

Capítulo 2



Valoración de la buena fe exenta de culpa en la restitución de tierras utilizando un estándar de prueba

Ángel Andrés Torres Hernández¹
Berónica Narváez Mercado²
María Clarena Herrera Pérez³

Resumen

El objetivo de nuestro trabajo consistió en establecer la forma en que podría valorarse la buena fe exenta de culpa de los segundos ocupantes en el proceso de restitución de tierras, mediante la utilización de un estándar de prueba acorde al modelo de justicia transicional que en la búsqueda de la verdad, justicia, reparación y garantía de no repetición, pueda resultar un fallo justo sin que éste genere nuevas víctimas, ya no del conflicto armado, sino de un proceso desequilibrado con cargas probatorias que afectan a las partes. Por tratarse de una investigación teórica, se realizó un análisis documental de fuentes legales relativas a las pruebas, los estándares de prueba, la restitución de tierras como proceso de reparación, la demostración de la buena fe exenta de culpa a través de un estándar de prueba flexible, tanto en la doctrina nacional y extranjera como de la jurisprudencia de las altas cortes, especialmente de la Corte Constitucional. Como resultado del mismo, se encontró que los procesos judiciales de restitución de tierras, la exigencia procesal de la buena fe exenta de culpa ha generado, en muchos casos, situaciones de inconformidad, inclusive conductas violentas en contra de líderes

1 Magíster en Derecho. Especialista en Derecho Tributario y en Gerencia de la Hacienda Pública. Abogado y Contador Público. Docente investigador de la Corporación Antonio José de Sucre. Correo: angel_torres@corposucre.edu.co

2 Doctorante en Derecho de la Universidad Libre de Colombia. MBA de la Escuela Libre de Derecho de Costa Rica, Abogada, Conciliadora y Docente Investigadora, Directora del Grupo de Investigaciones Socio jurídicas GISCER, de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Corporación Universitaria del Caribe. Correo: beronica.narvaez@cecar.edu.co

3 Estudiante Semillero de Derecho Procesal de la Corporación Antonio José de Sucre. Correo: maria_herrera@corposucre.edu.co

sociales reclamantes de tierras, siendo esto entonces un obstáculo para lograr la reconciliación nacional y la paz duradera y sostenible que se pregona. Además, que es justo y necesario la aplicación de un estándar de prueba flexible al segundo ocupante en la demostración de la buena fe exenta de culpa, cuando éste no ha participado de manera directa ni indirecta, en el despojo o abandono forzado.

Palabras claves: Justicia transicional, buena fe, estándar de prueba, restitución de tierras, víctima, segundo ocupante.

Abstract

The objective of our work is to establish the way in which the good faith free of guilt of the second occupants in the process of land restitution could be assessed by using a standard of proof according to the model of transitional justice that in the search for the truth, justice, reparation and guarantee of non-repetition, can result in a just failure without it generating new victims, not of the armed conflict but of an unbalanced process with evidentiary burdens that affect the parties. As this is a theoretical investigation, a documentary analysis of legal sources related to the tests, the test standards, the land restitution as a reparation process, the demonstration of the good faith exempt from fault through a standard of proof was made flexible, both in national and foreign doctrine and jurisprudence of the high courts, especially the Constitutional Court. As a result of the same, it was found that the judicial processes of land restitution, the procedural requirement of good faith exempt from blame has generated, in many cases, situations of nonconformity, including violent behavior against social leaders claiming land, being then an obstacle to achieve national reconciliation and the durable and sustainable peace that is proclaimed. In addition, it is fair and necessary to apply a flexible test standard to the second occupant in the demonstration of good faith exempt from fault, when the latter has not participated directly or indirectly in forced dispossession or abandonment.

Keywords: Transitional Justice, Good Faith, Test Standard, Land Restitution, Victim, Second Occupant.

Introducción

“La peor forma de injusticia, es la justicia simulada”.

Platón

Estudiaremos el marco normativo probatorio teniendo en cuenta el concepto de prueba, los diferentes tipos de prueba que se pueden presentar en un proceso judicial, así como los requisitos de las mismas. Analizaremos el estándar de prueba, entre el cual está la probabilidad prevalente, más allá de toda duda razonable, que está clara y convincente, que se erige como herramienta en la valoración de pruebas mediante el uso de la sana crítica, para llegar al convencimiento del juez al calificar un hecho como probado. Por un lado, analizaremos la ley de víctimas y restitución de tierras diseñada bajo el modelo de justicia transicional que contiene el proceso de restitución de tierras, revisando inicialmente los principios de este sistema jurídico y su aplicación como herramienta para la búsqueda de la paz, en la solución de conflictos armados y violaciones de derechos humanos en Colombia. Se toma como eje central la demostración de la buena fe exenta de culpa por parte de los segundos ocupantes. Por otra parte, revisaremos la aplicación de un estándar de prueba flexible que le permita al juez la valoración de las pruebas en la demostración de la buena fe exenta de culpa por parte de los segundos ocupantes que no tuvieron relación (directa ni indirecta) con el despojo o abandono forzado de las víctimas. En tal sentido, la pregunta problema formulada es ¿puede el juez utilizar un estándar de prueba flexible en la valoración de la buena fe exenta de culpa de los segundos ocupantes, que no han tenido relación (directa ni indirecta) con el despojo o abandono forzado de la víctima?

La prueba como herramienta fundamental

Siempre que hablamos de un proceso judicial, tenemos que tratar la prueba como herramienta que se le provee al juez para que incline su decisión en favor de lo que se pretenda probar efectivamente.

El tema de prueba está constituido por aquellos hechos que es necesario probar, por ser los supuestos de las normas jurídicas cuya aplicación se discute en un determinado proceso. Lo

anterior significa que la noción del tema de prueba, resulta concreta, ya que no se refiere si no a los hechos que se deben investigar en cada proceso (Parra, 2011).

El profesor (Roxin & Otros, 2000) define la prueba como:

El medio u objeto que proporciona al juez el convencimiento de la existencia de un hecho, en síntesis, la prueba es el medio determinado por la ley para establecer la verdad de un hecho controvertido. La prueba es el instrumento que utilizan las partes desde hace siglos para demostrar la veracidad de sus afirmaciones, y del cual se sirve el juez para decidir respecto a la verdad o falsedad de los enunciados fácticos. En términos muy generales, se entiende como prueba, cualquier instrumento, método, persona, cosa o circunstancias que pueda proporcionar información útil para resolver dicha incertidumbre (Taruffo, 2018).

Para que la prueba sea aceptada en el proceso deberá, además de ser válida, cumplir con los requisitos de conducencia, pertinencia y utilidad.

La conducencia de la prueba no es cuestión de hecho, sino de derecho, porque se trata de determinar si legalmente puede recibirse o practicarse la prueba. Pero para la admisibilidad de la prueba, no basta su conducencia, porque ésta es apenas uno de los requisitos de los de aquella, por lo cual, a pesar de cumplirse, puede resultar inadmisibile por faltarle la pertinencia o existir prohibición legal de investigar el hecho sobre que recae o por parecer inútil (Devis, 1996).

La pertinencia se constituye en una de las características de mayor relevancia, al punto que toda prueba es admitida, si y solo si se pretende acreditar a través de ella la ocurrencia de un hecho que guarda estrecha relación con el tema del proceso. No ofrece duda entonces que decidir sobre la admisibilidad de una prueba, efectuando un juicio de pertinencia, exigirá comparar la relación existente entre el hecho que pretende acreditar la prueba propuesta y el objeto de prueba en el concreto proceso para el que solicita. De manera tal que si dicha relación no se da, el juez deberá inadmitir la misma por su impertinencia *Inutile est probare quod probatum non relevant y frustra probatum non relevant*.

La pertinencia es “la relación directa entre el hecho alegado y la prueba solicitada” (Tirado, 2006). La prueba será inútil cuando el hecho que se quiere probar con ella se encuentra plenamente demostrado en el proceso, de modo que se torna en innecesaria y aun costosa para el debate procesal. Para que una prueba pueda ser considerada inútil, “primero se debe haber establecido su conducencia y pertinencia, que son presupuestos de utilidad. En virtud del principio de economía, serán inútiles las pruebas que tiendan a demostrar hechos notorios, hechos debatidos en otro proceso o hechos legalmente presumidos” (Nisimblat, 2018).

Las pruebas deberán aportarse en el proceso con el ánimo de que el operador jurídico, conceda o niegue unas pretensiones sobre los hechos que se pretenden probar o controvertir; así, por ejemplo, en el derecho penal “las pruebas tienen por fin llevar al conocimiento del juez, más allá de la duda razonable, los hechos y circunstancias materia del juicio y los de las responsabilidades penales del acusado como autor o partícipe (Ley 906 , 2014). Luego entonces, la finalidad de la prueba:

Está íntimamente ligada a la concepción del proceso y sus objetivos. Dos son los enfoques fundamentales en el derecho procesal contemporáneo: a) cognoscitivismos racional garantista, fundado en que en el proceso se debe administrar justicia, por tanto, uno de los principales propósitos es establecer la verdad y que ésta sea rasgo esencial de la decisión; b) decisionismo procesal, que algunos osadamente titulan de garantismo procesal, puesto que reducen las garantías a la actividad de las partes dentro del proceso, y afirman que el objetivo principal del proceso judicial es resolver el conflicto entre las dos partes del caso concreto (Rivera, 2011).

Además, podemos señalar que la prueba judicial desarrolla en el proceso una función que denominaremos “demostrativa”, entendiéndose consecuentemente por ello “que la función de la prueba, aquella dirigida a demostrar la verdad o falsedad de las afirmaciones factuales, debe ser asumida al interior del proceso mediante el recurso a un procedimiento de tipo racional”. El profesor (Taruffo, 1997) considera que “la prueba judicial desarrolla una función demostrativa, en cuanto provee un fundamento

cognoscitivo y racional para la selección que el juez realiza individualizando una versión atendible y verifica de los hechos relevantes de la causa, y justificando racionalmente tal elección”.

Para Rocha (Rocha, 2013) los medios probatorios:

Son susceptibles de clasificaciones en que se agrupan, se dividen y se combinan unos con otros, según su índole o su poder de convicción lógico, social o legal, en lo cual influyen también el criterio de los estudiosos, críticos, doctrinantes, y legisladores.

Como resulta útil para conocer la índole de un medio de prueba una clasificación razonada según tales criterios. De manera general, como lo plantea el profesor Parra (Parra, Op.), las pruebas se pueden clasificar, “según su contradicción, en prueba sumaria y prueba controvertida; según su objeto, en prueba directa o prueba indirecta; y además encontraremos en una tercera clasificación las pruebas sustanciales y formales”. Ahora bien, existen medios probatorios que pueden ser “aportados a los diferentes procesos judiciales y que la ley los acepta como mecanismos que le sirven al juez de herramienta para que sus fallos tiendan a la búsqueda de la verdad judicial”, al respecto nos enseña el profesor Azula (Azula, 2015) que “podemos encontrar pruebas como las documentales, las testimoniales, el dictamen pericial, la inspección judicial, los indicios, presunciones, reconocimiento de personas u objetos, la prueba por informes, entre otras”.

Cuando las pruebas presentadas al proceso, como criterio del juez, no establecen de manera contundente un medio radical y tajante para determinar su fallo, el operador disciplinario puede, de conformidad a la ley, recurrir a hipótesis para resolver con probabilidades que lleven a buscar la verdad judicial razonable. En este sentido, nos referimos al estándar de prueba, el cual:

Permitirá declarar una hipótesis como probada por medio del establecimiento de un umbral de suficiencia probatoria, el cual una vez alcanzado, se entenderá que el derecho es reconocido en la hipótesis favorecida como la más cercana a la verdad y en este sentido actuaría como mecanismo de revisión de errores (Reyes, s.f.).

Estándares de pruebas

El estándar de prueba puede ser definido como:

Una herramienta legal que contiene los criterios que indican cuando se ha conseguido la prueba de un hecho”, vale decir, establece el nivel de suficiencia probatoria requerida para que el juez se encuentre legitimado a expresar que un hecho litigioso está probado. Responde a la pregunta ¿cuándo la prueba es suficiente para declarar un hecho por probado? (Reyes S.).

Para las altas cortes colombianas, el criterio de estándar de prueba es altamente aplicable, de esa manera en sus sentencias establecen la definición de la misma. Así, por ejemplo, la Corte Constitucional en Sentencia Unificada SU-636 de 2015, define el estándar de prueba como: “Un umbral que le permite al juez determinar las razones fundadas para tomar una decisión”. Por su parte, el Consejo de Estado en Sentencia del año 2016 establece el estándar de prueba como “el grado de conocimiento que le permite al juez determinar la existencia de un hecho o hipótesis en la que el juez sustenta la decisión” y la Corte Suprema de Justicia, lo define como:

El grado de conocimiento requerido para la condena (certeza-racional-) debe considerarse frente al hecho jurídicamente relevante que se integra al tema de prueba (el origen directo o indirecto de los bienes en alguna de las actividades ilícitas descritas en la norma), que puede lograrse con “prueba directa” o con “prueba indiciaria” (Ocampo & Restrepo, 2018).

Tipos o categorías de estándares de pruebas

El estándar de prueba debe ser tenido en cuenta por el operador jurídico como un modelo, patrón o referencia probatoria, para corroborar los hechos y de esa manera sustentar que un hecho constante de relevancia jurídica ha sido probado de conformidad con los parámetros establecidos por el legislador, y que permite proyectar un fallo judicial razonable. Existen diversos estándares de pruebas, tales como el de la probabilidad prevaleciente, el conocimiento más allá de toda duda razonable, el estándar de evidencia clara y convincente, veamos entonces cada uno de estos.

Probabilidad prevalente

Un estándar de prueba se afirma como criterio racional para la elección de las decisiones sobre hechos de la causa. En otros términos se configura como la forma privilegiada para dar un contenido positivo al principio del libre convencimiento del juez, guiando y racionalizando la discrecionalidad del operador jurídico en la valoración de las pruebas. Se elimina toda implicación irracional de esta valoración y vinculando al juez con la carga de criterios insubjetivamente controlables. Así, por ejemplo, esta regla se basa en la premisa que nos dice que:

Cada enunciado es relativo a un hecho que puede considerarse como verdadero o como falso según las pruebas respectivas y que esas calificaciones son complementarias; por ejemplo, si la hipótesis relativa a la verdad del enunciado recibe la confirmación probatoria del 75%, ello implica que la hipótesis negativa correspondiente tiene una probabilidad del 25%, la hipótesis positiva por el hecho es, por lo tanto, “más probable que no” y es atendible. Si, en cambio, las pruebas disponibles sobre la verdad de un enunciado solamente alcanzan un nivel del 30%, entonces la hipótesis “más probable que no” es la negativa, o sea la falsedad del enunciado en cuestión y, en este caso el juez no podrá fundar su decisión en dicha hipótesis negativa, porque sería irracional considerar atendible la hipótesis positiva que resultó “menos probable” que la negativa (Tarruffo, 2005).

La Corte Constitucional en sus decisiones ha dejado ver la aplicación de este estándar de prueba, en el evento de la existencia de una incompatibilidad probatoria que de lugar a varios supuestos fácticos, en donde bajo las reglas de la sana crítica:

El juez deberá privilegiar racionalmente aquellas que acrediten un grado superior de probabilidad lógica o de probabilidad prevaleciente, resultado que se obtiene aplicando las reglas de la experiencia que incluyen conocimientos técnicos, leyes científicas o generalizaciones del sentido común (Corte Constitucional, 2018).

Conocimiento más allá de toda duda razonable

En todo el ordenamiento penal colombiano está regulado que para proferir una sentencia condenatoria se debe tener un conocimiento más allá de toda duda razonable. Así por ejemplo, el artículo 7 de la ley 906 de 2004, consagra en su inciso cuarto lo siguiente: “Para proferir sentencia condenatoria deberá existir convencimiento de la responsabilidad penal del acusado, más allá de toda duda” (Congreso de la República, 2004). El estándar del conocimiento más allá de toda duda razonable, aunque no tiene un significado concreto de lo que en realidad es o consiste, en todo caso es válido mencionar que éste tiene:

Un concepto prácticamente indeterminado, es decir, no puede enunciarse una definición general sin el riesgo de caer en generalidades o hipótesis que no permiten tener una idea clara de su alcance. Sin embargo, estas dificultades no impiden una aproximación a su significado, el cual está determinado por los requisitos que deben exigirse respecto de los medios de prueba en los que el juez basa su decisión para que, valorados dichos medios, pueda considerarse que están más allá de toda duda razonable (Hincapie & Peinado, 2009).

Uno de los conceptos con los que se podría definir el estándar de prueba del conocimiento más allá de toda duda razonable es “la superación de la inferencia razonable y de la probabilidad de verdad, a tal punto de predicarse por parte del juzgador un convencimiento en su subjetividad más allá de cualquier duda” (Suárez, 2011). Con esto se busca llevarle el convencimiento al juez que en realidad si existió el hecho delictivo, y que el acusado es el penalmente responsable de la conducta, todo esto basado en las pruebas debidamente decretadas y posteriormente practicadas en el juicio oral, de acuerdo con el artículo 372 del C.P.P., anteriormente citado en este ensayo jurídico.

La Corte Suprema de Justicia ha señalado que el “conocimiento más allá de toda duda razonable”, como estándar de prueba para adoptar una sentencia condenatoria, “no es una mera expresión grandilocuente o una moda del legislador” (arts. 7.º y 381 Ley 906 de 2004), sino una exigencia legal verificable y controlable, siempre y cuando los jueces y actores del sistema continúen sus estudios de profundización sobre cuestiones de

lógica, epistemología y semiótica. Dicho requerimiento, en la práctica, se traduce en el entendimiento de dos limitaciones: “i) el proceso penal como reconstrucción de una verdad probable y no de una certeza, y ii) que la presunción de inocencia es un requisito de contenido normativo y no un mero estado psicológico del juez (Corte Suprema de Justicia, 2011).

Estándar de evidencia clara y convincente

Corresponde a un estándar probatorio intermedio, que puede situarse a medio camino entre el estándar de probabilidad prevaleciente y el estándar penal de “más allá de toda duda razonable”. Este modelo de umbral probatorio:

Exige al adjudicador para dar por acreditada una determinada hipótesis sobre los hechos, que del material probatorio aportado por los litigantes pueda concluirse en forma categórica que es “mucho más altamente probable” que el hecho haya ocurrido a que no haya acontecido de una determinada forma. Este tipo de estándar ha tenido mayor desarrollo en países como Estados Unidos e Inglaterra, éste último país en que se ha empleado en el conocimiento de hechos que si bien constituyen conductas sancionadas penalmente, son conocidas en el marco de un proceso civil y, por tanto, al no estar disponible el estándar penal, pero siendo igualmente gravosas las posibles consecuencias de un fallo equivocado, se ha optado por elevar el estándar propio de sede civil, configurándose estos nuevos umbrales más exigentes que requieren al menos de evidencia contundente y categórica para dar por acreditada una determinada versión de los hechos (Ocampo & Restrepo, Op.).

Usos de los estándares de prueba

Los estándares de prueba, como hemos mencionado, vienen a constituir una herramienta para que el juez pueda resolver su valoración probatoria sobre los hechos que se pretenden probar, y de esa manera establecer y sustentar el sentido del fallo judicial:

El uso de estándares de prueba, especialmente en el civil law, tiene consecuencias e implicaciones que no son nada evidentes, pero que tienen una importancia capital dentro de los procesos

judiciales. Generalmente, se afirma que los estándares de prueba sirven esencialmente para determinar la distribución de errores en los procesos judiciales. Un estándar muy alto, generará muchos falsos negativos, mientras que un estándar muy bajo tendrá el efecto contrario. La fijación del estándar de prueba, sirve entonces para decidir la proporción de falsos positivos y falsos negativos, que una sociedad está dispuesta a aceptar (Páez, 2018).

Del mismo modo, sostenemos que es un instrumento pertinente para los jueces, dado que les permite:

...operar válidamente en contextos de incertidumbre. Esto, por cuanto las decisiones que se lleguen a adoptar en el curso de la adjudicación y que pudieren eventualmente estar afectadas a errores epistémicos, de otras formas podrán ser calificadas como decisiones conforme a derecho (...) los estándares de prueba se hacen cargo de la falibilidad del conocimiento que será utilizado como uno de los pilares de la decisión judicial, indicando que para tratar a las personas atribuyéndoles, por ejemplo, el estatus de ladrón o de buen padre o buena madre, se requerirá alcanzar un cierto nivel de comprobación; la que, en todo caso, nunca será suficientemente fuerte como para despejar toda duda...

Lo que se pretende con los estándares de prueba es precisamente que, en los fallos judiciales, como creadores de derecho y otorgantes de justicia, se realice una valoración adecuada y equilibrada en materia probatoria con el ánimo de dar a cada quien lo que merece. Es decir, lograr el espíritu de justicia, más aún cuando la complejidad del proceso mismo hace confusa la labor de emitir una sentencia con las pruebas que se aportan. Así, por ejemplo, el proceso de restitución de tierras en Colombia, por la naturaleza del mismo, cuenta con una serie de desequilibrios procesales en favor de las víctimas, y con cargo al demandado que complican la labor del juez al momento de impartir su decisión.

La restitución de tierras y sus desequilibrios procesales

El Estado colombiano ha padecido de un conflicto armado interno por más de 60 años, en este tiempo, muchos han sido los intentos por alcanzar la anhelada convivencia social como representación de paz. Entre otros intentos está el indulto a los miembros del grupo guerrillero del M-19, según la ley 975 de 2005: “Por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios”. También está la ley 1448 de 2011: “Por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones”. *Así mismo, está* el acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera, suscrito entre el estado Colombiano y las FARC-E en el Acto Legislativo No. 01 de 2017: “Por medio del cual se crea un título de disposiciones transitoria de la Constitución para la terminación del conflicto armado y la construcción de una paz estable y duradera y se dictan otras disposiciones”. Además de otras normatividades emitidas por el Estado colombiano en la búsqueda de la paz.

El ordenamiento jurídico, anteriormente señalado, se enmarca en el sistema de justicia transicional, el cual se define como:

Una modalidad jurídica que busca colaborar en la conversión de un Estado de violencia y de ausencia de garantías democráticas, a un Estado de paz y respeto por las libertades civiles, excepcional, contingente y específica; un mecanismo tendiente al logro de la justicia, la verdad, la reparación y la garantía de no repetición, y un elemento insoslayable para la consolidación de la paz (Bernal & Álvarez, 2009).

Pilares de la justicia transicional

Este modelo en la actualidad cuenta con cuatro pilares fundamentales como requisitos esenciales, los cuales son:

1) La verdad, pilar encaminado a que las víctimas tienen derecho a conocer lo sucedido, a saber, quiénes fueron los agentes del daño, a que los hechos se investiguen seriamente y se sancionen

por el Estado y a que se prevenga la impunidad. En este sentido, para garantizar el derecho a la verdad se exige “revelar de manera plena y fidedigna los hechos dentro de los cuales fueron cometidos los delitos (Corte Constitucional, 2006).

2) La Justicia, que debe ser entendido en dos dimensiones complementarias: por una parte, según las reflexiones sobre la justicia transicional, se hace justicia cuando aproximarse a los ideales de la verdad, la reparación, la no repetición, la reconciliación y la paz se otorgan penas por los beneficios a quienes colaboran en la consecución de dichos ideales, pero también se hace justicia cuando las víctimas pueden reconocer que los responsables de las atrocidades cometidas no son cobijados por la impunidad, (Bernal & Álvarez, 2009).

3) La reparación es un pilar que hace referencia de que las víctimas, tanto directas como indirectas, merecen ser compensadas por todo el conflicto padecido, y tiene la finalidad de devolver a la víctima al estado en el que se encontraba con anterioridad al hecho que originó tal condición. Por lo tanto, el hecho victimizante con el cual se vulneraron los derechos humanos genera en favor de la persona que lo padeció el derecho fundamental a la reparación integral. Lo que se hace efectivo “a través de la restitución, la indemnización, la rehabilitación, la satisfacción y la garantía de no repetición consagradas en el Derecho Internacional, que se desprenden de la condición de víctimas y que deben ser salvaguardados por el Estado independientemente de la identificación, aprehensión, enjuiciamiento o condena de los victimarios (Corte Constitucional, 2017).

4) La garantía de no repetición, hace referencia a que los hechos acontecidos durante el conflicto armado, no pueden volver a sufrirlos la sociedad. Al respecto, la Corte Constitucional ha precisado que si bien se ha asociado al derecho a la reparación, tiene una atención especial en contextos de justicia transicional. La garantía de no repetición está compuesta por “todas las acciones dirigidas a impedir que vuelvan a realizarse conductas con las cuales se afectaron los derechos de las víctimas, las

cuales deben ser adecuadas a la naturaleza y magnitud de la ofensa”. Se encuentra directamente relacionada con la obligación del Estado de prevenir las graves violaciones de los derechos humanos, que comprende la adopción de medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural (Corte Constitucional, 2014).

Desequilibrios en el proceso de restitución de tierras

De conformidad con el artículo 71 de la ley 1448 de 2011, se entiende por restitución “la realización de medidas para el restablecimiento de la situación anterior a las violaciones contempladas en el artículo 3°. de la presente ley” (República de Colombia , 2011). Ahora bien, la restitución de tierras es conocida como “el derecho que tienen las víctimas a que se les devuelva su predio cuando éste fue despojado o abandonado a causa del conflicto armado” (República de Colombia , s.f.). En este caso, el proceso especial, bajo el sistema de justicia transicional que con tiene la ley de víctimas y restitución de tierras, trae una serie de situaciones favorables a la víctima y con cargo a los demandados.

Inversión de la carga probatoria

Una vez la victima acredite tal calidad y el daño sufrido por cualquier medio legalmente aceptado, se le presumirá de buena fe, tal como lo establece el artículo 5 de la ley 1448 de 2011, en donde además señala que bastará prueba sumaria del daño sufrido ante autoridad administrativa para que se invierta la carga de la prueba en contra de la persona que se encuentre como propietario, poseedor u ocupante del bien inmueble objeto de solicitud de restitución. Además, en el inciso tercero del artículo, hace lo mismo con la demostración del daño sufrido en el proceso de restitución, remitiéndose al artículo 78 de la ley, que señala:

Bastará con la prueba sumaria de la propiedad, posesión u ocupación y el reconocimiento como desplazado en el proceso judicial, o en su defecto, la prueba sumaria del despojo, para trasladar la carga de la prueba al demandado o a quienes se opongan a la pretensión de la víctima en el curso del proceso de restitución, salvo que estos también hayan sido reconocidos como desplazados o despojados del mismo predio.

Al solicitar la norma una prueba sumaria, entendida ésta:

Como aquella que aún no ha sido controvertida por aquel a quien puede perjudicar, y de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, la prueba sumaria es plena prueba. Lo que quiere decir que debe reunir las mismas condiciones de fondo de cualquier prueba, que sea pertinente o conducente, esto es, que sea la adecuada para demostrar un hecho o un acto jurídico concretos. En ese sentido la doctrina ha sido uniforme en señalar que la prueba sumaria suministra al juez la certeza del hecho que se quiere establecer en idénticas condiciones que lo hace la plena prueba. Con la diferencia de que la prueba sumaria no ha sido sometida a contradicción, ni conocimiento o confrontación por la parte contra quien se quiere hacer valer. Siendo claro que la prueba sumaria es aquella que reúne las características de plena prueba que aún no ha sido controvertida. Su exigencia para el decreto de las medidas, no vulnera los postulados constitucionales ni menoscaba las posibilidades del debido proceso para el demandante, puesto que siendo las medidas cautelares de carácter preventivo y provisional, el debate probatorio sobre la titularidad de los derechos y la validez de los documentos aportados se da a plenitud dentro del proceso verbal respectivo ante los jueces competentes de la justicia ordinaria civil. Por tanto, para la Corte, el legislador obró conforme a los principios de razonabilidad y proporcionalidad en la definición de las formas (Corte Constitucional, 2009).

La disposición normativa que regula el proceso, invierte toda la carga probatoria al demandado, quien será el obligado a demostrar la conducta calificada en la adquisición del inmueble objeto de pretensión, en restitución por parte de la víctima.

Demostración de la buena fe exenta de culpa

Para abordar la buena fe exenta de culpa, primero debemos conocer lo que es la buena fe simple. De acuerdo con la Corte Constitucional en su Sentencia C-1194 de 2008, establece que:

La jurisprudencia constitucional ha definido el principio de buena fe como aquel que exige a los particulares y a las autoridades públicas ajustar sus comportamientos a una conducta honesta, leal y conforme con las actuaciones que

podrían esperarse de una “persona correcta (vir bonus)”. Así, la buena fe presupone la existencia de relaciones recíprocas con trascendencia jurídica, y se refiere a la “confianza, seguridad y credibilidad que otorga la palabra dada (Corte Constitucional, 2008).

Ahora bien, debemos entender la buena fe exenta de culpa como aquella necesidad de “desplegar, más allá de una actuación honesta, correcta, o apoyada en la confianza, un comportamiento exento de error, diligente y oportuno, de acuerdo con la finalidad perseguida y con los resultados que se esperan – que están señalados en la ley” (Corte Constitucional, 1999). Para efectos del estudio de esta institución jurídica en lo referente a la restitución de tierras, la buena fe exenta de culpa se acredita demostrando no solo la conciencia de haber actuado correctamente, sino también la presencia de un comportamiento encaminado a verificar la regularidad de la situación (Corte Constitucional, 2012).

Esta prueba se hace más exigente por cuanto la ley la requiere al opositor para que éste tenga derecho a compensación. Es decir, el demandado que no logre acreditar que los actos mediante los cuales adquirió la calidad de ocupante, poseedor o propietario de los predios que son solicitados en restitución, fueron adquiridos con el uso de la buena fe exenta de culpa, no serán merecedores de compensación por parte del Estado, y deberán devolver el predio, sin recibir reparación o contraprestación alguna.

Unidad de restitución de tierras y representación de las víctimas

La ley de víctimas y restitución de tierras, trae consigo la creación de la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas, de conformidad con el artículo 103 de la ley, que tiene entre sus funciones la representación de las víctimas en el proceso judicial de restitución. Además, de conformidad con el numeral 6 del artículo 105 de la norma, deberá, en nombre del Estado, pagar las sumas ordenadas en la sentencias de los procesos de restitución en favor de los terceros de buena fe exenta de culpa. Nótese que la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas, se constituye en un adversario más en el proceso, es decir, el demandado no solo se enfrenta a la víctima, sino también al Estado, y lo peor es que el mismo Estado está obligado a pagar las compensaciones de que trata la ley. En ese orden de ideas y con

el ánimo de salvaguardar las finanzas públicas, es lógico que esta entidad haga todo lo posible para controvertir al opositor para no compensarlo, lo cual constituye un desequilibrio con cargo al demandado.

Aplicación de estándares en la restitución de tierras. Algunos problemas sociales en la reclamación de tierras

Como hemos manifestado anteriormente, consideramos que el proceso de restitución de tierras tiene unos componentes que desequilibran el proceso en favor de la víctima y con cargo a los demandados. Bien podríamos aceptar toda esa serie de privilegios procesales, en favor de una de las partes dentro de un sistema de justicia transicional, que tiene como fin la búsqueda de la convivencia social a través de los pilares de verdad, justicia, reparación y garantía de no repetición. No obstante, el proceso es desproporcionado. Desde la vigencia de la norma, “se han presentado situaciones muy contrarias a la convivencia social y pacífica que distan de la garantía de no repetición que promueve la ley”. Así por ejemplo, de acuerdo con la investigación adelantada por el Observatorio de Restitución y Regulación de Derechos de Propiedad Agraria, publicado por el periódico el Espectador (Osorio, s.f.), entre el 2012 y 2013, cuando inicia la ejecución de esta ley, se incrementó de manera considerable el asesinato y amenazas a los líderes sociales.

De acuerdo con un estudio adelantado por la defensoría del pueblo que se denomina “Violencia y amenazas contra los líderes sociales y defensores de los Derechos Humanos” (Defensoría del Pueblo, 2017), existen organizaciones tendientes a impedir los “procesos de reparación y restitución de tierras, que configuran estructuras que despliegan acciones violentas, agresiones y amenazas contra líderes sociales y comunitarios, defensores de derechos humanos y representantes de organizaciones de organizaciones sindicales, así como víctimas de desplazamiento forzado”. Cobra mayor relevancia el hecho de que en este estudio se refleje datos estadísticos de inmensa gravedad, al establecer que el 69% de los líderes sociales asesinados son reclamantes que impulsan la reivindicación de los derechos en las zonas rurales, es decir, líderes reclamantes de restitución de tierras.

Opositores y segundos ocupantes

Antes de recurrir a la aplicación de estándares de prueba en la restitución de tierras, es pertinente diferenciar los conceptos de opositor y de segundo ocupante, al respecto la Corte Constitucional en su Sentencia señala que “*opositor*” y “*segundo ocupante*” no son sinónimos, ni es conveniente asimilarlos al momento de interpretar y aplicar la ley de víctimas y restitución de tierras. “En muchos casos los opositores son segundos ocupantes, pero es posible que haya ocupantes que no tengan interés en presentarse al proceso, así como opositores que acuden al trámite sin ser ocupantes del predio (Corte Constitucional, 2016). Sustenta, además, la Sentencia que “los ***Segundos Ocupantes*** son entonces, quienes, por distintos motivos, ejercen su derecho a la vivienda en los predios que fueron abandonados o despojados en el marco del conflicto armado interno. Fue de esa manera que la resolución de la Sentencia se establece que debe existir un tratamiento preferencial frente a los segundos ocupantes en el proceso de restitución de tierras al momento de valorar la buena fe exenta de culpa. Al declarar exequibles la expresión “exenta de culpa” los artículos demandados de la ley, en el entendido de que es un estándar que debe ser interpretado por los jueces de forma diferencial, frente a los segundos ocupantes, que demuestren condiciones de vulnerabilidad, y no hayan tenido relación directa o indirecta con el despojo, de acuerdo con lo establecido en la parte motiva de esta providencia.

Estándar de prueba en favor de los segundos ocupantes

Como bien se ha señalado no es posible tener un tratamiento similar sobre los opositores en la restitución de tierras que pudieron haber participado en el despojo o abandono forzado en la demostración de la buena fe exenta de culpa, que las consideraciones que se deben tener con los segundos ocupantes que no han podido participar en las situaciones o acciones que dieron lugar al desplazamiento forzado. A los primeros, la ley y la jurisprudencia, les exige demostrarla; mientras que a los segundos, la jurisprudencia exigió de los jueces un tratamiento diferencial o, inclusive, inaplicar tal exigencia, al disponer la antes mencionada Sentencia C-330 de 2016, que la exigencia de la buena fe exenta de culpa que establece la ley 1448 de 2011 es razonable y constitucional a los opositores en la etapa judicial de la acción de restitución de tierras, para que estos sean

beneficiarios de compensación cuando se vean obligados a devolver el predio objeto de restitución,. Sin embargo, respecto de los segundos ocupantes vulnerables, que no poseen alternativas de vivienda y que no tuvieron que ver con el despojo, esta exigencia resulta desproporcionada e injusta, por tal razón el juez especializado deberá analizar el requisito con *flexibilidad o incluso implicarlo*.

La condición que trata la norma solo deberá aplicarse a los segundos ocupantes como lo ha dejado claro la sentencia. Es decir, el opositor que no es segundo ocupante deberá demostrar la buena fe exenta de culpa, mientras que la persona que no tuvo injerencia alguna con el despojo o abandono forzado, el juez deberá tener una flexibilidad en la exigencia de la buena fe exenta de culpa en el proceso o inclusive no exigirla para tener derecho a compensación. Ahora bien, la Corte Constitucional en las conclusiones del fallo antes mencionado, deja ver que dicha flexibilidad o no exigencia de la buena fe exenta de culpa:

Solo cobija a los segundos ocupantes en situación de vulnerabilidad y que no tuvieron relación (ni directa ni indirecta) o abandono forzado del predio objeto de restitución. Luego entonces, dice textualmente el fallo, esta posibilidad no debe cobijar a quienes se encuentran en una situación ordinaria, o a quienes detentan poder económico, como empresarios o propietarios de tierras (Corte Constitucional, 2016).

Consideramos que, la condicionalidad a la norma impuesta por la corte y que les exige a los jueces ser más flexibles en la valoración de la buena fe exenta de culpa a los segundos ocupantes, es desproporcionada porque soólo se enfoca en personas con situación de vulnerabilidad o que no tienen capacidad económica. Cuando en realidad estos (los segundos ocupantes) no tuvieron nada que ver con los hechos o negocios jurídicos que dieron lugar al despojo o al abandono por parte de la víctima. Por lo anterior, deberían gozar de los mismos privilegios todos los segundos ocupantes, independientemente de su capacidad económica, en razón de que no originaron el desplazamiento forzado. Al respecto, reflexionamos que los jueces en la valoración probatoria y el uso de la sana crítica, deberán aplicar un estándar de prueba flexible con el ánimo de no ser injustos con quienes no hicieron parte del conflicto.

En el proceso de restitución de tierras, vemos a diario fallos en donde los segundos ocupantes no tienen derecho a compensación. Tal es el caso de la Sentencia del Tribunal Especializado en Restitución de Tierras de Cartagena. República de Colombia. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena. Sentencia Radicado No. 70001-31-21-003-2016-00018-00. Octubre 31 de 2018. M.P. Luz Myriam Reyes Casas. En donde:

El Comprador que presuntamente causó despojo adquirió un bien inmueble en mayo de 2000, diez años después en el mayo 2010 hipoteca el bien, cinco años más tarde el acreedor remató el inmueble en junio de 2015. El vendedor inicial reclama restitución y el tribunal decide restituir sin compensar al acreedor hipotecario que remató el bien, considerando que éste no fue diligente en revisar la fecha de adquisición del inmueble, lapso en el cual se presentaban hechos de violencia en la zona. En este caso, la valoración probatorio por parte del tribunal fue excesiva en la exigencia de la buena fe exenta de culpa, consideramos pertinente que el operador jurídico se realizara las siguientes preguntas: ¿Cuál era la probabilidad de la participación del acreedor hipotecario en el despojo si el negocio jurídico de hipoteca se realiza 10 años después de que el deudor adquiriera el bien? Prácticamente muy poca o ninguna. Con esa pregunta es posible aplicar una probabilidad prevalente en favor del segundo ocupante y otorgarle una compensación, situación que no ocurrió en el fallo, dejando al opositor de la demanda como una nueva víctima. Esta vez no del conflicto armado, sino de un proceso desequilibrado e injusto. Otro interrogante sería ¿cuál es la probabilidad de que el segundo ocupante pretendiera el inmueble si el negocio jurídico realizado fue una hipoteca como medio de garantía por el dinero prestado? La respuesta sería, muy poca probabilidad. Este par de interrogantes direccionan la probabilidad de que el acreedor hipotecario y luego propietario del inmueble objeto de restitución haya tenido una conducta enmarcada en la buena fe exenta de culpa.

Actualmente es “muy complejo que los terceros, en especial los segundos ocupantes que no guardan relación directa ni indirecta con el despojo o abandono forzado del propietario, poseedor u ocupante de los predios logren tener compensación en los fallos de restitución”. Tal como se demuestra en el informe de gestión 2017 de la Unidad Administrativa Especial de Restitución de Tierras Despojadas (Unidad Administrativa Especial de Restitución de Tierras Despojadas, s.f.), el cual señala que, en el Departamento de Sucre, al corte 2017 solo se han compensado a 4 terceros de buen fe; y en todo el país solo se han compensado a 56 terceros en todos los fallos judiciales de restitución de tierras, quienes lograron demostrar la buena fe exenta de culpa. Por todo lo anterior, consideramos que el proceso de restitución de tierras es demasiado exigente en cuanto a la demostración de la buena fe exenta de culpa por parte de los jueces a los segundos ocupantes que no han tenido relación (directa ni indirecta) con el despojo o abandono forzado del propietario, poseedor u ocupante, en razón de que estos no tienen nada que ver con el desplazamiento forzado. En este sentido, la valoración probatoria y el uso de la sana crítica, deberán utilizar un estándar de prueba flexible que les permita a los jueces ser más justo con los segundos ocupantes.

Conclusiones

En primer lugar las pruebas en los procesos judiciales tienen por fin llevar al conocimiento del juez, los hechos y circunstancias materia del juicio, y deberán cumplir con los requisitos de pertinencia, conducencia y utilidad. Por otra parte, los estándares de pruebas constituyen una herramienta legal para que el juez evalúe los criterios de convencimiento y valoración que le permitan conseguir la prueba de un hecho. También es claro que en Colombia se aplican estándares de pruebas como la probabilidad prevalente, más allá de toda duda razonable y el estándar de evidencia clara y convincente. Además, la ley 1448 de 2011 contiene una serie de privilegios dentro del proceso de restitución de tierras que desequilibran el proceso en favor de la víctima y con cargo a los opositores y segundos ocupantes. Y finalmente, para la Corte Constitucional, la exigencia de la buena fe exenta de culpa a los segundos ocupantes en su calidad de opositores, debe ser flexible o no solicitada, siempre y cuando éste no tenga capacidad económica, por lo que los jueces de restitución de tierras deberán atenuar las exigencias para demostrar esta conducta.

Referencias

- Azula, J. (2015). *Manual del derecho procesal. Tomo VI* . Bogotá : Pruebas Judiciales .
- Bernal, G., & Álvarez, N. (2009). *Aprendizaje significativo de la Ley de Justicia y Paz* .
- Congreso de la República . (31 de Agosto de 2004). *Ley 906. Código de procedimiento penal* . Bogotá , Colombia : Imprenta Nacional .
- Congreso de la República de Colombia . (10 de Junio de 2011). *Ley 1448 de 2011*. Bogotá , Colombia : Imprenta Nacional .
- Congreso de la República de Colombia . (s.f.). *Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural*. Obtenido de atención al ciudadano : <https://www.Minagricultura.Gov.Co/Atencion-Ciudadano/Preguntas-Frecuentes/Paginas/Restitucion-De-Tierras.aspx>
- Defensoría del Pueblo . (30 de Marzo de 2017). *Informe Especial de Riesgo*. Obtenido de “Violencia y amenazas contra líderes sociales y los defensores de Derechos Humanos”: <http://www.observatorioidetierras.org/wp-content/uploads/2017/05/Informe-especial-1%C3%8DDE-RES-30-03-17-1.pdf>
- Devis, E. (1996). *Compendio de Derecho Procesal* . Bogotá : Leyer .
- Hincapie, E., & Peinado, J. (2009). Tesis de pregrado . *El Sistema de valoración de la prueba denominado la sana crítica y su relación con el estándar más allá de la duda razonable, aplicado al proceso penal Colombiano* . Medellín , Colombia .
- Nisimblat, N. (2018). *Derecho Probatorio. Técnicas del juicio oral* . Bogotá : Doctrina y Ley .
- Ocampo, L., & Restrepo, J. (2018). *Universidad de Medellín*. Obtenido de El Estándar de Prueba en los procesos administrativos sancionatorios.: https://repository.udem.edu.co/bitstream/handle/11407/4984/T_MDPC_289.pdf?sequence=1&isAllowed=y
- Ocampo, L., & Restrepo, J. (s.f.). Op. .
- Osorio, M. (s.f.). *Periódico El Espectador* . Obtenido de Radiografía del asesinato de líderes rurales : <http://www.elespectador.com/noticias/politica/radiografia-del-asesinato-de-lideres-rurales-articulo-696669>

- Páez, A. (2018). *Umbral y prototipos: Introducción al debate en torno a los estándares de pruebas*. . Bahía Blanca : Ediuns .
- Parra, J. (2011). *Manual del Derecho Probatorio* . Bogotá: Librería Ediciones del Profesional .
- Reyes, S. (s.f.). *Cátedra de Cultura Jurídica* . Obtenido de http://www.catedradeculturajuridica.com/biblioteca/items/1613_A/Sebastian_Reyes_Molina.pdf
- Rivera, R. (2011). *La prueba: Un análisis racional y práctico*. . Madrid: Marcial Pons. .
- Rocha, A. (2013). *De la prueba en Derecho* . Bogotá: Ibañez.
- Roxin, C., & Otros. (2000). *Derecho Procesal Penal* . Buenos Aires : Editores del puerto .
- Suárez, J. (2011). Inferencia razonable, probabilidad de verdad y conocimiento más allá de toda duda razonable. *Revista de Derecho Principia Luris* , 324.
- Tarruffo, M. (2005). *Conocimientos científicos y estándares de la prueba judicial* . Obtenido de Boletín Mexicano de Derecho Comparado : <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=42711413>
- Taruffo, M. (1997). *Funzione de la prova; La Funzione Dimostrativa*. . *Revista Trimestrale di Diritto e Pcedura Civile* , 573.
- Taruffo, M. (2018). *La prueba, artículos y conferencias* . Santiago : Mongrafías Jurídicas Universitarias .
- Tirado, J. (2006). *Curso de pruebas judiciales. Parte general. Tomo I* . Bogotá : Doctrina y Ley .
- Unidad Administrativa Especial de Restitución de Tierras Despojadas . (s.f.). *Informe de Gestión* . Obtenido de <https://www.restituciondetierras.gov.co/documents/10184/698900/Informe+de+Gesti%C3%B3n+2017+Definitivo.pdf/21b930b5-5b6b-4c15-8b90-cd-4b91e1af67>