

Boletín Número 12



Contenido

El Comité de Capacitación de la modalidad de restitución de tierras pide sinceras disculpas a todos sus lectores por la demora en la aparición del nuevo número del boletín. Somos conscientes que uno de los aspectos que genera credibilidad en esta clase de publicaciones es su aparición regular.

Cuando iniciamos el boletín nos hicimos el propósito de que fuera una publicación bimestral. Cumplir con tal objetivo ha sido difícil, pero esta vez nos hemos excedido en la demora. Aspirábamos a publicar un tema que considerábamos de interés para todos, la labor estaba muy adelantada, pero al final las cosas no se concretaron. Otra vez será.

EL PAPEL DEL IGAC EN EL PROCESO DE RESTITUCIÓN DE TIERRAS. ALGUNAS PRECISIONES TÉCNICO JURÍDICAS	2
EL DEBATE SOBRE LAS PRESUNCIONES DE LA LEY 200 DE 1936 EN RELACIÓN CON LOS BALDÍOS, LAS POSICIÓN DE LA SALA CIVIL ESPECIALIZADA EN RESTITUCIÓN DE TIERRAS DE BOGOTÁ.	10
COMENTARIO BIBLIOGRÁFICO: CINE Y CONFLICTO ARMADO EN COLOMBIA DE MARTÍN AGUDELO RAMÍREZ	18
LA ELECCIÓN DE NUEVOS MAGISTRADOS EN LA CORTE CONSTITUCIONAL Y LA TIPOLOGÍA DE JUECES REFERIDA POR DUNKAN KENNEDY	20
CRUCIGRAMA	24
FRASES O CITAS CÉLEBRES.	24

EL PAPEL DEL IGAC EN EL PROCESO DE RESTITUCIÓN DE TIERRAS. ALGUNAS PRECISIONES TÉCNICO JURÍDICAS

Por: Genny Milena Rico Revelo
Instituto Geográfico Agustín Codazzi
Mayo de 2017

El presente escrito tiene por objeto realizar algunas precisiones un tanto técnicas, un tanto jurídicas, sobre el papel que ostenta el Instituto Geográfico Agustín Codazzi, en adelante IGAC, como entidad técnica especializada en temas prediales, frente a la acción de restitución de tierras contenida en la L. 1448/2011.

El escrito se divide en cinco apartes así: a) en una primera se explicarán las razones por las que las instituciones -que por separado-, realizan la gestión predial en Colombia¹, poseen en sus bases de datos información sobre las áreas de los predios que difiere entre sí; b) posteriormente se dará cuenta de algunos de los escenarios de solicitudes en temas prediales que exceden a las competencias del instituto; c) se relacionaran las peticiones al IGAC, que son de competencia exclusiva de la Unidad de Restitución de Tierras; d) se indicarán la peticiones técnicamente imposibles de acatar por parte de la entidad; e) para terminar, se mencionaran los requerimientos judiciales que sí son de misionalidad del IGAC en su papel como perito auxiliar de la justicia para los procesos de restitución de tierras.

¹ Instituto Geográfico Agustín Codazzi; Superintendencia de Notariado y Registro; Agencia Nacional de Tierras, Unidad de Restitución de Tierras.

1. LAS DIFERENCIAS DE ÁREAS EN LA INFORMACIÓN INSTITUCIONAL PREDIAL EN COLOMBIA

1.1. Sobre el área de Catastro.

El catastro en Colombia cuenta con dos fuentes de información para conocer de las áreas de los predios. Por una parte, toma para conformar su base alfanumérica² la información consignada en los registros 1 y 2 de los predios³, la cual a su vez es obtenida de los folios de matrícula inmobiliaria o de documentos como escrituras públicas que son exhibidas en el momento de la realización de los reconocimientos prediales⁴, siendo que muchas veces esta área, al consultarla, se muestra diferente.

La razón de lo anterior, es que a la fecha, y muy a pesar de los avances en la materia⁵, no existe interrelación en tiempo real de la información que obra en el Catastro con la contenida en el Registro de Instrumentos Públicos, al cual no siempre se acude de manera inmediata por parte de los legitimados en las transacciones sobre los predios a efectos de inscribirlas.

Por otra parte, para conformar su base cartográfica, el Catastro se basa en la medición por medio de métodos masivos sobre los predios, como



² Letras y números.

³ Registros que consignan los datos de nombre de la persona natural o jurídica inscrita en relación con el predio, cédula, áreas, FMI, avalúo vigente, principalmente.

⁴ Procedimiento que realiza el IGAC para verificar por parte de técnicos reconocedores prediales que la información obtenida por medios masivos, como las fotografías aéreas coincide aproximadamente con la realidad.

⁵ Proyectos de interrelación catastro y Registro: ICARE e IPER, este segundo diseñado para generar interrelación permanente, solamente han logrado que las variables de: número de identificación; matrícula inmobiliaria; cédula catastral, nombre de propietario y dirección del predio coincidan; sin embargo, no se ha avanzado en la coincidencia de los registros gráficos.



por ejemplo, la fotografía aérea, y los cálculos que de ella resultan a efectos de establecer las áreas aproximadas de los predios.

Por tanto, no en todos los casos el área de un mismo predio, en relación con la información Catastral llega a coincidir.

1.2. Sobre el área de Registro de instrumentos públicos consignada en los FMI

Es importante señalar que el área consignada en este tipo de documentos es un área que nunca fue objeto de medición técnica en terreno, ni medición masiva; y mucho menos predio a predio. Históricamente, las áreas consignadas en la Escrituras Públicas – que son la base para la expedición de los folios de matrícula inmobiliarias posterior al registro-, son áreas que fueron dictadas por las partes de común acuerdo y con una descripción narrativa de los linderos, con base en la geografía cambiante de los predios, citando

Históricamente para la adjudicación de baldíos, eran los solicitantes quienes tenían la carga de la prueba respecto de la medición y ubicación del predio, así como de la certificación de que el predio solicitado no tenía otro dueño, es decir que era baldío.

accidentes naturales que migran o se modifican con el tiempo; y terminan con la frase “recibo a cuerpo cierto”, lo cual, al menos en teoría, cierra cualquier brecha para el reclamo en caso de que el área real del predio no coincida con la consignada en el documento de transferencia de dominio sobre el bien inmueble.

1.3. Sobre las áreas contenidas en las resoluciones de adjudicación de baldíos

Sobre esta fuente de información es importante señalar que solamente después del 2009 el liquidado INCODER, - entidad competente en materia de baldíos-, empezó a implementar el Acuerdo 180 del año en mención, el cual establece una serie de estándares para los levantamientos

planimétricos. Antes de dicho acuerdo, no existió una técnica unificada para medir los predios. Adicionalmente, se debe tener en cuenta que históricamente para la adjudicación de baldíos, eran los solicitantes quienes tenían la carga de la prueba respecto de la medición y ubicación del predio, así como de la certificación de que el predio solicitado no tenía otro dueño, es decir que era baldío. Por esta razón el área consignada en las resoluciones de adjudicación no siempre coincide con la real, igualmente se presentaban situaciones que hacían que los beneficiarios no ocuparan en el 100% de los casos, las áreas adjudicadas en el papel, sino porciones de tierras conexas por conveniencia o acuerdo con los demás parceleros.

Sumado a lo anterior, en muchas oportunidades, para no excederse en la afirmación de “todas la veces”, la entidad responsable de los bienes baldíos no realizaba la recuperación de

los excedentes de las tierras adjudicadas. Esto significa que respecto de un área adjudicada, sobre la cual no se recuperaban oficialmente las porciones que no eran objeto de aquella, los adjudicatarios continuaban explotándolas, logrando con el pasar del tiempo que esas áreas cayeran en la indefinición de adjudicadas o no, generando inconsistencias sobre las áreas de los predios.

1.4. Sobre el área resultante de la declaración del solicitante

Existe otra área que puede ser objeto de comparación y es la referida por los ocupantes, poseedores, y hasta propietarios de predios que son solicitantes y/o reclamantes; y que obedece netamente al



recuerdo y a la herencia narrada de la transferencia de la propiedad. Ej.: “mi bisabuelo le dejó mi abuelo, y este a mi papá 50 hectáreas...”. Esta área, en la mayoría de los casos, no corresponde con la que resulta de la aplicación de la técnica adecuada de medición, pues nunca fue medida en el momento de las referidas transferencias familiares generacionales.

1.5. Sobre el área obtenida con posterioridad a un trabajo de topografía en terreno

Sobre este particular es importante ilustrar que todos los trabajos de topografía realizados con estación total o con GPS simétrico con antena de doble frecuencia, deben cumplir con una serie de requisitos técnicos mínimos con el fin de que su resultado pueda ser incorporado oficialmente por la autoridad competente en las bases de datos oficiales. Así mismo, debe mencionarse que nunca dos levantamientos

Para este caso, es relevante recordar que la entidad competente para determinar la explotación o destinación económica de un predio es la Oficina de Planeación de cada Municipio, por medio del respectivo certificado de uso expedido por ella, adicionalmente el instrumento que contiene esa información es el Plan de Ordenamiento Territorial – POT-, de cada municipio, o en su defecto el Esquema de Ordenamiento Territorial –EOT-, respectivo.

topográficos realizados a un mismo predio, inclusive con los mismos elementos y equipos arrojarán un 100% de exactitud y precisión respecto de otro; esto, toda vez que existe un margen de error por causa de las escalas, la época y otros detalles técnicos que lo impiden. Sin embargo, vale la pena aclarar que siempre será más exacto el levantamiento predial realizado predio a predio, que el realizado por medios masivos de medición predial como las ya mencionadas fotografías aéreas.

2. SOLICITUDES PREDIALES QUE EXCEDEN LAS COMPETENCIAS DEL IGAC.

A continuación se realiza un barrido del universo de las solicitudes de algunos despachos judiciales (se transcribe entre comillas, pero se deja en anonimato al despacho) que a lo largo de la implementación de la acción de restitución de tierras ha recibido el IGAC y que exceden sus competencias. Esto, a efectos de aportar eficacia en las mismas y la reducción de reprocesos perjudiciales para la restitución y para las partes e intervinientes, en especial, las víctimas:

- a) “Determinar explotación o destinación económica y área del predio y si esta corresponde al área del predio reclamado”.

Para este caso, es relevante recordar que la entidad competente para determinar la explotación o destinación económica de un predio es la Oficina de Planeación de cada Municipio, por medio del respectivo certificado de uso expedido por ella, adicionalmente el instrumento que contiene esa información es el Plan de Ordenamiento Territorial – POT-, de cada municipio, o en su defecto el Esquema de Ordenamiento Territorial –EOT-, respectivo.

Por otra parte, el área del predio para procesos de restitución es la georreferenciada por la Unidad de Restitución de Tierras, según lo normado en la L. 1448/2011; toda vez que esta entidad es la responsable de individualizar el predio objeto de la solicitud, utilizando los estándares técnicos oficiales del IGAC. Sin perjuicio de que en caso de duda el IGAC pueda intervenir para confirmar al despacho judicial si en la medición respectiva la URT observó la técnica oficial acordada entre las dos entidades.



Siendo igualmente claro que cualquier rectificación sobre la georreferenciación realizada por la Unidad le corresponde a dicha entidad⁶ y no al IGAC; por una parte, porque la plena individualización se supone requisito para la inscripción en el Registro de la URT y de procedibilidad para la admisión de las demandas en etapa judicial; y por otra, porque la Unidad fue creada con este fin misional, en observancia a las limitaciones que las entidades prediales del país ostentan en materia de definición de derechos formales e informales de propiedad⁷.

- b) “Determinar quién es el titular de derecho real de dominio, poseedor y ocupante del predio y el tiempo durante el cual ha ejercido el derecho”.

En materia de determinación de la titularidad del dominio y el ejercicio de la posesión, así como del tiempo de cada una de ellas, es la Superintendencia de Notariado y Registro quien debe intervenir, junto con el trabajo elaborado por parte de la Unidad de Restitución de Tierras en el proceso de caracterización del predio, su contexto y antecedentes.

Ahora bien, respecto del ejercicio de la relación de ocupante sobre un presunto baldío, el mismo es una tarea compleja hasta para la Agencia Nacional de Tierras ANT, pues si bien le corresponde administrar los baldíos, no se puede afirmar que debe inventariar o

⁶ Esto en tratándose tanto de predios individualmente considerados como de Territorios colectivos y existe acuerdo público (Intervención de las dos entidades en Valledupar, Cartagena y Valle del Cauca) entre la URT y el IGAC con el fin de socializar con los Despachos que en aquellos casos en los que al estudiar y decidir sobre la admisión de la demanda, el operador de justicia en su autonomía decide si admite o no, siendo en todo caso completamente viable, adecuado y esperado que devuelva el caso a la Unidad para que sea esta la que subsane el error en la individualización del predio y no al IGAC.

⁷ EL IGAC, la SNR y el INCODER (liquidado) son entidades creadas con una especialidad sobre los predios; razón que no le permite a ninguna la facultad de plenamente individualizar los predios. Por su parte el IGAC solamente da cuenta de las características físicas, económicas y jurídicas (con base en el FMI) de los predios de propiedad privada o del Estado; la SNR consigna los actos de transferencia sobre la propiedad privada; y el INCODER administra las tierras baldías de la Nación. Siendo que ninguno de los tres se especializa en la tenencia informal de la tierra.

caracterizar a quienes ostentan relaciones con este tipo de predios. Por esta misma razón, y con mayor razón, escapa a las competencias del IGAC cumplir con este tipo de solicitud, pues el Instituto solamente puede suministrar la información contenida en sus bases de datos catastrales y dicho reporte no constituye una certificación de propiedad o derecho real de dominio; como tampoco un indicio de la calidad jurídica o expectativa de derecho de las personas sobre la tierra.

A pesar de esto, es necesario mencionar que en materia de suministro de información, el IGAC puede y debe - caso de duda del despacho, y de así ser requerido-, indicar con base en la identificación del predio o de la persona, si aquel o esta se encuentran inscritos en la base catastral y bajo qué categoría, entendiéndose respecto de los predios como propiedad privada, mejora, o propiedad del Estado; y sobre las personas como propietario o “mejoritario”. Recuérdese que el IGAC no captura a la fecha información que indique otro tipo de relaciones como la posesión y la ocupación y la mera tenencia; así como que el IGAC no tiene facultades para certificar la propiedad o derecho real de dominio sobre los bienes inmuebles incluidos o no en el inventario Catastral.

Valga la pena señalar que los Informes Técnicos Prediales que realiza la Unidad de Restitución de Tierras en la etapa administrativa de cada uno de los procesos, deben y contienen un análisis jurídico, social y de contexto; así como una caracterización del predio, que incluye la existencia o no de segundos ocupantes, entre otros detalles; actividad que también excede las competencias del IGAC y de las otras entidades con función predial.

3. ACTIVIDADES DE COMPETENCIA EXCLUSIVA DE LA ENTIDAD CREADA PARA LA RESTITUCIÓN DE TIERRAS: UNIDAD DE RESTITUCIÓN DE TIERRAS



Las siguientes actividades son de competencia exclusiva de la Unidad de Restitución de Tierras:

- a. Realizar la identificación plena del predio, confirmando medidas y linderos tanto en predios individuales como en predios de territorios Colectivos.
- b. Determinar la posible presencia de segundos ocupantes, tanto en predios individuales como en predios de territorios colectivos.
- c. Precisar si el predio objeto de inspección es el mismo solicitado en restitución.
- d. Definir coordenadas geográficas (magnas Sirgas – Magna Colombia) y/o planas de los puntos que conforman el área de terreno o predio individual o del territorio colectivo.
- e. Verificar si se presenta desplazamiento o traslape con otro predio.
- f. Determinar la existencia o no de uso parcial o total del terreno por parte de algún tercero persona natural o jurídica, o el área de uso para explotación de hidrocarburos.
- g. Mejoras y servicios públicos.

Para estos escenarios, son varias las consideraciones que el IGAC realiza:

- La L. 1448/2011 creó a la Unidad de Restitución de Tierras como entidad encargada de manera exclusiva del desarrollo de la etapa administrativa del proceso de restitución. Etapa que tiene entre sus objetivos lograr la plena individualización del predio o área de terreno objeto de restitución, en tratándose de predios individuales como de los territorios colectivos, pues en estos los Decretos especializados son claros en estipular que la URT debe realizar la georreferenciación del territorio colectivo y la caracterización del mismo. Determinación que consolida el requisito de procedibilidad para activar la posterior vía judicial; para lo cual, la Ley en cita instó a las entidades

relacionadas con asuntos prediales (ANT⁸, SNR⁹ e IGAC¹⁰) a poner a su disposición toda la información predial¹¹ administrada por cada entidad.

Esta situación se generó particularmente, porque el legislador entendió que la “gestión predial” en Colombia está fraccionada y que una sola de las mencionadas entidades no tiene la capacidad para individualizar¹² los predios objeto de restitución con observancia de la informalidad y la reconfiguración predial en el marco del conflicto armado.

- Con la implementación de las políticas de regularización¹³ de la propiedad, y principalmente con sus resultados, las entidades involucradas han reconocido que existe en Colombia una precariedad en la debida articulación interinstitucional en materia predial; y que realmente hasta el CONPES 3859 de 2016 nunca se había mencionado la necesidad de una verdadera gestión predial articulada y eficiente.

- Por otra parte, en lo que respecta a la determinación de segundos ocupantes, si el predio georreferenciado es

el mismo reclamado en restitución, si existen segundos ocupantes y terceros que usan total o parcialmente el predio -como es el caso de concesiones para exploración o explotación-, son situaciones que debe dilucidar la Unidad de Restitución, que se desprenden de sus actividades en la etapa administrativa para caracterizar los predios individuales o colectivos; y las cuales,

Existe en Colombia una precariedad en la debida articulación interinstitucional en materia predial; y que realmente hasta el CONPES 3859 de 2016 nunca se había mencionado la necesidad de una verdadera gestión predial articulada y eficiente.

⁸ Encargada de administrar los bienes baldíos de la Nación.

⁹ Encargada de la identificación jurídica de la propiedad privada y sus actos de transferencia.

¹⁰ Encargada del censo catastral de las propiedades privadas y públicas.

¹¹ Artículo 76, Ley 1448 de 2011.

¹² Entendiendo individualizar como la acción de identificar de manera integral un algo, de manera tal que no se confunda con nada en el tiempo y el espacio.

¹³ Estrategias desarrolladas por el Estado, las Políticas y las Entidades a fin de generar la titularidad de los predios y la correspondiente seguridad jurídica sobre la tenencia de la tierra en Colombia.



adicionalmente se deben encontrar detalladas en los respectivos Informes Técnicos Prediales generados por la Unidad.

- Así mismo, el tema de determinación de coordenadas, desplazamientos y traslapes son aspectos que detalla el respectivo Informe Técnico de Georreferenciación de cada predio o área de terreno, y que, a su vez, es insumo primario para la elaboración de los citados Informes Técnicos Prediales. En este sentido ordenar al IGAC realizarlos de nuevo es invisibilizar las labores ya adelantadas, generar reprocesos e inversiones dobles de recursos.

4. PETICIÓN TÉCNICAMENTE IMPROCEDENTE DE ACATAR POR PARTE DEL INSTITUTO

Se suele solicitar al Instituto por parte de los despachos judiciales emitir concepto en inspección ocular sobre un predio, la cabida superficial o área real del mismo, teniendo en cuenta las diferencias existentes entre el área solicitada y la levantada por la Unidad de Restitución de Tierras.

El IGAC como autoridad técnica en la materia; y posterior a la implementación durante cinco años de los requisitos mínimos para que la Unidad de Restitución de Tierras observe la rigurosidad necesaria en sus trabajos de campo, está impedido para realizar en o durante la inspección judicial cualquier ejercicio tendiente a establecer la cabida superficial, área del terreno o verificación de linderos.

Ello, toda vez que como es exigido por el IGAC a la Unidad, los procesos de intervención predial técnica en el campo deben ser objeto de planificación y dotados con toda la rigurosidad técnica para cada caso, en tanto procedimientos, implementos y actividades de terreno; así como el respectivo trabajo posterior de oficina. Adicionalmente, como ya se mencionó, está actividad de verificación de los trabajos de la Unidad debería ser excepcional y no convertirse en la regla general. Pues con ello como se ha

mencionado se estaría dando por sentado que la Unidad realiza todos sus procedimientos de manera errónea, lo cual faltaría a la verdad.

En este sentido, la improcedencia se da por las siguientes razones:

a. Imposibilidad técnica: Para determinar la cabida y linderos de un predio se debe hacer una georreferenciación o un levantamiento topográfico, trabajo que conlleva una planificación detallada de insumos como lo son herramientas, información previa, recurso humano, recursos financiero, entre otras: recorrer con detalle el predio y con el tiempo suficiente que garantice la toma de cada uno de los puntos del predio, con el instrumento adecuado, lo cual puede variar entre 30 minutos, 1 hora o más de tiempo. Téngase en cuenta que un solo predio puede tener 10 puntos o más; Postprocesar todos los datos, tarea para la cual se debe invertir un poco más del mismo tiempo que se invirtió en tomarlos. Esto sin perder de vista que para empezar el postproceso de los datos normalmente tienen que transcurrir entre 3 a 5 días para tener el retorno de la información de las bases satelitales a las que se atan las coordenadas geográficas.

b. Doble inversión, reprocesamiento de tareas e impacto fiscal: Determinar por parte del IGAC en inspección ocular la cabida y linderos de los predios es partir del supuesto de que el insumo técnico aportado por la URT no sirve y volverlo a hacer. Diferente sería revisar la georreferenciación, en caso de dudas. Siendo lo adecuado requerir al IGAC que actué como perito, para revisar y afirmar o negar si la Unidad aplicó la técnica debida en la medición que realizó sobre el predio, pero, en caso de duda, no de manera sistemática en cada proceso.

Adelgazamiento de los mínimos técnicos: Pretender que en inspección ocular se defina cabida y linderos es tanto como pedir que los procedimientos establecidos y los acuerdos técnicos que se han realizado para dotar la georreferenciación de los predios de la fortaleza y calidad que se necesita desaparezca para en su



lugar emitir mediciones ligeras que pondrían en entredicho la gestión topográfica sobre los predios.

5. PETICIONES DE MISIONALIDAD DEL IGAC EN SU PAPEL COMO PERITO PARA LOS PROCESOS DE RESTITUCIÓN DE TIERRAS

Igualmente se suelen realizar las siguientes peticiones al IGAC relacionadas con su misión:

a. Verificar los puntos tomados por la URT en la georreferenciación y si la Georreferenciación coincide con los estándares técnicos de la Circular IGAC- URT

Sobre el particular conviene precisar que son actividades que puede este Instituto realizar en materia técnica, por ser la autoridad en el tema. Es de resaltar que el IGAC mediante la Circular 192 de

2013, y su alcance, Circular 335 de 2015, generó lineamientos a sus Direcciones Territoriales con el fin de indicarles que deben actuar como peritos auxiliares de justicia especialmente

para estos dos temas. Adicionalmente después de múltiples mesas técnicas con la URT se emitió la Circular interinstitucional de 2013, actualizada en 2015 para el manejo del tema técnico predial, la cual contiene los estándares mínimos que la Unidad está obligada a cumplir e implementar en sus trabajos de campo, y el IGAC en su labor de auxiliar de justicia.

b. Asignar un perito topógrafo y uno evaluador, por cada uno de los procesos de cada despacho judicial para acompañar al juez en todas las inspecciones oculares de todos Despachos.

Esta es una situación desde varios puntos de vista insostenible e imposible, máxime si se tiene en cuenta que la inspección ocular que indica el nuevo Código General del Proceso hace referencia a que

el Juez debe siempre realizarlas, sin que ello implique que lo debe hacer acompañado de perito en el 100% de los casos.

Complementariamente, el IGAC viene siendo afectado al igual que otras entidades por recortes presupuestales. Para este año de manera considerable, pues el mismo alcanzó al 60%.

c. Avaluar comercialmente los predios desde "x" año hasta la fecha.

Esta actividad conlleva múltiples acciones de campo, de investigación y de oficina, las cuales son imposibles de realizar generalmente en los plazos fijados por los despachos judiciales.

Así mismo, con la certeza que genera la ejecución desde 2014 de los avalúos comerciales para restitución de tierras por parte del IGAC, se puede

afirmar que no todos los predios o áreas de terreno son objeto del trámite de compensación a cargo de la Unidad de Restitución. Siendo imprescindible realizar un previo análisis para determinar si se

justifica esta inversión de recursos desde temprana etapa procesal.

Por otra parte, toda vez que la vigencia de los avalúos comerciales es de tan solo un (1) año, nada garantiza que el avalúo realizado al inicio del proceso sirva para una posible compensación que puede ser dictada en una fecha incierta que exceda del año. Caso en el cual debe ser solicitado un nuevo avalúo comercial con la carga presupuestal y de inversión que el mismo conlleva y que para 2017 se aumenta considerablemente, en virtud de la nueva resolución para el cobro de los avalúos comerciales emitida por el IGAC.

A pesar de lo anterior, el IGAC ha invertido importantes recursos propios en la realización de avalúos comerciales para fines compensatorios,

Toda vez que la vigencia de los avalúos comerciales es de tan solo un (1) año, nada garantiza que el avalúo realizado al inicio del proceso sirva para una posible compensación que puede ser dictada en una fecha incierta que exceda del año



sobre los cuales se genera la necesidad de preguntar:

Cuáles de los avalúos comerciales realizados por esta entidad durante la vigencia de la Ley, de manera anualizada, han servido efectivamente para cada uno de los siguientes fines:

- Compensatorios a Víctimas y/o terceros;
- De ingreso de bienes inmuebles al Fondo de la Unidad de Restitución de Tierras.

Así mismo, establecer ¿cuál fue el beneficio que se obtuvo en cada uno de los demás procesos de restitución de tierras, con la realización de los avalúos comerciales solicitados y requeridos, que han sido elaborados por el IGAC y que no se relacionan con los fines anteriormente descritos?

Respecto de este tema, es importante resaltar que Colombia no cuenta con un estudio consolidado y oficial del mercado de tierras que incluya las variables de conflicto, despojo, desplazamiento y abandono. Razón por la cual, cualquier ejercicio histórico de avalúo debe realizarse por los cálculos normales de indexación.

También es de resaltar que no es necesario en el 100% de los casos ordenar por parte de los despachos un avalúo comercial de manera automática, como se indicó arriba. Pues entiende el Instituto que es en la sentencia en donde se identifica si hay lugar o no a la compensación y, se da la orden por competencias al Grupo Fondo de la Unidad para compensar, grupo de trabajo que tiene la oportunidad procesal desde esa orden para contratar, según reza en la norma¹⁴, los servicios de una Lonja habilitada¹⁵ para la realización de

Consecuentemente, la orden complementaria para que la ORIP remita al IGAC el correspondiente folio de matrícula inmobiliaria.

Consecuentemente, la orden complementaria para que la ORIP remita al IGAC el correspondiente folio de matrícula inmobiliaria.

avalúos comerciales para restitución de tierras o en su defecto al IGAC.

d. Actuación catastral.

Por último en el entendido de que el IGAC es el último eslabón en la cadena de la confirmación de la propiedad y así mismo, aporte fundamental a la garantía de la seguridad jurídica del derecho de propiedad; es menester que esta entidad realice siempre al final de las actuaciones judiciales la respectiva actualización de sus bases de datos tanto la cartográfica, como la alfanumérica. Sin embargo esta tarea no puede realizarse si previamente no se cuenta con el documento idóneo justificativo del derecho de dominio, el cual es el respectivo folio de matrícula inmobiliaria de los predios¹⁶.

Ahora bien, en materia de actualización catastral surge la necesidad de analizar qué ocurre cuando lo restituido por el juez no es el derecho pleno de dominio, sino el derecho de posesión o la mera expectativa que da la ocupación. Esto en los escenarios en los cuales posterior al análisis del juez o magistrado, el solicitante no cumple con los respectivos requisitos para acceder al derecho de propiedad.

Respecto de ello, considera el IGAC que lo apropiado es ordenar solamente la inscripción de la sentencia tanto en el Registro como en el Catastro. Esto es traído a colación, pues en algunas ocasiones se ha encontrado esta entidad con folios de matrícula inmobiliaria abiertos para predios baldíos y otros para predios privados que inscriben derechos de falsa tradición amparados en lo

¹⁴ Artículo 40 del Decreto 4829 de 2011; unificado con las demás normas del sector en el Decreto 1071 de 2015.

¹⁵ A la fecha, en virtud del precitado Decreto 1071 de 2015, ninguna Lonja ha solicitado la respectiva autorización o habilitación para realizar avalúos comerciales para restitución de tierras.

¹⁶ Artículo 65, párrafo único del Estatuto Registral.



contenido en el literal H del artículo 91 de la Ley 1448 de 2011, respecto del poseedor.

Para el IGAC es claro que inscribir una falsa tradición es contrario al espíritu transformador de la

ley y consigna de mejorar el derecho de los solicitantes en aporte a la seguridad jurídica de los derechos de tenencia; así como en clave de las garantías de no repetición de despojos y abandonos de tierras en Colombia.

EL DEBATE SOBRE LAS PRESUNCIONES DE LA LEY 200 DE 1936 EN RELACIÓN CON LOS BALDÍOS, LAS POSICIÓN DE LA SALA CIVIL ESPECIALIZADA EN RESTITUCIÓN DE TIERRAS DE BOGOTÁ.

A raíz del debate que se ha suscitado en relación con las presunciones consagradas en la L. 200/1936 en relación con los baldíos, consideramos de interés para la modalidad dar a conocer la posición de la Sala de Bogotá expresada en fallo proferido el 22 de marzo de 2017¹, en la que entre otras decisiones adoptadas, declaró la legalidad de Resoluciones del Incoder, por medio de las cuales se recuperaron tierras indebidamente ocupadas por aproximadamente 12 mil Ha y se ordenó a la Agencia Nacional de Tierras recuperar otras 20 mil Ha. Se transcribe textualmente el correspondiente aparte del fallo.

"1. La problemática de la de la titularidad del derecho de dominio de los baldíos y su adquisición. Interpretación conforme a la Constitución del art. 1º L. 200/36.

1.1. La problemática de la titularidad del derecho de dominio de los baldíos y su adquisición ha sido abordada por la sentencia CConst, SU-235/16, G. Ortiz, examinado la evolución histórica de su régimen legal. Para ello, la providencia trae a cuento las dos (2) tesis que en se han definido sobre el particular.

1.2. En síntesis, mientras la primera tesis considera que el Estado a través de la persona jurídica de la Nación es el propietario de los baldíos, de manera que solamente a través del título de la adjudicación que

aquél haga, puede transferirse el dominio a los particulares; la segunda tesis estima que las tierras baldías no tienen dueño conocido (res nullius), razón por la cual, frente a las mismas el Estado solamente ejerce un dominio eminente, de suerte que son apropiadas mediante la ocupación del particular que debe inexorablemente respetar aquél².

1.3. Igualmente, si por una parte, con la primera tesis se ha pretendido ejercer control sostenible y planeado sobre los procesos de colonización y expansión de la frontera agrícola, atendiendo incluso criterios de justicia distributiva con el fin que se materialice el acceso democrático y progresivo a la propiedad rural, tal y como se ha expresado en normas que determinan la calidad de los sujetos destinatarios de las adjudicaciones de los baldíos, o que imponen límites a la extensión de la tierra susceptible de ocupación con expectativa de adjudicación; con la segunda se ha buscado simplemente incentivar, impulsar e intensificar tales procesos, sin que la justicia distributiva sea el factor más importante, sino antes bien, la significativa explotación económica de la tierra tal y como se ve reflejado en normas como la L. 200/36, descuidando así, que muchos, si no el grueso de los trabajadores agrarios, no contaban con los medios para hacer producir la tierra.

1.4. De acuerdo con la Corte Constitucional, en nuestro ordenamiento jurídico las tesis citadas han tenido predominio tanto en la legislación, como en la jurisprudencia que sobre baldíos han desarrollado las Altas Cortes de la justicia ordinaria o de lo contencioso administrativo. Así, por ejemplo, por ser importante para el caso concreto a resolver, vale

¹ TSDJB Sala Civil ERT, 22 Mar. 2017,1-2013-00122-01. O. Ramírez.

² CConst, SU-235/16, G. Ortiz: "El papel del Estado en esta hipótesis sería el de servir de garante en ejercicio de su poder soberano, para que esta ocupación primigenia se pudiera llevar a cabo de manera pacífica, y reconocer el hecho de la ocupación como el modo a través del cual los ocupantes adquieren el derecho subjetivo de propiedad, pero no era el Estado el que transfería el dominio."



referir que la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia ha retomado la segunda tesis en sentencias de tutela en las que deja entrever una posición mayoritaria según la cual, conforme al art. 1 de la L. 200/36, los predios rurales de los que no se conoce su propietario, o que tienen anotaciones en el registro de falsa tradición, esto es, que podrían ser baldíos, se deben entender propiedad privada siempre que se acredite su explotación económica, y por ende, para su adquisición bastaría la declaratoria de pertenencia por usucapión.

En palabras de la CSJ Civil, en apartamiento de la sentencia CConst, T-488/14, J. Palacio, que exigía en los mencionados casos proteger el interés del Estado y esclarecer la propiedad:

“A la luz de lo preceptuado en los artículos 1º y 2º de la Ley 200 de 1936, se “(...) presume que no son baldíos, sino de propiedad privada (...)” los inmuebles rurales poseídos por particulares, cuando aquéllos son explotados económicamente “(...) por medios positivos propios del dueño, como las plantaciones o sementeras, la ocupación con ganados y otros de igual significación (...)”; asimismo, surge otra presunción en cuanto se suponen baldíos aquellos terrenos agrarios que no son objeto de aprovechamiento “en [es]a forma”, precisamente cuando se dio vuelta a la presunción consagrada en el artículo 675 del Código Civil: “(...) Son bienes de la Unión las tierras que estando situadas dentro de los límites territoriales, carecen de otro dueño (...)”.

Sin duda, **las presunciones mencionadas guardan relevancia para el entendimiento de lo que la ley considera como terreno baldío, pues si el particular lo explota económicamente por medio de hechos positivos, propios de dueño, como las plantaciones y sementeras y otros de igual significación, se ha de entender que es propiedad privada; y si el Estado discute esa calidad tiene que demostrar lo contrario**, esto es, acudir a la otra presunción: no se ha explotado económicamente el predio y, por tanto, conserva la condición de bien inculdo baldío.

La primera tesis considera que el Estado a través de la persona jurídica de la Nación es el propietario de los baldíos, de manera que solamente a través del título de la adjudicación que aquél haga, puede transferirse el dominio a los particulares; la segunda tesis estima que las tierras baldías no tienen dueño conocido (res nullius), razón por la cual, frente a las mismas el Estado solamente ejerce un dominio eminente, de suerte que son apropiadas mediante la ocupación del particular que debe inexorablemente respetar aquél

La presunción que tiene que ver con los predios rurales que no se reputan baldíos, obliga al Estado a demostrar lo contrario, esto es, que no se dan las circunstancias que la ley exige para tener en cuenta que un fundo es de esa naturaleza. Entonces, un terreno, que no sea de los clasificados como reservados, que sea ocupado con la incorporación de actividades económicas de explotación como destaca la ley, se debe respetar.

(...)

Para sostener la imprescriptibilidad de un terreno baldío se tiene que partir del supuesto, que tiene esa calidad, puesto que si no es así se ha de presumir, si es explotado económicamente por un particular se trata de un predio privado susceptible, por tanto, de prescribirse en los términos que la ley establece.

(...)

Ahora bien, suponer la calidad de baldío solamente por la ausencia de registro o por la carencia de titulares de derechos reales inscritos en el mismo, implica desconocer la existencia de fundos privados históricamente poseídos, carentes de formalización legal, postura conculcadora de las prerrogativas de quienes detentan de hecho la propiedad de un determinado bien.³

En otro pronunciamiento, la CSJ Civil señaló que su posición correspondía con lo dicho por ella misma desde el año 1937:

“Según el canon 762 del Código Civil, “(...) [l]a posesión es la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor y dueño (...)”, por tanto, quien detenta esta calidad se reputa propietario mientras “otra persona no justifique serlo”, y por consiguiente, quien así

posea desplegará todas las prerrogativas y obligaciones propias de ese señorío.

La anterior, es la más importante y cardinal presunción, que por centurias han plasmado los Códigos Civiles, conjugando las tesis de Savigny y de Ihering, para tener por propietario al poseedor mientras otra persona no justifique serlo. Se trata de una presunción *iuris tantum* que exalta la posesión en el ordenamiento civil, y de consiguiente, la imposibilidad de desconocerla, hasta tanto no se desvirtúen los fundamentos fácticos que la edifican.

³ CSJ Civil, 16 de febrero de 2016, L. Tolosa, rad. 2015-00413-01; la problemática con aclaraciones y/o salvamentos es abordada también en las providencias del 25 de abril de 2016, F. Giraldo, rad. 2016-00046-01; 27 de abril de 2016, L. Tolosa, rad. 2015-0035-01; 19 de mayo de 2016, F. Giraldo, rad. 2016-00017-01 y 2016-00031-01; 9 de junio de 2016, F. Giraldo, rad. 2016-00079-01.



En un pronunciamiento, con la solidez que difumina la Corte de 1937, esta Sala especializada adoctrinó:

"(...) La presunción consagrada por el art. 762, en su inc. 2º, del C.C., tanto favorece al poseedor demandado como al poseedor demandante. Establece en términos generales, no sólo para efectos del juicio reivindicatorio sino también para todos los de la posesión, que el poseedor es reputado dueño mientras otra persona no justifique serlo. La posesión es un hecho que proporciona ventajas jurídicas. Ordinariamente no se hace resaltar sino los que aprovechan al poseedor demandado, como la de no sufrir el peso de la prueba y como la de estar en vía de hacerse dueño por prescripción. Pero también están las que protegen al poseedor demandante; como la misma usucapición; como la de iniciar acciones posesorias, como la de promover, si es regular, la publiciana, etc. El molestado en la posesión de la cosa o el despojado de ella, tiene en la presunción del art. 762 un medio fácil de que se respete su derecho. No necesita probar dominio sino posesión. Protegiéndose esta se protege su propiedad presunta(...)"

(...)Como si no bastara la más que centenaria presunción de la regla del Código de Bello, inserta en nuestro ordenamiento privado, también se plasmó en forma más concreta en relación lo debatido aquí, en los artículos 1º y 2º de la Ley 200 de 1936..."⁴ (Subrayado en el original)

1.5. No obstante lo anterior, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia en decisión más reciente⁵, argumenta que no hay reglas absolutas conducentes a aclarar de modo definitivo cuándo un inmueble es de dominio privado o público. Sin embargo, realizó un estudio histórico de las normas que en relación con los predios agrarios "han regulado lo concerniente a su ocupación, posesión y propiedad".

El referido estudio⁶ se remonta al año 1936 cuando se promulgó la Ley 200, y en síntesis argumenta que:

La Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia en decisión más reciente, argumenta que no hay reglas absolutas conducentes a aclarar de modo definitivo cuándo un inmueble es de dominio privado o público.

a.- El art. 1 de la L. 200/36, modificado por la L. 4/73, sí contempló una presunción iuris tantum de propiedad privada sobre los predios rurales que se explotan económicamente, y así, lo ha interpretado su jurisprudencia en el entendido que dicha norma: (i) reformó la presunción del art. 675 CC de modo que correspondía al Estado probar la naturaleza pública del bien para predicar que no había salido de su esfera de dominio; (ii) indica que el terreno pertenece a quien ejerza su posesión económica y bajo el modo constitutivo de la ocupación originaria.

b.- El art. 48 L. 160/94, como norma especial posterior, invirtió la referida presunción por cuanto impuso al particular la carga de demostrar que el predio sobre el que ejerce posesión es propiedad privada al momento de pretender su prescripción en todos aquellos eventos en que haya duda sobre la naturaleza jurídica del inmueble, una situación que no debe pasar inadvertida el Juez; antes bien, le compete desplegar esfuerzos probatorios conducentes a establecer si el bien es o no prescriptible, dado que se trata de un presupuesto axiológico de la acción de

pertenencia. En consecuencia:

"...a partir del 5 de agosto de 1994, fecha en que entró en vigor [la L. 160/94], los poseedores de terrenos rurales que no

consolidaron la prescripción adquisitiva en vigencia de la Ley 200 o bajo el Decreto 578 de 1974, no pueden alegar en su favor la presunción consagrada en el artículo 1º de la Ley «sobre régimen de tierras» de 1936 en virtud de la cual se hallaban «exentos, respecto de la Nación, de la carga de la prueba del dominio», porque la Ley 160 de 1994 le exige acreditar la propiedad privada." (Corchetes del Tribunal)

En este orden de ideas, para la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia se presenta un conflicto entre el art. 1 de la L. 200/36 y el art. 48 de la L. 160/94, el cual jurídicamente se resuelve con la pérdida de vigencia del primero ante la prevalencia del segundo de acuerdo con lo previsto en los arts. 2 y 3 L. 153/887:

"...de acuerdo con lo estatuido por el artículo 3º de la Ley 153 de 1887, una disposición legal se considera insubsistente no solo por declaración expresa del legislador o por existir una

⁴ CSJ Civil, 27 de abril de 2016, L. Tolosa, rad. 2015-0035

⁵ CSJ Civil, 1 de septiembre de 2016, A. Salazar, rad. 2016-00014-02

⁶ El estudio se concentra en la L. 200/36; en el D. 508/74 sobre saneamiento de pequeñas propiedades rurales vigente hasta la entrada en vigencia del Código General del Proceso; el D. 2282/89 modificador del Código de Procedimiento Civil; D. 2303/89 que instituye la jurisdicción agraria; L. 9/89 sobre planes de desarrollo municipal, compraventa y expropiación de bienes; L. 160/94; L. 1152/07 declarada inexecutable; L. 1182/08 con vigencia hasta el 11 de enero de 2013; L. 1561/12 para la formalización de propiedad de inmuebles urbanos y rurales de pequeña entidad económica.



ley nueva que regula íntegramente la materia, sino también por «incompatibilidad con disposiciones especiales posteriores» y esa divergencia es la que se presenta entre la presunción de dominio en favor de los particulares contenida en el artículo 1º de la Ley 200 de 1936 y el artículo 48 de la Ley 160 de 1994 que creó «el Sistema Nacional de Reforma Agraria y Desarrollo Rural Campesino».

En esta especie de conflicto normativo, en el que se encuentran involucradas dos disposiciones: una anterior a la otra y ambas relativas a un asunto especial, concerniente a la naturaleza jurídica de los inmuebles rústicos, según lo previsto en los artículos 2º y 3º de la citada Ley 153 de 1887 y en el artículo 5º de la Ley 57 de 1887, **prevalece la que por su contenido y alcance está caracterizada por una mayor especialidad que la otra**, la cual corresponde al artículo 48 de la Ley 160 de 1994.” (Resaltado del Tribunal)

1.6. La última postura de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia zanja de alguna manera la interpretación del art. 1 de la L. 200/36, pues considera que su aplicación, con los efectos que su jurisprudencia le ha dado, estaría condicionada al tiempo de su vigencia, anterior a la L. 160/94. No obstante, también sería importante examinar si los efectos que se han adscrito a dicha presunción, de una parte, son los correctos una vez se interpreta sistemáticamente la L. 200/36, y de otra, si se encuentran acordes con el ordenamiento constitucional a propósito de la evolución que ha presentado la noción de baldío.

Por lo anterior, considera importante fijar esta Sala su criterio sobre el particular, verificando en últimas qué interpretación del artículo en cuestión frente a la titularidad de los bienes baldíos y su adquisición es la que cabe tener como ajustada a la Constitución Política de 1991.

Así lo recomienda recientemente la Corte Constitucional a los Jueces, luego de llamar la atención, como era de esperar, sobre el carácter pre-constitucional de la citada presunción y la evolución jurídica del régimen de baldíos con el que debe

armonizarse⁷. Así, por ejemplo, a diferencia de la Corte Suprema de Justicia, la Corte Constitucional, sin advertir alguna pérdida de vigencia de la presunción de bien privado de la L. 200/36, lo que ha enfatizado es que nunca operaría frente a baldíos:

“Lo anterior, debido a que la presunción de bien privado se da ante la explotación económica que realiza un poseedor, y, como se observó, en lo que se refiere a los bienes baldíos no se puede generar la figura de la posesión sino de la mera ocupación.”⁸

1.7. Claro lo anteriormente expuesto, este Tribunal realiza las siguientes consideraciones:

a.- No hay duda que el propósito de la L. 200/36 más que democratizar el acceso a la tierra, fue ante todo formalizar su tenencia siguiendo como parámetro la función social que aquella está llamada a cumplir, de allí que el art. 1º ejusdem estableciera una presunción a favor de todos los poseedores de predios rurales que

acrediten significativas explotaciones económicas: la de considerar que la tierra así poseída no era baldía. Paralelamente, el art. 2º estableció la presunción contraria: estimar que son baldíos los predios sin explotación económica.

Una interpretación completa de este cuerpo normativo, sugiere que el propósito de la presunción del art. 1º ejusdem no era convertir o mutar un bien baldío de la Nación en uno privado, sino en, por una parte, proteger al poseedor de hecho de dichos inmuebles como a un verdadero propietario, y en este sentido, en contra de los poseedores inscritos, e incluso evitar la reivindicación de dominio de tierras

La última postura de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia zanja de alguna manera la interpretación del art. 1 de la L. 200/36, pues considera que su aplicación, con los efectos que su jurisprudencia le ha dado, estaría condicionada al tiempo de su vigencia, anterior a la L. 160/94

⁷ Dice la Corte Constitucional: “...el juez debe llevar a cabo una interpretación armónica de las diferentes normas existentes en torno a tan específico asunto, tales como los artículos 1º de la Ley 200 de 1936; 65 de la Ley 160 de 1994, 675 del Código Civil, y 63 de la Constitución Política, sin desconocer que existe una presunción iuris tantum en relación con la naturaleza de bien baldío, ante la ausencia de propietario privado registrado, pues tal desconocimiento lo puede llevar a incurrir en un defecto sustantivo por aplicar una regla de manera manifiestamente errada, sacando la decisión del marco de la juridicidad y de la hermenéutica jurídica aceptable.” Consultar sentencias CConst, T-549/16, J. Palacio; T-548/16, J. Palacio; T-461/16, J. Palacio.

⁸ Ibidem.



inexplotadas que se planteó el Estado; y por otra, dotar a la persona de una herramienta para disputar la propiedad en todos aquellos casos en donde no era claro sí el inmueble poseído económicamente de buena fe era privado o público, una circunstancia que de presentarse en un caso concreto, tanto antes como hoy, demandaría su clarificación ante la especial protección que recae sobre los bienes baldíos.

Por tanto, no puede pasar inadvertido que con la presunción en cuestión, el Estado no pretendía desentenderse del derecho de dominio sobre los baldíos (tesis de la propiedad originaria), pues de lo contrario no se comprendería por qué el art. 2º del D. 59/38, reglamentario de la L. 200/36, raramente no tenido en cuenta, estableció que quienes “exploten económicamente terrenos baldíos deben solicitar el respectivo título de adjudicación en la forma prevista por las leyes pertinentes, y el Ministerio de Agricultura y Comercio, así como las Gobernaciones, Intendencias y Comisarías, darán curso a las solicitudes y el primero expedirá el título definitivo, si no hubiere inconveniente legal”. Por tanto, la presunción en comento no parece ser una excepción a la regla de que los terrenos baldíos solamente se adquieren por título traslativo de dominio que otorgue el Estado.

Adicionalmente, la posibilidad de adquirir por pertenencia los predios poseídos económicamente mediante la llamada prescripción agraria, se restringió según el art. 12 de la L. 200/36 a aquellos predios que de buena fe se creen “que se trata de tierras baldías” pero que jurídicamente no lo son, pues el mismo artículo precisa que deben ser “terrenos de propiedad privada no explotados por su dueño en la época de la ocupación”, evento en el cual, según las normas reglamentarias, el interesado debía acreditar las siguientes circunstancias (art. 47 D. 59/38):

a) Que el terreno de que se trata, no era objeto de una explotación económica en la época en que se inició la ocupación: y

b) Que el globo general del cual forme parte el terreno poseído, no estaba en el momento de iniciarse la ocupación demarcado por cerramientos artificiales, ni existían en él señales inequívocas de las cuales apareciera que era de propiedad particular.

Parágrafo: Si no se presentan las pruebas que acrediten las circunstancias indicadas en el numeral b de este artículo, o si en el curso del juicio se demostrare que el globo general del cual forme parte el terreno poseído, estaba demarcado por cerramientos artificiales o existían señales inequívocas de las cuales aparezca que se trataba de una propiedad particular, quien invoque la prescripción deberá probar su buena fe, la cual en este caso no se presume.”

Así las cosas, asunto distinto es que la historia demuestre que, como sugiere el investigador Marco Palacios, el mencionado artículo se haya interpretado “como un triunfo de la mentalidad propietaria absolutista”⁹, y en consecuencia, en vez de apaciguar los conflictos rurales, los haya potenciado, ya que bajo tal parámetro, terminaría, sin ningún tipo de limitación, por beneficiar a personas con medios y capital para trabajar de modo significativo la tierra, riesgo que no es advertido en la histórica posición que la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia ha mantenido frente al mismo en lo que hace a sus efectos, cuando en todo caso, el art. 21 de la L. 200/36 ordenaba aplicar el derecho “con el criterio de que no deben protegerse el enriquecimiento sin causa, el abuso del derecho y el fraude a la ley”.

b.- Interpretar la L. 200/36 como se explica en el literal anterior se encuentra conforme con el inc. 2º art. 762 CC que considera al poseedor como dueño mientras otra persona no justifique serlo, teniendo en cuenta que el propósito de ésta última regla no es convertir al poseedor efectivo en dueño, sino protegerlo como si plenamente lo fuera; y lo anterior, sin que se contradiga con el art. 675 CC de acuerdo con el cual pertenecen a la Nación las tierras “que carecen de otro dueño”, adicionalmente porque, de acuerdo con el régimen jurídico especial de los baldíos, corresponde al Estado reconocer y proteger los explotados económicamente con una expectativa más no como un derecho de adjudicación.

Lo anterior, considerando que el inc. 2º del art. 65 L. 160/94, norma de carácter especial en esta materia, prescribe que la ocupación de baldíos no constituye posesión según el Código Civil, ello para efectos de evitar que se adquieran los terrenos baldíos por

⁹ Palacios, Marco. Obra citada. p. 202.



usucapión, sin que por otra parte, se desproteja la explotación económica desplegada por los particulares sobre bienes baldíos o privados, la cual permanece incólume, en tanto su finalidad es hacerla valer como un verdadero instrumento privilegiado de acceso a la propiedad y así, tornar real la función social y demás obligaciones que está llamada a cumplir en sociedades inequitativas pero con pretensiones de consolidar un orden justo.

Por la última de las anotadas circunstancias, es que la protección de la posesión u ocupación se torna jurídicamente relevante tal y como explicó la sentencia CConst, T-494/92, C. Angarita:

“Ciertamente en un país con los problemas estructurales de pobreza y subdesarrollo, como Colombia, la justicia a nivel de utilización racional de sus recursos económicos y la función social de los mismos hacen imperativo su ingreso o incorporación efectiva a la economía nacional. Por su naturaleza y alcance, una de las vías más eficaces para lograrlo es, precisamente, el estímulo y protección a formas concretas de posesión material económica, como instrumento privilegiado de acceso a la propiedad.

De consiguiente, la posesión resulta ser un poder de hecho jurídicamente relevante que por su naturaleza puede ser instrumento efectivo para la adquisición de la propiedad y como tal guarda con este último derecho una conexión de efectos sociales muy saludables que no pueden ignorarse, especialmente en el ámbito del Estado social de derecho, cuyas consecuencias y características esta Corte ha tenido ya ocasión de señalar en algunos de sus recientes pronunciamientos.”

c.- Además de guardar sintonía legal con las normas del Código Civil, y la L. 160/94, la interpretación propuesta de la L. 200/36 en lo que hace a su art. 1, está conforme a nuestra Constitución Política vigente según la protección que esta irroga a los baldíos e incluso a todos los terrenos rurales que pueden reputarse con tal calidad por no conocerse su dueño, una especial protección según la cual, se trata de

bienes fiscales inalienables e imprescriptibles pero adjudicables, llamados a cumplir con una destinación o fines específicos, es decir, frente a los cuales ya no hay una disposición absoluta por parte del Estado.

Como claramente explicó la sentencia CConst, C-595 de 1995, C. Gaviria, por su condición fiscal, los baldíos hacen parte del patrimonio del Estado; mientras que por la calidad de adjudicables, dichos bienes de dominio eminente de la Nación se reservan “con el fin de traspasarlos a los particulares que cumplan determinados requisitos exigidos por la ley”.

Por tanto, se trata de bienes con los que no pretende quedarse el Estado, pues a éste no le interesa que permanezcan sin la posibilidad de generar algún tipo

de valor, sino que lo produzcan mediante la explotación económica. Distinto resulta que aquél sí quiera hacer prevalecer su condición de propietario originario a efectos de legitimar, o si se quiere, confirmar, las ocupaciones que con tales características se hagan en los mismos,

siempre que se trate de sujetos calificados para tales efectos y se cumpla con objetivos constitucionalmente importantes como: materializar el acceso progresivo de la propiedad rural de los trabajadores agrarios en forma individual y asociativa, y con ello, el derecho a la vivienda, al mínimo vital, al trabajo, incentivar y proteger la producción de alimentos, proteger el medio ambiente, etc., todos los cuales corresponden a la función social que las tierras baldías también están llamadas a cumplir.

Entonces, la función social no solamente trata de la explotación económica de la tierra, tal y como fue vista por la L. 200/36, sino a que la tierra igualmente sea puesta al servicio de los diferentes intereses sociales, y por ende, de los intereses públicos de los que el Estado debe ser garante, a que no se satisfaga y proteja de manera exclusiva las necesidades individuales sino también las colectivas.

Entonces, la función social no solamente trata de la explotación económica de la tierra, tal y como fue vista por la L. 200/36, sino a que la tierra igualmente sea puesta al servicio de los diferentes intereses sociales, y por ende, de los intereses públicos de los que el Estado debe ser garante, a que no se satisfaga y proteja de manera exclusiva las necesidades individuales sino también las colectivas.



En definitiva, como ha concluido la Corte Constitucional, guardando coherencia con la argumentación histórica expuesta por la Sala en el numeral 5 de estas consideraciones:

"En vigencia de la Constitución de 1991, así como en vigencia de la anterior Constitución, la Corte ha sostenido de manera pacífica que **el Estado** ejerce el dominio eminente y las demás potestades propias de la soberanía, pero que además **fungue como titular de un derecho real de propiedad de naturaleza pública sobre los baldíos.**

(...)

Ahora bien, **si el Estado es el propietario de los bienes baldíos, ello supone que tiene un título originario, en virtud del cual les transfiere esa propiedad a los particulares.**

(...)

La propiedad que ejerce el Estado sobre los baldíos tiene determinados atributos que la distinguen de la propiedad plena que ejercen los particulares sobre sus bienes. En primer lugar, como es obvio, **el Estado no tiene plenas facultades de disposición sobre dichos bienes. Por lo tanto, no puede destinarlos a un uso cualquiera.** Por el contrario, estos bienes tienen destinaciones específicas. **Están encaminados a garantizar el acceso progresivo a la propiedad de la tierra de determinados sujetos de especial protección constitucional** como lo son los trabajadores agrarios sin tierra y de escasos recursos, las comunidades negras y las comunidades indígenas, así como las empresas comunitarias y las cooperativas. Al tiempo con la compra directa, el subsidio integral de tierras, y los procesos de extinción del dominio, clarificación de la propiedad y recuperación de baldíos indebidamente ocupados, que a la postre conducen a su adjudicación, son los mecanismos a través de los cuales el Estado garantiza el acceso progresivo a la propiedad agraria por parte de los trabajadores rurales de escasos recursos y de las comunidades étnicas, consagrados en el artículo 63 la Constitución Política, los artículos 13 y 14 del Convenio 169 de la OIT y el artículo 1º, 17 y 18 de la Ley 70 de 1993. Por otra parte, **conforme a su naturaleza de bienes fiscales, y según lo establece la Ley 160 de 1994, los baldíos también tienen vocación de afectarse a la prestación de servicios públicos, en los términos y bajo las condiciones establecidas en la ley. Por lo tanto, la propiedad del Estado sobre los bienes baldíos está encaminada a ser afectada para la prestación de servicios públicos y a garantizar la provisión de tierras y territorios a los sujetos de especial protección constitucional.**"¹⁰ (Resaltado del Tribunal)

d.- En consecuencia, una aplicación de la L. 200/36 sin atender su conformidad con la Constitución respecto a la especial protección y destinación que recae sobre los bienes baldíos o incluso con serios indicios de serlo, bien porque no hay propietario privado inscrito, o la inscripción de apertura de registro se sustenta en una falsa tradición, trasgrede el orden constitucional y legal pues, fomentaría indebidas ocupaciones de dichos bienes con posibilidad de acaparamiento y concentración de la tierra so pretexto de interpretar la función social de la propiedad solamente desde el punto de vista del particular pero no desde los intereses del Estado social, y con ello, dando ocasión para quebrantar el carácter público de los bienes baldíos y su imprescriptibilidad.

1.8. En este orden de ideas, cabe considerar que la noción de baldío ha evolucionado en nuestro ordenamiento jurídico, y lo ha hecho con base en el orden constitucionalmente declarado a partir de 1991, de tal manera que para su apropiación privada ya no es suficiente con cumplir con su ocupación y explotación económica; sino que, además de ello, se requiere que la ejerza un sujeto calificado, por aquél que podemos catalogar como destinatario de reforma agraria en sus diferentes facetas, con el fin de concretar metas constitucionalmente valiosas para el Estado social, orden dentro del cual si la definición y garantía de la propiedad comprende que aquella está condicionada a la "realización de objetivos sociales y subordinado a ellos", no menos cierta es la exigencia a sus atributos, y así, a la posesión en sentido amplio, dentro de la cual, cabría tener a la ocupación de tierras baldías, como legítima, siempre que cumpla con su función social y económica en doble vía: de un lado, exigiendo que la tierra baldía sea racionalmente aprovechada pero evitando su acaparamiento; de otro, permitiendo y potenciando que dicho aprovechamiento se despliegue con preferencia por los sujetos de especial protección constitucional como medio de satisfacción de sus necesidades vitales pues su adjudicación persigue mejorar su calidad de vida.

Lo expuesto no quiere decir otra cosa, sino que los conceptos tradicionales de propiedad, posesión u ocupación y la consecuente función social que le son

¹⁰ CConst, SU-235/16, G. Ortiz.



inherentes, son afectados o permeados por los contenidos materiales de la Constitución, de manera que, como en últimas viene a recordar Eduardo Novoa Monreal:

"...en razón de la jerarquía de las normas correspondientes se ha entendido que **el concepto jurídico de propiedad vigente en un país determinado es el que configuran sus preceptos constitucionales** y que es éste el que debe recibir su ordenamiento legal privado. /...**desde que en un**

texto constitucional aparezca un concepto de derecho de propiedad privada inconciliable con la definición acogida por la legislación civil, deberá modificarse esta definición, a fin de que prevalezca la idea de rango constitucional. /

Puede agregarse, en esta materia, que hasta cambios producidos en otras ramas legales, distintas de la civil (...), deben tenerse en cuenta para desentrañar y revisar el concepto civil sobre derecho de propiedad privada. En razón de la armonía y concordancia

que se impone dentro de todo un ordenamiento jurídico nacional, al que siempre se le debe considerar como una unidad, cualquier variación hecha en otra rama legal influye sobre la noción de propiedad privada y actúa como fuente de rejuvenecimiento de ella, pese a no pertenecer al derecho privado. / Por consiguiente, **debe tenerse por modificado el concepto civil de dominio cada vez que preceptos constitucionales o reglas legales de cualquier rama del derecho, especialmente del derecho público, traigan supuestos nuevos incompatibles con los que rodeaban al concepto de derecho de propiedad, precisado, descrito o definido en la legislación civil.** /...la Constitución se refiere a la propiedad en un sentido más universal y amplio, en tanto que el Código Civil la trata en un sentido restringido de dominio".¹¹

1.9. Así las cosas, concluye la Sala que la diferencia de interpretaciones en torno al art. 1 de la L. 200/36 termina por encontrar su razón de ser en que, si por una parte, la que viene a otorgar plena primacía a la

ocupación sin atender a la naturaleza jurídica y protección de los baldíos de la Nación se mueve en un horizonte privatista en la que el Código Civil se estima como la norma de ordenación de la sociedad¹², de otra, la que argumenta la propiedad estatal de los baldíos se mueve en un horizonte publicista, en la que la Constitución ya no se considera solamente como una declaración política sino como una auténtica norma jurídica, ordenadora de la vida común,

condicionante de la producción, interpretación y aplicación de las leyes. Además, éste último horizonte termina por reconocer y diferenciar la autonomía de un derecho agrario frente al civil, en la medida que tiene al primero como resultado del constitucionalismo social, en virtud del cual, los bienes baldíos se han hecho destinatarios de un régimen jurídico específico, de interés público, con prevalencia frente al régimen común de los

concluye la Sala que la diferencia de interpretaciones en torno al art. 1 de la L. 200/36 termina por encontrar su razón de ser en que, si por una parte, la que viene a otorgar plena primacía a la ocupación sin atender a la naturaleza jurídica y protección de los baldíos de la Nación se mueve en un horizonte privatista en la que el Código Civil se estima como la norma de ordenación de la sociedad^d, de otra, la que argumenta la propiedad estatal de los baldíos se mueve en un horizonte publicista, en la que la Constitución ya no se considera solamente como una declaración política sino como una auténtica norma jurídica, ordenadora de la vida común, condicionante de la producción, interpretación y aplicación de las leyes.

intereses privados".

¹¹ Novoa Monreal, Eduardo. El derecho de propiedad privada. Bogotá: Temis, 1979. p. 20.

¹² Recuérdese que el art. 52 de la Constitución Política de 1886 disponía que el catálogo de derechos civiles debía incluirse como título preliminar del Código Civil.



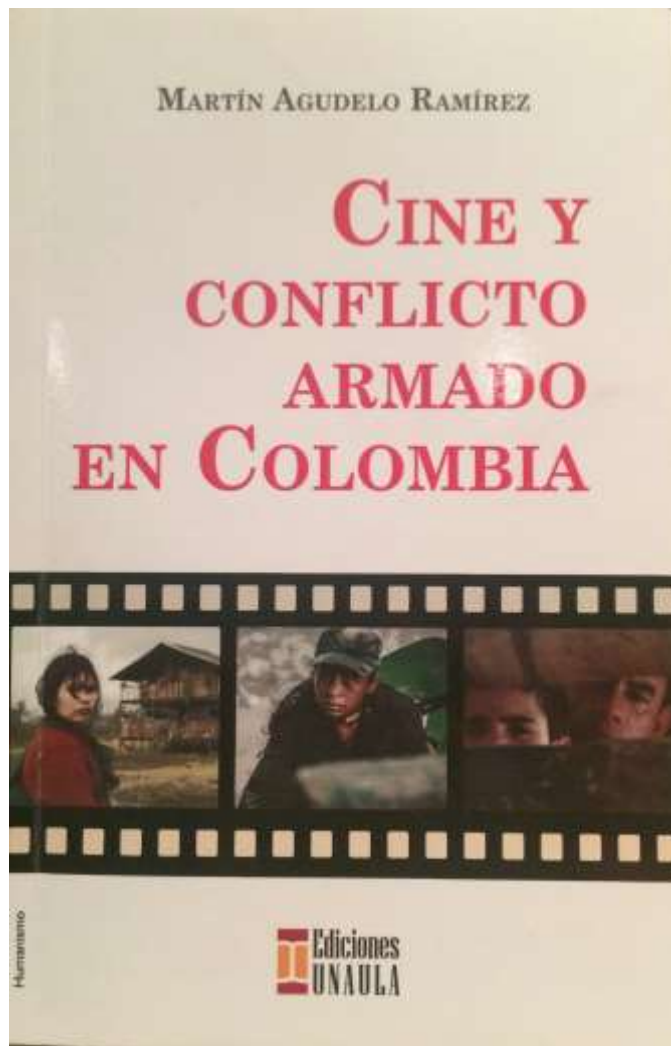
COMENTARIO BIBLIOGRÁFICO: CINE Y CONFLICTO ARMADO EN COLOMBIA DE MARTÍN AGUDELO RAMÍREZ

Por: Oscar H. Ramírez Cardona

Nuestro boletín ha dedicado una sección a comentarios bibliográficos, musicales o sobre cine, procurando siempre la relación con los temas propios de la modalidad de restitución de tierras. En esta oportunidad podemos hacer una reseña bibliográfica que nos permite hablar de cine colombiano relacionado con el conflicto armado.

Se trata del libro "Cine y conflicto armado en Colombia" de Martín Agudelo Ramírez, y nos regocija, además de la temática, saber que su autor es un funcionario judicial. Efectivamente, Agudelo Ramírez es magistrado de la Sala Civil del Tribunal de Medellín, a quien no tengo el gusto de conocer personalmente, pero sí tengo información de su interés y versación sobre cine, pues cuando Ángela María Peláez (juez de Restitución de Tierras de Medellín) me comentó sobre la existencia de este libro y su autor, conocía ya de otra obra suya "Cine y Derechos Humanos". No puede uno menos que congratularse, porque esto nos permite confirmar además de las calidades jurídicas, las humanísticas de muchos de los funcionarios y empleados de la rama judicial. El magistrado Agudelo Ramírez es doctor en filosofía de la Universidad Pontificia Bolivariana y en Derechos Humanos de la Universidad de Salamanca.

"Cine y conflicto armado en Colombia" da cuenta de un amplio catálogo de obras del séptimo arte en diferentes formatos, y permite acceder a las reflexiones de su autor sobre el conflicto, la manera como las películas o cortos que comenta se aproximan a él, y especialmente la importancia que tiene para la sociedad toda, descubrir lo sucedido, hacer memoria, y a través del registro fílmico, dejar la huella a las generaciones por venir.



¡Sí!, lo primero que asombra es enterarse de la cantidad de obras que sobre nuestro conflicto ha producido la cinematografía colombiana, de las cuales uno, que se dice cinéfilo, ni siquiera se ha percatado, precisamente porque pocas de ellas llegan a ser exhibidas en las salas de cine comerciales, y paradójicamente son más vistas y reconocidas en el exterior, siendo objeto de elogio y reconocimiento por su calidad artística.

Así, a manera de ejemplo, el libro de Agudelo Ramírez me permitió enterarme de la existencia de películas animadas, como el cortometraje "Conversación con Dios: un regalo a Bojayá" (2015), de María Cecilia Aponte Isaza, artista plástica de la Universidad de los Andes, que según el

autor comentado "en forma de cuento, a través de la mirada de un niño, (...) registra los hechos ocurridos el dos de mayo de dos mil dos, el día que Bojayá "dejó de soñar" por el odio. (...) No obstante, aunque la congoja de la víctima estremece, no se advierte una renuncia definitiva a un mensaje de esperanza, y que en últimas expresa el anhelo de seguir buscando incesantemente la justicia tratando de dar sentido a su vida".

También menciona a un director de cine muy conocido ahora por los colombianos gracias a la alfombra roja de Hollywood, se trata de Ciro Guerra. Con seguridad, antes de la nominación de "El abrazo de la serpiente" (2015) para el Oscar a la mejor película extranjera, pocos sabían de su existencia, aunque ya hacía buen tiempo se había exhibido la cinta "Los viajes del viento" (2009), esa bella elegía a la música clásica vallenata y a la cultura que se extiende desde Valledupar hasta la Sierra Nevada de Santa Marta.

Menos conocida aun es su película "la sombra del caminante" (2004), filme que en palabras de Agudelo Ramírez, sin acudir a "balas, rifles, ejércitos en combate, muertos", con "un guion inteligente (...), en compañía de una banda sonora bella, ambientada por un piano (...)" permite "que el espectador reconozca un propósito: la crudeza de un conflicto que ha provocado profundas honduras".

A partir de sus observaciones sobre la cinta y sobre la fuerza de los personajes, se pregunta Agudelo Ramírez si existe la posibilidad de cambiar la vida de aquellos que como consecuencia de la violencia se han convertido en

"espectros ignorados por el resto de la sociedad" y concluye afirmando que en la película "se redimensiona el sentido de la muerte al destacarse la necesidad de erradicar el olvido y promover el desagravio", es decir, la necesidad de memoria y de reparación, dos de los estándares normativos fundamentales de la justicia transicional, y el primero una constante referencia en el libro que comentamos. Destaco, sin pretender ser exhaustivos, otras películas que comenta y analiza Agudelo Ramírez, como "Silencio en el paraíso" (2011) de Colbert García y "La Sirga" (2012) de William Vega, que obtuvo reconocimientos en el festival de Cannes.

Igualmente, "Rodrigo D no futuro" (1990) y "La vendedora de Rosas" (1998), de Víctor Gaviria, poeta antes que director de cine, quien recientemente y después de varios años de ausencia regresó al cine con

"La mujer del animal" (2017), una cruda crónica de la violencia de género.

Especial mención, por puro gusto personal, me merece "Los colores de la montaña" (2010) de Carlos Arbeláez. Sus personajes principales son niños a quienes la violencia imperceptible cercena su inocencia lúdica de la forma más insospechada, sustrayéndoles su balón de fútbol que al caer en un campo minado sólo pueden contemplar impotentes, no obstante su proximidad. Respecto de películas con niños como tema central, Agudelo Ramírez nos comenta también "Pequeñas voces" (2011) de Jairo Carrillo y "Alias María" (2015) de José Luis Rugeles, llamando la atención sobre la forma como "el séptimo arte enseña sobre la injusticia de despojar a los niños de su inocencia cubriendo la vida de estos por la crueldad".

No faltan voces que sólo pueden concebir el cine para "entretener", para sustraernos del dolor que depara la vida cotidiana, y hay, los que incluso critican que se exhiba en las películas tanta muerte y tanta miseria humana, como si no existieran, digo yo, tantas películas dedicadas a hacer apología de la violencia y a mostrar una visión subvaluada de la muerte y de su contraria que es la vida misma

Más interesante que los comentarios de Martín Agudelo Ramírez sobre las películas, es la reflexión transversal en todo su libro acerca de la importancia de la memoria para la justicia, y el deber de memoria en el cine. Esta posición por supuesto genera

controversia, porque no faltan voces que sólo pueden concebir el cine para "entretener", para sustraernos del dolor que depara la vida cotidiana, y hay, los que incluso critican que se exhiba en las películas tanta muerte y tanta miseria humana, como si no existieran, digo yo, tantas películas dedicadas a hacer apología de la violencia y a mostrar una visión subvaluada de la muerte y de su contraria que es la vida misma.

Sin embargo, el propósito no es fijar la posición de quien esto escribe, sino destacar la del autor del libro comentado, quien afirma y reivindica la función de memoria del cine colombiano: "(...) decir no más al olvido es un paso importante para la reconciliación y quienes trabajan con lo fílmico, tanto en lo documental como en la ficción, tienen muchos retos



para encarar la problemática, sin abdicar frente a actitudes pesimistas de la condición humana”.

En su apuesta por tal papel, acude al filósofo español Manuel Reyes Mate, y a su obra “Tratado de la injusticia”, a partir de la cual, puede hablarse de la justicia anamnética, del “deber de memoria”, que “(...) entra en escena como consecuencia de dos experiencias: que no todo es pensable, es decir, que hay lo impensable y que lo impensable ha tenido lugar”, afirmaciones, según Agudelo “perfectamente aplicables al caso Bojayá”.

Y emulando a su filósofo de cabecera, quien al recordar a Auschwitz advierte que “la humanidad no puede permitirse una repetición de ese horror porque sucumbiría en el intento”, pronostica para nuestra tragedia “Los colombianos también tendrán que asumir esa faena siguiendo el rastro de los “sobrevivientes” de Bojayá”.

Entiende Agudelo que el cine y el documental con sus obras dan “testimonio imprescindible del deber de memorar” y agrega que “El artista tendrá que superar numerosos dilemas, entre ellos evaluar si vale la pena desgarrarse para cicatrizar sus propias heridas”.

Estima que el cine puede contribuir a crear espacios para “el reconocimiento de nuestra propia vergüenza” y lo valora como una herramienta para combatir la apatía que nos ha impedido preocuparnos “por el ser doliente de la víctima, tantas veces ignorada”, porque “una vez la pantalla visibiliza se hace inevitable cuestionar la insensibilidad que ha carcomido a una sociedad que no ha reconocido una Colombia invisible profundamente desgarrada (...)”. Finalmente describe al cine colombiano sobre la violencia como “el gran espejo de nuestra cobardía”.

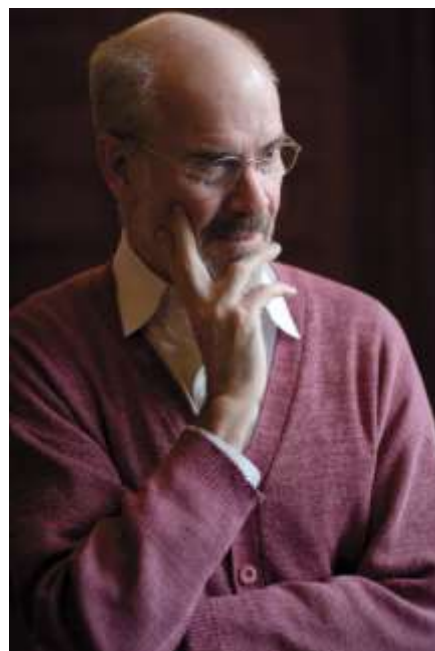
De manera que, repito, quien acuda al libro de Martín Agudelo Ramírez encontrará un interesante catálogo de películas colombianas sobre nuestro conflicto armado, unos comentarios que despertaran nuestro interés por mirarlas, profundas reflexiones sobre ese conflicto y una apuesta por el deber de memoria al que estamos llamados todos los colombianos, para lo cual el cine allí referenciado se constituye en insumo fundamental.

LA ELECCIÓN DE NUEVOS MAGISTRADOS EN LA CORTE CONSTITUCIONAL Y LA TIPOLOGÍA DE JUECES REFERIDA POR DUNKAN KENNEDY.

Por: Luis Alejandro Barreto Moreno

1. Consideraciones preliminares.

Por los días que transcurren¹, el tema en cuestión que se encuentra a la orden del día, y quizás uno de los casos más representativos seguramente es la elección de los nuevos magistrados de la Corte Constitucional.



Dunkan Kennedy. Tomado de:

<https://today.law.harvard.edu/legacies-of-selfless-scholarship/>

Una breve consulta en la prensa, apenas tangencial, deja ver que en dicha Corporación algunas decisiones de trascendencia nacional se le atribuyen, o bien mayorías liberales, o bien a mayorías conservadoras.

Por ejemplo, se ha dicho que las decisiones respecto a temas como la dosis mínima, el matrimonio entre

¹ Con ello no pretendo resaltar una cuestión de actualidad, tal debate es propio de los cambios de la mayoría de los integrantes de nuestro Tribunal Constitucional. Ello lo observamos en los inicios de la que se históricamente de ha llamado “La primera corte”, y lo retrata un breve artículo de El Tiempo, publicado el 21 de agosto de 1994. Ver *La Corte Constitucional es política y liberal*. Disponible en: <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-198659>, consultado el 22 de mayo de 2017.



parejas del mismo sexo o igualitario, la adopción igualitaria, la consulta previa de comunidades indígenas en materia de explotación minera, entre otras, es autoría de una mayoría liberal², algunos tal vez dirán demasiado liberal.

La creencia de que una tendencia ideológica pueda influir al momento de asumir una postura frente a ciertos temas, hace que la llegada de nuevos integrantes a un alto Tribunal, como la Corte Constitucional genere toda clase de expectativas.

Los cambios más recientes son los de María Victoria Calle, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y Luis Guillermo Vargas, los despachos de los dos primeros los ocupan, el académico Carlos Bernal Pulido y la exsecretaria jurídica de la Presidencia de la República Cristina Pardo Schlesinger, sobre quienes afirma Semana en columna del 3 de mayo de 2017 que su bandera es “la protección de la moral y las buenas costumbres”, y agrega que “Tanto Bernal como Pardo criticaron duramente el ‘activismo judicial’ que ha tomado la Corte Constitucional en los últimos años”³, lo que podría llevar a pensar que con la llegada de los nuevos magistrados, pueden advenirse nuevas tesis en el alto Tribunal.

Por su parte, el reemplazo del magistrado Luis Guillermo Vargas es la jurista Diana Fajardo Rivera cuya elección estuvo precedida por un arduo debate entre facciones políticas en el Senado que de alguna manera pretende reflejar una postura política.

Para ilustrar lo anterior, el Tiempo digital al informar su elección destacó que “Aliados del Gobierno en el Senado,

² El Tiempo.: *Corte Constitucional tendrá cinco relevos en seis meses*. Disponible en: <http://www.eltiempo.com/justicia/cortes/cambio-de-magistrados-en-la-corte-constitucional-47403>. Publicado el 11 de agosto de 2016, consultado el 22 de mayo de 2017.

³ Semana.com.: *Cristina Pardo y Carlos Bernal, nuevos magistrados de la Corte Constitucional*. Disponible en: <http://www.semana.com/nacion/articulo/senado-eligio-a-cristina-pardo-y-carlos-bernal-como-nuevos-magistrados-de-la-corte-constitucional/524064>, publicado el 3 de mayo de 2017, consultado del 22 de mayo de 2017.

como el líder de ‘la U’, Armando Benedetti, alcanzó a decir que si Fajardo no era elegida, el proceso de paz con las Farc se ponía en riesgo” y que “La coalición que apoya a Santos cree que la nueva magistrada podría ser más afectada a los intereses del proceso de paz”⁴. Por su parte, el diario El Colombiano al dar a conocer la noticia destacó, entre otras cosas la senadora y precandidata presidencial María del Rosario Guerra señaló que “hoy las FARC pusieron un magistrado en la Corte Constitucional, no hay porqué celebrar nada”⁵.

Como se puede observar, la llegada de los nuevos magistrados de la Corte Constitucional (como ocurriría en otras corporaciones judiciales), deja en evidencia una serie afirmaciones, discusiones y elucubraciones sobre las afinidades partidistas o ideológicas de los candidatos y/o de los elegidos, y la incidencia que ello pueda tener en sus decisiones.

Estas cuestiones llevan a recordar las valiosas aportaciones que desde los *Critical Legal Studies* (CLS) realizó el profesor de la

Universidad de Harvard Duncan Kennedy sobre las preferencias ideológicas y una particular tipología de jueces a partir de dichas preferencias. Por tanto, las líneas que siguen serán dedicadas a recordar tales aportaciones.

2. Preferencias ideológicas y tipología de jueces en Duncan Kennedy.

Las decisiones judiciales, de las que se espera absoluta imparcialidad, por obvio que resulte, son adoptadas por personas físicas, abogados formados desde la academia y la práctica, dentro y fuera de escenarios estrictamente judiciales, y se gestan (las decisiones)

⁴ EL TIEMPO.: *¿Quién es la nueva magistrada de la Corte Constitucional?* Disponible en: <http://www.eltiempo.com/justicia/cortes/perfil-de-diana-fajardo-nueva-magistrada-de-la-corte-constitucional-94392>. Publicado el 1º de junio de 2017, consultado el 25 de junio de 2017.

⁵ EL COLOMBIANO.: *Diana Fajardo, nueva magistrada de la Corte Constitucional*. Disponible en: <http://www.elcolombiano.com/colombia/politica/diana-fajardo-nueva-magistrada-de-la-corte-constitucional-DF6645270>. Publicado el 1º de Junio de 2017, consultado el 25 de junio de 2017.



en la imperecedera dicotomía entre los límites que impone la Constitución y la Ley⁶, por una parte, y por la otra, las preferencias ideológicas o las preconcepciones de las cuales puedan estar imbuidos.

En su obra *Izquierda y derecho* (2010)⁷, el filósofo Duncan Kennedy aborda la cuestión de las preferencias ideológicas, fundamentalmente entre liberalismo y conservadurismo y propone una tipología de jueces, que brevemente se expondrán.

Los jueces y juezas⁸, como personas físicas, consciente, inconsciente o semiconscientemente puede elegir entre normas jurídicas liberales o conservadoras, reconociendo o negando tal escogencia, tales preferencias no son más que motivaciones e influencias ideológicas, que podrían ser el resultado de los diversos escenarios en los que se ha formado (académico, laboral, político y social).

Explica D. Kennedy que "En las sentencias judiciales, los jueces siempre 'niegan', en el sentido común del término, que estén actuando por motivos ideológicos. Esto es, afirman explícitamente que el resultado -el desenlace que le dan a un caso al elegir una particular resolución para una cuestión de derecho o de definición de ciertas normas en lugar de otras- fue alcanzado siguiendo procedimientos interpretativos impersonales que excluyen las influencias de sus ideologías personales"⁹.

Corresponde al intérprete, es decir, quien da lectura a la decisión judicial, realizar una verdadera abstracción de la teleología de la decisión en sí. En palabras de D. Kennedy, "(...) la sentencia tiene más sentido si la interpretamos como ideológicamente motivada que si la tomamos como aparentemente superficial"¹⁰.

⁶ Para el caso colombiano, estos límites se incorporan al art. 230 CN.

⁷ KENNEDY D.: *Izquierda y derecho*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores S.A., 2010. ISBN 978-987-629-149-1.

⁸ No es extraño en D. Kennedy, ejemplificar su teorización atendiendo a la cuestión de género, por tanto "a veces universaliza en masculino y otras en femenino" *Ibidem*, p. 38.

⁹ *Ibidem*, p. 36.

¹⁰ *Ibidem*, p. 36.

Como anticipamos, D. Kennedy propone una tipología de jueces, a saber, el juez activista (restringido), el juez mediador y el juez bipolar. Examinaremos con mayor profundidad el primero de ellos, pues de su correcto entendimiento derivará la comprensión de los que siguen.

2.1.El Juez Activista (restringido)

Con el fin de ilustrar esta clase de juez, Kennedy trae como ejemplo una jueza, que al abordar un caso, conoce la norma aplicable y cómo interpretarla; sin embargo dice Kennedy, si fuese legisladora, no querría que esa norma se aplicara a casos como ese, y por tanto la cambiaría, "agregándole una excepción". En otras palabras, pese a que la aplicación de la norma jurídica es correcta, aparece como injusta en ese caso en particular.

Para tal efecto, en el ejemplo de Kennedy, esta jueza acude a la siguiente metodología:

a) Para explicar su descontento con el derecho, acudiría a una crítica política

de la norma de la cual disiente y una justificación política de la excepción que propone, sin que por ello deba entenderse que la jueza quiera desobedecer la ley.

b) Invierte una cantidad de energía y tiempo en elaborar una interpretación jurídica diferente de aquella que parece la mejor, labor en la que puede o no tener éxito.

c) Si dicha labor no tuvo éxito, optará por la norma jurídica que difiere de su preferencia legislativa, desde luego, acudiendo a la mejor interpretación posible para el caso bajo su estudio.

Los jueces y juezas¹, como personas físicas, consciente, inconsciente o semiconscientemente puede elegir entre normas jurídicas liberales o conservadoras, reconociendo o negando tal escogencia, tales preferencias no son más que motivaciones e influencias ideológicas, que podrían ser el resultado de los diversos escenarios en los que se ha formado (académico, laboral, político y social).



d) Esta jueza, “escribe sentencias que son formalmente ‘jurídicas’ y que reflejan su honesta creencia de que el derecho ‘exige’ el resultado que ella ha alcanzado”¹¹.

Para Kennedy esta jueza es activista por cuanto:

“(…) tiene una motivación ‘extrajurídica’, saber, el logro de una sentencia justa, para preferir un resultado en vez de otro a lo largo de una amplia variedad de casos, y trabaja para hacer que esos resultados sean derecho. Nótese que esta forma de activismo está orientada a las *normas jurídicas*. La jueza tiene una preferencia por una norma distinta de la que piensa que tal vez debería aplicar, no una preferencia por una de las partes en litigio”.

e) Examina los mejores argumentos de la nueva interpretación que ofrece y los mejores argumentos de contra, con un fin específico: “establecer que la solución legislativa que prefiere es la solución jurídica correcta”. En otras palabras, va un paso delante de sus posibles objetores, pues de lo que se trata es de “cambiar la norma injusta por una justa”.

2.2. El Juez Mediador

El juez mediador de alguna manera es más pasivo frente al activista restringido, lo que no conlleva a un menor rigor interpretativo y argumentativo, no, de lo que se trata es de auscultar entre las interpretaciones que han realizado sus colegas «ideólogos» o «activistas», eligiendo una interpretación que se ubica en el medio, se encuentra por tanto en una “posición moderada”.

Explica el representante de los CLS, que “El juez mediador le interesa la estructura de las normas, más que las partes particulares del litigio. Con mediación me refiero a la elección de una formulación de la norma, de una interpretación – más que una toma de posición en favor de una de las partes- que es ‘moderada’ desde el punto de vista ideológico”.

El juez mediador se guía por la ideología de otros, sin comprometerse ideológicamente. El liberalismo y el conservadurismo suponen polos opuestos al abordar un caso en concreto, este juez, consciente de las

diferencias entre una y otra postura, media entre ellas.

2.3. El Juez Bipolar

En ocasiones defenderá una postura eminentemente liberal, y en otras, conservadora, podría considerársele algunas veces un activista restringido, y en otras, un verdadero mediador, lo que dificulta ubicarle en uno u otro extremo, “Lo que hace que este juez sea bipolar es que tiene una tendencia constante a alternar entre las ideologías a lo largo del tiempo”, por tal razón no pertenece, en rigor, a un campo ideológico, pero a través de sus decisiones hace aportaciones a uno u otro campo, con independencia de aquel.

3. Consideraciones finales.

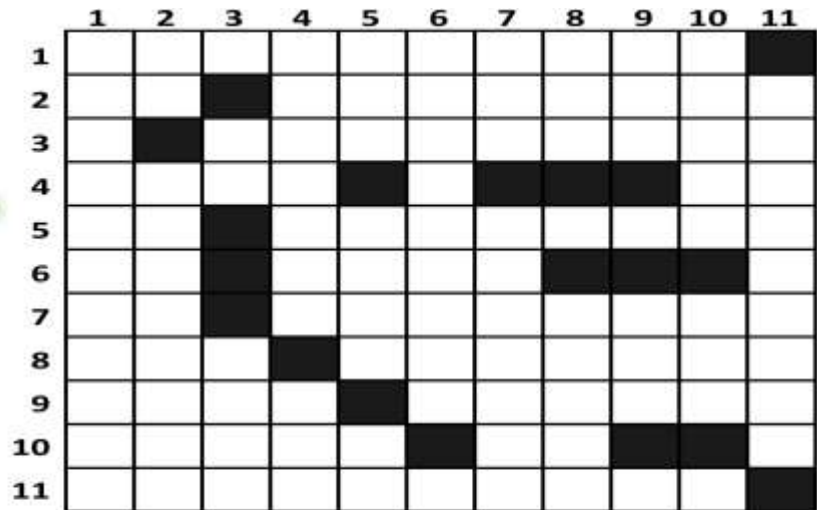
Estimo que la doctrina sobre preferencias ideológicas y la tipología de jueces, de Duncan Kennedy, goza de una extraordinaria vigencia; sin embargo, sería arriesgado a partir de la información consultada en prensa, asociar a los nuevos integrantes de la Corte Constitucional con una u otra preferencia partidista o ideológica, o estimar que son, o serán, jueces activistas, mediadores o bipolares, por lo que lo mejor será esperar al estudio pormenorizado de las decisiones que se vienen con el fin de tratar de elucubrar si lo sostenido por el profesor norteamericano se adecúa a la realidad colombiana.

¹¹ Ibídem, p. 39.



CRUCIGRAMA

Por: Arturo Cárdenas Monedero



Horizontales

1. Comprende las medidas de restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición (Art. 25 Ley 1448/11).
2. Inv., principio del que se presume que las víctimas actúan de buena... / Es el respeto a la integridad y a la honra de las víctimas.
3. Símbolo del Azufre. / Guardaste, economizaste.
4. Inv., programa TIC caleño, Educación Digital Para Todos. / La primera del alfabeto / Es inglés.
5. Dos romano. / Inv., persona que ejerce actividad sobre un predio, con ánimo de señor y dueño sin serlo realmente.
6. Abreviatura ocasional de tonelada / Instituto Colombiano de Educación Técnica. / Oxígeno.
7. Inv., Hospital Universitario / Inv., principio moral que inclina a obrar y juzgar respetando la verdad y dando a cada uno lo que le corresponde.
8. Carlos Eduardo Figari / Celebración nacional del 9 de abril en solidaridad con las víctimas.
9. International Institute of Business Analysis / Inv., limpiar de sedimentos un río.
10. Inv., ganancia o beneficio económico en un negocio. / Doble ere. / As de la baraja inglesa.
11. Inv., medida o programa que brinda el Estado a las víctimas en riesgo (Art. 31 Ley 1448/11).

Verticales

1. Compreendida entre las medidas de reparación a las víctimas (Art. 25 Ley 1448/11)
2. Inv, la que debe probar el opositor, buena y exenta de culpa. / Principios sobre la restitución de viviendas y patrimonio, ONU
3. Símbolo del Fósforo. / Prefijo de 'hoc' que forma la locución latina 'para esto' / Inv., instituto colombiano protector de la niñez.
4. Unía, pegaba, asociaba. / Extinta organización paramilitar de autodefensa colombiana.
5. Corriente natural de agua. / Inv., artículo no deseado introducido en una ley. / Inv., ciento cincuenta romano.
6. Gratificar, corresponder. / Segunda vocal.
7. Consejo Nacional de Reincorporación. / Inv., en restitución de tierras, lo hay administrativo y judicial.
8. Instituto Internacional de Auditores. / Quinta letra del alfabeto. / Gelatina salada ecuatoriana, preparada el día de los difuntos.
9. Oscar Da Silva. / La luce supermán. / Abrev. Señora. / Denota los números reales.
10. Relativo a nativo, natural. / Anteponiendo la letra H, significa alejarse prontamente del peligro. / Pe.
11. Persona que a causa de la violencia ha perdido sus bienes.

FRASES O CITAS CÉLEBRES.

"(...) la interpretación constitucional le permite a los jueces hacer intervenciones con impacto sistémico sobre instituciones jurídicas o políticas públicas. La interpretación legal tradicional restringía enormemente esta posibilidad. La premisa, desde el punto de vista constitucional, sigue siendo la misma:

el diseño global de instituciones jurídicas o políticas públicas puede tener notorios defectos constitucionales desde su inicio o a lo largo de su implementación. La rama judicial debe detectarlos a partir de casos concretos, señalándole a las otras ramas del poder público y a los particulares cuándo resulta que sus acciones resultan en olvidos profundos de valores constitucionales o en violaciones significativas de derechos fundamentales. Sus decisiones reestablecen derechos concretos, pero al mismo tiempo tienen efectos sobre el funcionamiento de las instituciones y de las políticas en su conjunto. Este doble impacto, argumentan unos, indica que los jueces no deben involucrarse en estos temas. Disiento profundamente porque, en últimas, ésta es la tarea irrenunciable de los jueces, bien sea dentro de la interpretación legal como de la constitucional.

(...)

En el foro de los principios, los jueces tienen un liderazgo apreciable: el control constitucional es como un seminario nacional de reflexión jurídica y ética al que todos estamos convocados. Los mensajes que salen de ahí para la sociedad son muy importantes. En eso radica la importancia del mundo de los significados constitucionales”.

Diego Eduardo López Medina

Tomado de su escrito para la Escuela Judicial: SUPREMACÍA DE LA CONSTITUCIÓN Y CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD adenda al módulo que había preparado para la Escuela con el nombre de “Interpretación Constitucional”, año 2006.

Coordinador:

Oscar Humberto Ramirez
Cardona

Coordinador Suplente:

Carlos Arturo Pineda López

Miembros:

Laura Elena Cantillo Araujo
Ángela María Peláez Arenas
Amanda Janneth Sánchez Tocora
Yuly Paola Rueda
Piedad Holanda Morelos Muñoz
Luis Alejandro Barreto Moreno
Uriel Alexander Acevedo

Colaboración - Diseño

Miguel Angel Romero Tribiño

