaciones. La justicia colectiva étnica y la reparación a pueblos indígenas y comunidades afrodescendientes en Colombia*. Bogotá: Dejusticia.

_____ y Baquero, C. A. (2015). *Reconocimiento con redistribución. El derecho y la justicia étnico racial en América Latina*. Bogotá: Dejusticia.

_____ y Rodríguez Franco, D. (2015). *Juicio a la exclusión: El impacto de los tribunales sobre los derechos sociales en el Sur Global*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores.

Roht-Arriaza, N. (2006). The new landscape of transitional justice. En Roht-Arriaza, N. y Mariezcurrena, J. (eds.). *Transitional Justice in the Twenty-First Century*. New York: Cambridge University Press.

Roht-Arriaza, N. (2014). Reparations and Economic, Social, and Cultural Rights. *Justice and Economic Violence in Transition*, 109-110.

_____ y Mariezcurrena, J. (eds.) (2006). *Transitional Justice in the Twenty-First Century*. New York: Cambridge University Press.

Roldán, S. (2014). *Derecho agrario para la restitución de tierras. Módulo de Formación Judicial*. Bogotá: Escuela judicial Rodrigo Lara Bonilla.

Roth, K. (2004). Defending Economic, Social and Cultural Rights: Practical Issues Faced by an International Human Rights Organization, *Human Rights Quarterly*, 26(1), 63-73.

Rubenstein, L. S. (2004). How International Human Rights Organizations Can Advance Economic, Social, and Cultural Rights: A response to Kenneth Roth, *Human Rights Quarterly*, 26(4), 873-878.

Saffon, M. P. y Uprimny, R. (2010). Distributive Justice and the Restitution of Dispossessed Land in Colombia. En Bergsmo, M., Rodríguez Garavito, C., Kalmanovitz, P. y Saffon, M. P. (eds.). *Distributive Justice in Transitions* (pp. 387-389). Oslo: Torkel Opsahl Academic EPublisher.

Salgado, C. (2008). *Propuestas frente a las restricciones estructurales y políticas para la reparación efectiva de las tierras perdidas por la población desplazada*. Bogotá: Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento Forzado.

_____. (2012). *El campesinado. Reconocimiento para construir un país*. Bogotá: PNUD.

Salinas, Y. (2009). *Protección y garantía del derecho a la propiedad y a las posesiones de las víctimas del conflicto armado interno*. Bogotá: ICTJ/PGN.

_____. (2010). La protección y restitución de las tierras y bienes inmuebles de las víctimas del desplazamiento. En Rodríguez Garavito, C. *Más allá del desplazamiento. Políticas, derechos y superación del desplazamiento forzado en Colombia*. Bogotá: Ediciones Uniandes.

_____. y Zarama, J. M. (2012). *Justicia y paz: Tierras y territorios en las versiones de los paramilitares*. Bogotá: Centro Nacional de Memoria Histórica.

Sánchez, N. C. (2009). Perder es ganar un poco: avances y frustraciones de la discusión del estatuto de víctimas en Colombia. En Díaz, C. *et al. Reparar en Colombia: los dilemas en contextos de conflicto, pobreza y exclusión*. Bogotá: ICTJ - Dejusticia.

_____. (2013). Corporate Accountability, Reparations, and Distributive Justice in Post-Conflict Societies. En Michalowski, S. *Corporate Accountability in the Context of Transitional Justice*. London: Routledge.

_____. (2015a). *Memoria histórica, verdad judicial y conflicto armado*. Bogotá: Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla - Imprenta Nacional.

_____. (2015b). *La justicia penal como componente de la justicia transicional*. Documento presentado para la consultoría: Diez

años de la expedición de la Ley 975 de 2005: evaluación sobre la contribución del proceso penal a los objetivos globales de la transición. GIZ Colombia. Ministerio de Justicia y del Derecho.

_____ y Orduz, N. (2015). *La restitución de derechos territoriales a pueblos indígenas*. Módulo de autoformación. Bogotá: Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla.

_____ y Uprimny, R. (2010). Propuestas para una restitución de tierras transformadora. En Díaz, C. (ed.). *Tareas pendientes: Propuestas para la formulación de políticas públicas de reparación en Colombia*. Bogotá: ICTJ.

_____ y Uprimny, R. (2012a). Ley de víctimas: avances, limitaciones y retos. *Revista Foro*.

_____ y Uprimny, R. (2012b). *Justicia transicional civil y restitución de tierras*. Documento elaborado por Dejusticia para la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, con el apoyo de la Organización Mundial para las Migraciones (OIM). Manuscrito inédito.

_____ e Ibáñez, S. (2014). Justicia transicional como categoría constitucional. En Ambos, K. et al. *Justicia de transición y constitución*. Bogotá: Temis - KAS.

Sandoval, C. (2011). *Transitional Justice: Key Concepts, Processes and Challenges*. Cambridge: Institute for Democracy & Conflict Resolution - Briefing Paper (IDCR-BP-07/11).

Schmid, E. (2009). Liberia's Truth Commission Report: Economic, Social, and Cultural Rights in Transitional Justice, *Fletcher Journal on Human Security*, 24, 5-28.

_____ y Aoife, N. (2014). 'Do No Harm'? Exploring the Scope of Economic and Social Rights in Transitional Justice. *International Journal of Transitional Justice*, 8(3), 362-382.

Sen, A. (2009). *The Idea of Justice*. Cambridge, Mass.: Belknap Press - Harvard University Press.

Sharp, D. N. (2013a). Interrogating the Peripheries: The Preoccupations of Fourth Generation Transitional Justice, *Harvard Human Rights Journal*, 26, 149-178.

_____ (2013b). Beyond the Post-Conflict Checklist: Linking Peacebuilding and Transitional Justice Through the Lens of Critique (March 27, 2012). *Chicago Journal of International Law*, 14, 165-211.

_____ (2014). Addressing Economic Violence in Times of Transition. *Justice and Economic Violence in Transition*, 5, 1-26.

- Sikkink, K. (2013). *The Justice Cascade: How Human Rights Prosecutions Are Changing World Politics*. New York: W. W. Norton & Company, Inc.
- _____ y Booth Walling, C. (2007). The Impact of Human Rights Trials in Latin America. *Journal of Peace Research*, 44(4), 427-445.
- _____, Marchesi, B., Dixon, P. y D'Alessandra, F. (2014). *Reparaciones integrales en Colombia: logros y desafíos. Evaluación comparativa y global*. Harvard Kennedy School. Cambridge, Mass: The Carr Center for Human Rights Policy.
- Skaar, E., Collins, C. y García-Godos, J. (eds.) (2016a). *The Transitional Justice in Latin America: The Uneven Road from Impunity towards Accountability*. London: Routledge.
- _____ (2016b). Analytical Framework. En Skaar, E. et al. *The Transitional Justice in Latin America: The Uneven Road from Impunity towards Accountability*. London: Routledge.
- Smit, A. R. (2012). *The property rights of refugees and internally displaced persons: Beyond restitution*. Hoboken: Taylor and Francis.
- Snyder, J. y Vinjamuri, L. (2003-2004). Trials and Errors: Principle and Pragmatism in Strategies of International Justice. *International Security*, 28(3), 5-44.
- Sriram, C. L. (2014). Liberal Peacebuilding and Transitional Justice: What Place for Socioeconomic Concerns? *Justice and Economic Violence in Transition*, 5, 27-49.
- Stavenhagen, R. (2006). Indigenous Peoples: Land, Territory, Autonomy, and Self-Determination. En Rosset, P., Patel, R. y Courville, M. (eds.). *Promised Land*, Institute for Food and Development Policy. Oakland CA: Food First Books.
- Steinberg, J. (2002). Reflections on Intergenerational Justice. En Henkin, A. *The Legacy of Abuse: Confronting the Past, Facing the Future*. New York: The Aspen Institute.
- Stewart, F. (2002). Root Causes of Violent Conflict in Developing Countries. *British Medical Journal* 324(7333), 342-345.
- Teitel, R. (2002). Transitional Justice in a New Era, 26 *Fordham International Law Journal*. 893, 893.
- _____ (2003a). Transitional Justice Genealogy, *Harvard Human Rights Journal*. 16, 69-87.
- _____ (2003b). *Transitional Justice*. Oxford: Oxford University Press.
- Tenera, F. y Mantilla, F. (2006). El concepto de derechos reales. *Revista de Derecho Público*.

Thoms, O. y Ron, J. (2007). Do human rights violations cause internal conflict? *Human Rights Quarterly*, 29, 674-705.

_____, Ron, J. y Paris, R. (2008). *The effects of transitional justice mechanisms: A summary of empirical research findings and implications for analysts and practitioners*. Working Paper. Ottawa: Center for International Policy Studies.

Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, TPIY (2003). *Prosecutor vs. Naletilić y Martinović*. IT-98-34-T. Sentencia de primera instancia, 31 de marzo de 2003.

Unidad de Gestión para la Restitución de Tierras, URT (2014). *La restitución de tierras en Colombia: del sueño a la realidad*. Bogotá: URT - MinAgricultura.

_____. (2015). *Informe final de gestión UAEGRTD 2015*. Bogotá: URT - MinAgricultura.

_____. (2016a). *Conmemoración de los 5 años de la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras*. Comunicado público. Recuperado de <https://www.restituciondetierras.gov.co/web/guest/historico-de-noticias/-/noticias/691569>.

_____. (2016b). *Ley de Víctimas y Restitución de Tierras, cinco años de una política que debe continuar*. Bogotá: URT - MinAgricultura.

_____. (2017). *Atención a la ocupación secundaria*. Presentación realizada en el taller de discusión sobre ocupación secundaria dirigido a procuradores judiciales agrarios y de restitución de tierras realizado en Bogotá en marzo de 2017. Manuscrito inédito. Bogotá.

United Nations (1954). *Commission on Human Rights. Report of the Tenth Session. Economic and Social Council Official Records: Eighteenth Session. Supplement. 7, Do. E/2573, Annex 1*. New York: UN.

_____. (1988). *Report of the Economic and Social Council. Respect for the right of everyone to own property alone as well as in association with others and its contribution to the economic and social development of member states. Forty third session. A/43/739*. New York: UN.

Uprimny, R. (2006). Las enseñanzas del análisis comparado: procesos transicionales, formas de justicia transicional y el caso colombiano. En Uprimny *et al.* *¿Justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia*. Bogotá: Dejusticia.

_____. (2009). Transformative reparations of Massive Gross Human Rights Violations: Between Corrective and Distributive Justice. *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 27 (4).

_____ (2013). Post-Authoritarian and Post-Conflict settings: overview. Presentation at the Regional Consultation on Transitional Justice in Africa, Mandate of the United Nations Special Rapporteur on the promotion of truth, justice, reparation and guarantees of non-recurrence, Kampala, 6-8 November 2013.

_____ y Sánchez, N. C. (2010). Los dilemas de la restitución de tierras en Colombia. *Revista de Estudios Socio-Jurídicos*, 12(2).

_____, Sánchez, N. C. y Lozano, L. (2015). *Introducción al concepto de justicia transicional y al modelo de transición colombiano*. Módulo de Formación Judicial. Bogotá: Escuela judicial Rodrigo Lara Bonilla.

_____ et al. (2006). *¿Justicia transicional sin transición? Verdad, justicia y reparación para Colombia*. Bogotá: Dejusticia.

_____ y Saffon, M. P. (2009). El potencial transformador de las reparaciones. Propuesta de una perspectiva alternativa de reparaciones para la población desplazada en Colombia. En Díaz, C., Sánchez, N. C. y Uprimny, R. (eds.). *Reparar en Colombia. Los dilemas en contextos de conflicto, pobreza y exclusión*. Bogotá: ICTJ, Unión Europea, Dejusticia.

_____ y Saffon, M. P. (2012). Reparación de tierras despojadas y justicia distributiva en Colombia. En Bergsmo et al. (eds.). *Justicia distributiva en sociedades en transición*. Oslo: Torkel Opsahl Academic EPublisher.

Usaid - Programa de Tierras y Desarrollo Rural (2015). *Lineamientos de política para el ordenamiento social de la propiedad rural*. Bogotá: Usaid.

Valencia Zea, Á. y Ortiz Monsalve, A. (2001). *Derecho civil. Derechos reales*. Bogotá: Editorial Temis.

Valencia, L. (2014). *Otra vez sobre la restitución de tierras*. *Revista Semana*, 10 de noviembre de 2014. Recuperado de <http://www.semana.com/opinion/articulo/leon-valencia-otra-vez-sobre-la-restitucion-de-tierras/405704-3>.

Verdad Abierta (2016). *¿Y las víctimas que están en zonas de reserva forestal y parques?* 29 de marzo de 2016. Recuperado de <http://www.verdadabierta.com/restitucion-de-bienes/6217-y-las-victimas-que-estan-en-zonas-de-reserva-forestal-y-parques>.

Vía Campesina (2009). *Introducción a la Declaración de los Derechos de los Campesinos y Campesinas*. Recuperado de <http://viacampesina.net/downloads/PDF/SP-3.pdf>.

Vidal López, R. y Atehortúa, C. (2013). *La estructura procesal de la restitución y formalización de tierras y otras acciones conexas (posesión, tenencia, ocupación, acciones jurídico administrativas)*.

Módulo de formación autodirigida. Bogotá: Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla.

Von Carlowitz, L. (2005). Resolution of Property Disputes in Bosnia and Kosovo: The Contribution to Peacebuilding. *International Peacekeeping*, 12, 547-561.

Waldorf, L. (2012). Anticipating the Past: Transitional Justice and Socio-Economic Wrongs. *Socio & Legal Studies*, 21, 171-185.

Walker, C. (2005). The Limits of Land Reform: Rethinking 'the Land Question'. *Journal of Southern African Studies*, 31, 805-824.

Wiebelhaus-Brahm, E. (2010). *Truth Commissions and Transitional Societies: The Impact on Human Rights and Democracy*. New York: Routledge.

Williams, H. (1977). Kant's Concept of Property. *The Philosophical Quarterly*, 27(106), 32-40.

Williams, R. (2004). Post-Conflict Property Restitution and Refugee Return in Bosnia and Herzegovina: Implications for International Standard-Setting and Practice. *New York University Journal of Law and Politics*, 37(3).

_____ (2008). El derecho contemporáneo de restitución de propiedades dentro del contexto de la justicia transicional. En Díaz, C. (ed.). *Reparaciones para las víctimas de la violencia política* (pp. 441-59). Bogotá: ICTJ.

Tierra en transición

Justicia transicional,
restitución de tierras
y política agraria en Colombia

El impacto del ideario de la justicia transicional ha traspasado las discusiones sobre el castigo y los dispositivos penales que serán aplicados a los excombatientes, y se ha instalado en muchas de las conversaciones sobre los asuntos más importantes de la sociedad colombiana. Uno de esos temas estructurales que hoy en día pasan por la lente de la justicia transicional ha sido el de los conflictos sobre la regulación de la tierra y las estructuras agrarias del país.

No obstante, tanto en el país como en discusiones internacionales existen debates sobre si temas estructurales como el modelo de propiedad rural deben ser abordados desde una agenda de transición, y si los mecanismos de la “caja de herramientas” de la justicia transicional están suficientemente equipados para acometer dicha tarea.

Este libro analiza las alternativas de política pública y regulación normativa sobre la estructura de la tierra en sociedades que adelantan políticas de transición de la guerra a la paz. Para ello, se concentra en el estudio del caso colombiano y, particularmente, de la implementación de la política de restitución de tierras adoptada a partir de la Ley 1448 de 2011 y su legislación complementaria. Tras analizar las características de esta política, el libro propone una teoría normativa, denominada justicia transicional civil, que busca llenar los vacíos jurídicos y de política pública que podrían hacer fracasar intentos de reversión del despojo al no considerar los desafíos jurídicos que presenta la implementación de una política pública compleja como es la restitución masiva de tierras en un contexto de inequidad histórica en el acceso a la tierra.

ISBN 978-958-5441-16-3



9 789585 441163