UNIVERSIDAD NACIONAL DE COLOMBIA

La restitución constitucional de tierras en contextos de conflicto: Experiencia de Colombia y Guatemala

Edward Francisco Alvarez Tafur

Universidad Nacional de Colombia

Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales

Bogotá D.C., Colombia

2014

La restitución constitucional de tierras en contextos de conflicto: Experiencia de Colombia y Guatemala

Edward Francisco Alvarez Tafur

Tesis o trabajo de investigación presentado como requisito parcial para optar al título de:

Magister en Derecho – Perfil Investigador

Director:

Dr. Iur Bernd Marquardt

Línea de investigación:

Constitucionalismo comparado y justicia transicional

Grupo de Investigación

Constitucionalismo Comparado

Universidad Nacional de Colombia
Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales
Bogotá D.C., Colombia
2014

Dedicatoria

A toda mi familia a quienes amo con todo el corazón. A mi esposa y compañera por su amor y apoyo en este proyecto, y por su puesto a aquel que me regala todos los días el milagro de la vida, quien me recuerda que la vida es más que un simple instante en la historia, y a quien profeso mi confianza y fe, a Jesucristo el hijo de Dios, al Espíritu Santo y a Dios padre.

Epígrafe

"*Pero el día en que ustedes ayunan, hacen negocios y explotan a sus obreros […] El ayuno que he escogido, ¿no es más bien romper las cadenas de injusticia y desatar las correas del yugo, poner en libertad a los oprimidos y romper toda atadura?. ¿No es acaso el ayuno compartir tu pan con el hambriento y dar refugio a los pobres sin techo, vestir al desnudo y no dejar de lado a tus semejantes?. Si así procedes, tu luz despuntará como la aurora, y al instante llegará tu sanidad. […] si te dedicas a ayudar a los hambrientos y a saciar la necesidad del desvalido […] El Señor te guiará siempre; te saciará en tierras frescas, y fortalecerá tus huesos. Serás como jardín bien regado, como manantial cuyas aguas no se agotan. Tu pueblo reconstruirá las ruinas antiguas y levantará los cimientos de antaño; serás llamado "reparador de muros destruidos", "restaurador de calles transitables*".

Isaías 58. Nueva Versión Internacional

Agradecimientos

Este trabajo fue el fruto de la inquietud personal y académica durante los últimos dos años. Sin duda nunca hubiera salido a la vida si no fuera por la generosidad de muchas personas. Por ello agradezco profundamente a mi director, el profesor BERND MARQUARDT, el tiempo que me convocó para apoyarle en sus clases de Teoría e Historia Constitucional y Sistemas de Derecho, me dio la oportunidad de entender el derecho desde una perspectiva histórica, analítica y sistémica. También agradezco a la Unidad de Restitución de Tierras la oportunidad de realizar una especie de pasantía académica para conocer con detalle la restitución de tierras en Colombia desde su cotidianidad. También destaco la amabilidad de CARLOS NASSAR quien fuera el delegado por la ONU para el seguimiento a los compromisos de los Acuerdos de Paz de Guatemala, su colaboración y sus explicaciones sobre la experiencia de Guatemala por video conferencia me permitió superar la rigidez de los textos y normas sobre el país centroamericano. No podría dejar por fuera a mi hermano y colega MAURICIO JOSÉ ÁLVAREZ, quien leyó y comentó en varias oportunidades los avances de esta investigación.

Por su puesto, a mi alma mater, la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Nacional de Colombia, por el tiempo como estudiante de derecho en pregrado y posgrado, y por el privilegio que me han brindado de contribuir con la formación de futuros colegas.

Resumen

Esta investigación estudia el fenómeno de la restitución de tierras en contextos de conflictos armados a partir de las categorías del constitucionalismo liberal y social, por lo cual plantea la necesidad de superar y complementar los enfoques desde los Derechos Humanos, la Justicia Transicional y el Desarrollo. Para ello acude a la Escuela Sociocultural y transnacional del derecho con el propósito de construir y sistematizar los valores del Constitucionalismo Social, para luego desde una metodología comparada identificar la pertinencia de estos valores en los procesos de restitución de tierras países con debilidades rurales estructurales como Colombia y Guatemala.

Palabras claves: Restitución de tierras y propiedades, reparación a víctimas, justicia transicional, constitucionalismo social, constitucionalismo liberal, Ley 1448 de 2011, despojo de tierras.

Abstract

This thesis analyzes the land restitution in context of armed conflicts since the concept of liberal constitutionalism and social constitutionalism, so that suggests overcome and complement the scopes and perspectives from Humans Rights, Transitional Justice and Development. This study uses the methodology of the Socio-Cultural and Transnational School of Law for identify the Social Constitutionalism values, and later, using a comparative methodology between Colombia and Guatemala, argues that the set of values from Social Constitutionalism are appropriate for the land restitution process in countries with historical and structural problem in rural areas.

Keywords: Land restitution, reparation to victims, transitional justice, social constitutionalism, liberal constitutionalism, Law 1448 of 2011, land dispossesses.

Contenido

Dedicatoria i
Epígrafe ii
Agradecimientos iii
Resumen iv
Lista de Tablas vii
Lista de Ilustraciones vii
Introducción 1
1. Los enfoques de la restitución de tierras y un convidado de piedra 10
1.1 La reparación como una garantía de los derechos humanos 11
1.2 Justicia transicional y restitución de tierras 14
1.3 Justicia Transicional Amplia 20
1.4 Justicia transicional y desarrollo 25
1.5 Estudios nacionales y comparados de restitución de tierras 27
2. El Constitucionalismo y la Restitución de Tierras: Aportes teóricos desde la dimensión social 41
2.1 El Constitucionalismo 42
2.2 El mundo individual, formal y abstracto del constitucionalismo liberal 47
2.2.1 Constitucionalismo liberal: elementos teórico-conceptuales. 48
2.2.2 Constitucionalismo liberal en América Latina. Los casos de Colombia y Guatemala 54
2.3 Constitucionalismo Social: Arqueología conceptual y aplicabilidad 58
2.3.1 Justificación teórico-histórica originaria 58
2.3.2 El desarrollo normativo originario del Constitucionalismo Social 65
2.3.3 Permanencia del Constitucionalismo Social en el restablecimiento del Estado Constitucional en Colombia y Guatemala. 74
2.3.4 Fortaleza del Constitucionalismo Social por medio de los derechos humanos 80
2.3.5 Fortaleza teórica contemporánea del Constitucionalismo Social 85
3. El conflicto despojador de tierras y el esfuerzo por la restitución 91
3.1 Contexto general del conflicto armado interno y el despojo de las tierras 91
3.2 La restitución de tierras en Guatemala 97
3.2.1 Acuerdos regionales y Acuerdos de Paz como marco orientador de la restitución de tierras 97
3.2.2 Estructura y operatividad legal de la restitución de tierras 104
3.3 La restitución de tierras en Colombia 109

3.3.1 El desplazamiento forzoso y la preocupación por las tierras 109
3.3.2 La Ley de víctimas y restitución de tierras.....113
4. Conclusiones y recomendaciones.....122
Bibliografía.....125
Fuentes primarias.....125
Fuentes secundarias.....132
Anexos.....144

Lista de tablas

Tabla 1. Evaluación analítica de los enfoques sobre la restitución de tierras.....39
Tabla 2. Constitucionalismo Social originario en Colombia.....67
Tabla 3. Constitucionalismo Social originario en Guatemala.....68
Tabla 4. Constitucionalismo Social en la legislación agraria de Colombia y Guatemala 73
Tabla 5. Constitucionalismo Social en las constituciones actuales de Guatemala y Colombia ..77
Tabla 6. Reconocimiento de los derechos sociales en el derecho internacional.....81
Tabla 7. La propiedad en el derecho internacional de los derechos humanos.....82
Tabla 8. Principales tratados internacionales ratificados por Colombia y Guatemala 85
Tabla 9. Elementos estructurales y comparativos del constitucionalismo liberal y social.....88
Tabla 10. Evaluación comparada del Constitucionalismo Social en la restitución de tierras en Colombia y Guatemala.....121

Lista de ilustraciones

Ilustración 1. Colombia y Guatemala. Ubicación geográfica.....91
Ilustración 2. Colombia. Esquema general de la restitución de tierras.....115
Ilustración 3. Línea de tiempo general de Guatemala 144
Ilustración 4. Línea de tiempo general de Colombia 145

Introducción

La restitución de las tierras que fueron usurpadas durante épocas de conflicto armado, es un tema vigente que ha sido motivo de preocupación en los países que después de superar dictaduras o conflictos armados internos, se encontraron ante una situación aguda de desplazamientos forzados de población y de refugiados, especialmente provenientes de zonas rurales. Diseñar programas de restitución de tierras, como una medida de reparación a las víctimas y como una política contra la impunidad por las usurpaciones y la ilegalidad del mercado de tierras, exige considerar las condiciones particulares de las personas que participarían en el proceso.

Las medidas de restitución de tierras pueden responder a diversos enfoques, los cuales van desde la justicia transicional, los derechos humanos, el desarrollo, e incluso enfoques del derecho civil, sin embargo, existe un olvido del enfoque del constitucionalismo, por lo cual esta disertación pretende abordar dichas medidas desde la reconstrucción, vigencia y fortaleza teórica del Constitucionalismo Social. Por ello, esta investigación pretende evaluar y determinar la pertinencia del Constitucionalismo Liberal expresado en los valores del individualismo, las libertades civiles y políticas, la igualdad formal, la función privada y absoluta de la propiedad y la justicia correctiva, y el Constitucionalismo Social expresado en la dimensión social del ser humano, los derechos sociales, la igualdad material, la función social de la propiedad y la justicia distributiva en los procesos de restitución de tierras en contextos de conflictos y de marginalidad histórica en Colombia y Guatemala.

La hipótesis que se intentará verificar, a partir de la reconstrucción analítica de los criterios cualitativos de la categoría Constitucionalismo Social y el posterior estudio comparado entre la experiencia de Guatemala y Colombia, es que la inclusión de los valores sociales del constitucionalismo en las medidas de restitución de tierras son más acordes y garantistas frente al restablecimiento de los derechos integrales de la población rural víctima, en tanto que una restitución liberal dificulta las posibilidades de reparar en clave de restitución a las víctimas.

Ahora, se aclara que el objeto nuclear de esta investigación es la restitución de tierras aplicada en contextos de conflicto armado, pero no la revisión o estudio detallado de los conflictos, en particular de los conflictos armados internos de Colombia y Guatemala. Por ello, antes que una descripción minuciosa de la historia del conflicto en estos países se identifican las líneas comunes y generales que permiten acercarse a la restitución de tierras.

La ruta metodológica utilizada durante esta investigación se puede describir desde lo teórico conceptual y desde lo técnico. En el primer caso, se sigue principalmente la propuesta por BENRD MARQUARDT desde la Escuela sociocultural y transnacional de la historia del derecho (Marquardt, 2011a, pág. 3 y ss), según la cual la reconstrucción del constitucionalismo abarca integralmente los métodos propios de la historia del derecho, conjuntamente aplicado con métodos de análisis amplios y comparados de transformaciones sociales, que implican la superación del enfoque normativo, así como la revisión de las fuentes primarias contenidas en textos constitucionales, leyes y decretos, pero también en normas de derecho internacional y pronunciamientos judiciales de las cortes locales, supremas e incluso de sistemas internacionales. Desde lo técnico la investigación acude al uso de herramientas informáticas para la investigación científica, tales como Excel en la homogenización de las categorías de análisis, Microsoft Visio en la construcción de líneas de tiempo de Colombia y Guatemala, y el software ZOTERO para la sistematización de la bibliografía revisada, la construcción de reseñas y la integración cualitativa de las categorías analíticas entre textos. Este proceso metodológico permite la reconstrucción de perfil de los valores propios del constitucionalismo.

Por lo tanto, a partir del anterior marco metodológico, esta investigación –principalmente en su segundo capítulo– reconstruirá el perfil específico del Constitucionalismo Social, –con un énfasis especial en los casos de Colombia y Guatemala–, para lo cual se acudirá a elementos de tipo teórico conceptual, histórico contextual, histórico normativo del derecho constitucional y del derecho agrario, también a textos constitucionales actuales y al derecho internacional de los derechos humanos. El resultado será la identificación de un cúmulo de valores propios del Constitucionalismo Social, en particular del ámbito agrario, los cuales permitirán a partir de una metodología comprada, realizar una evaluación analítica de la restitución de tierras en Colombia y Guatemala.

Este propósito investigativo reconstructivo y comparativo se justifica porque el despojo de tierras no ha sido exclusivo de un solo país latinoamericano, sino que ha sido un fenómeno relativamente común, por lo cual se considera oportuno e innovador adelantar un análisis comparado de la restitución de tierras en contextos transicionales[1], especialmente en el caso de Guatemala y Colombia, por las siguientes razones que se mencionan a continuación[2]:

Primero, porque Colombia y Guatemala comparten las transformaciones generales dentro de las olas constitucionales propias de América Latina. Así, dichos países incluyen conjuntamente para la primera y segunda fase del constitucionalismo valores propiamente liberales e ilustrados, con un enfoque en la separación de poderes, garantías judiciales, individualismo, libertades negativas, derechos universales como la libertad, la igualdad formal, la propiedad privada y la justicia correctiva, valores que surgen como una medida de protección ante el abuso del Estado.

Segundo, porque coinciden en la inclusión de valores sociales en sus constituciones en la cuarta fase del constitucionalismo latinoamericano. Así, en Guatemala la Constitución de 1945 se dedicó al "*fin primordial de asegurar a sus habitantes el goce de la libertad, la cultura, el bienestar económico y la justicia social*" (art. 23), constitucionalizó los derechos sociales, reconoció la propiedad privada sometida a una función social, lo cual acompañó con la prohibición de latifundios[3], sentando así las bases para la reforma agraria social. En Colombia, después del triunfo del partido liberal[4] en 1930, se adelanta una reforma constitucional, la cual materialmente establece un nuevo tipo

---

1 La categoría de contextos transicionales no es usada para referirse a la teoría y la dogmática de la justicia transicional, sino al cambio de régimen anticonstitucional a uno constitucional y democrático.

2 Sería posible incluir otros países, pero tendría que considerarse otros elementos, por ejemplo, en países como Argentina y Chile el conflicto se desarrolló con mayor fuerza en las áreas urbanas. Por ejemplo en Chile durante la presidencia de EDUARDO FREI se determinó reparar a los campesinos que perdieron las tierras asignadas durante la reforma agraria, no con la recuperación ni con la compensación de las tierras, sino con una pensión mensual (De Greiff, 2005, págs. 181, 182). En Bolivia la restitución se da en la década de los cincuenta con el fin de devolver tierras de comunidades indígenas usurpadas bajo lógicas de reforma agraria liberal de inicios de siglo XX (Jemio-Ergueta, 1973, págs. 29, 30), y la Ley de Resarcimiento a Víctimas de Violencia Política de 2004 no incluyó los expolios ni las evicciones, y finalmente, por la extensión y alcance real de esta investigación.

3 Sobre el inicio del Constitucionalismo Social en Guatemala, Ordóñez Cifuentes argumenta que su influencia provino de la Constitución Mexicana de 1917 y de la Constitución de Weimar de 1919. Al respecto ver: (Ordoñez Cifuentes, 2000). Ver también: (Torre Villar & García Laguardia, 1976, pág. 247)

4 Como lo afirma MARQUARDT se trató de un partido con un fuerte enfoque socialdemócrata (Marquardt, 2011b, pág. 101).

de constitución a través de: protecciones al trabajador, asistencia pública, educación gratuita, y la cláusula según la cual "*la propiedad tiene una función social que implica obligaciones*".

Tercero, en materia de tenencia de la tierra, tanto Colombia como Guatemala implantaron reformas a la función privada de la propiedad y con ella un régimen especial para la ruralidad, materializado en la Ley 200 de 1936 en Colombia, y el Decreto No. 900 de 1952 o Ley de Reforma Agraria en Guatemala[5]. Este tipo de normas se dirigían a garantizar un acceso básico a la tierra por parte del campesinado, la explotación económica de la tierra y mejorar el nivel de vida de la población rural.

En cuarto lugar, Colombia y Guatemala coinciden en haber sufrido periodos de dictaduras que restringieron, y en algunos casos eliminaron los nuevos valores sociales, lo cual de manera paralela o posterior se tradujo en una amplia vulneración de los derechos de las personas. Colombia con LAUREANO GÓMEZ, MARIANO OSPINA PÉREZ y GUSTAVO ROJAS PINILLAS[6], y Guatemala con el golpe de estado en 1954 que derrocó al gobierno de JACOBO ARBENZ, así como los posteriores regímenes opresores y militares de ROMERO LUCAS GARCÍA y de EFRAÍN RÍOS MONTT.

En quinto lugar, ambos países pasaron por un periodo fuerte de conflicto armado interno cuyo principal escenario de violencia fue la ruralidad, dejando como mayores víctimas a su población campesina e indígena[7], esto llevó a un fenómeno masivo de desplazamiento forzado interno y a consiguientes despojos y abandonos de propiedades. Particularmente, en Colombia y Guatemala, proporcionalmente, el 11% de la población fue víctima del conflicto armado.

En sexto lugar, y como resultado de la exclusión y restricción del espacio político en los años 60s y 70s surgieron guerrillas dirigidas a defender los valores sociales tales como distribución

---

5 En el caso de Colombia también se expidió la Ley 100 de 1944, Ley 135 de 1961, Ley 1 de 1968, Ley 4 de 1973, entre otras. Por su parte en Guatemala se expidió el Decreto número 1551 de 1962 o Ley de Transformación Agraria. Si bien no es dable generalizar, pues algunas de dichas normas se constituyen en una respuesta paliativa del Estado a la reivindicación de movimientos campesinos de desposeídos.

6 Si bien existe discusión sobre el perfil político de los gobiernos presidenciales mencionados, el historiador del derecho BERND MARQUARDT sostiene que en Colombia, en el periodo de 1949 a 1990 se presentó una "degeneración del Estado Constitucional", categorizando los años de 1949 a 1953 como una clara dictadura civil de derecha. *Cfr.* (Marquardt, 2011d)

7 No se pretende desconocer que movimientos estudiantiles, obreros, sindicales de tipo urbano también fueron victimizados.

de la tierra[8]. En Colombia las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia, el Ejército de Liberación Nacional, el Quintin Lame, Ejército Popular de Liberación, y el Partido Revolucionario de los trabajadores[9]. En Guatemala existieron varios grupos, pero se destaca el Ejército Guerrillero de los Pobres, el Movimiento Revolucionario de 13 de noviembre y la Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca – URNG. Sin embargo, comparativamente el conflicto interno ha tenido un mayor alcance y duración en Colombia que en Guatemala. En el país Centroamericano fueron 36 años de conflicto, mientras que en Colombia, el conflicto se desató hace más de 50 años y para la fecha de esta disertación, aún no ha finalizado formalmente.

En el séptimo lugar, la formación de grupos paramilitares fue una estrategia utilizada por las fuerzas regulares como una forma de hacer la guerra por fuera de los estándares del Derecho Internacional Humanitario, para así alcanzar la victoria militar sobre los insurgentes. En Guatemala se conformaron las Patrullas de Autodefensa Civil (PAC)[10]. En el mismo sentido, en Colombia se conformaron grupos paramilitares y de autodefensa.

Octavo, ambos países restablecieron, al menos normativamente el Estado Constitucional. Guatemala en 1985 y Colombia en 1991, a través textos que nuevamente reconocieron garantías del Constitucionalismo Social, aunque con algunos perfiles específicos, por lo menos en el caso de Guatemala donde la función social de la propiedad no fue incluida explícitamente en su texto constitucional.

Noveno, los textos constitucionales introducen la figura del bloque de constitucionalidad, y se reconoce un valor normativo a los textos internacionales de derechos humanos, ya no como tratados ratificados por los Estados, sino como normas vinculantes en el ordenamiento interno.

---

8 *Cfr.* (Armon, Wilson, Palma Murga, & et al., 1997, pág. 24) *y* (Marquardt, 2011b, pág. 135)

9 Hoy en día sólo los dos primeros existen y continúan en la ilegalidad.

10 También es posible referenciar el Movimiento Anticomunista Nacional Organizado (MANO), la Nueva Organización Anticomunista (NOA) y los conocidos Escuadrones de la Muerte.

Y por último, como una forma de enfrentar el fenómeno de los refugiados y el desplazamiento forzado masivo, y atender la presión internacional, se implementan medidas para recuperar la propiedad usurpada y así permitir el retorno voluntario de las víctimas a sus lugares de origen.

Las razones expuestas, no pretenden desconocer las diferencias entre la situación de Colombia y Guatemala, de las cuales se puede resaltar: i) La población indígena de Guatemala es del 60% de cerca de 15.5 millones de habitantes, y la mayoría vive en la ruralidad, mientras que en Colombia la población indígena es del 3,4%, y la afrodescendiente del 10,6%[11], lo cual no suma más de 14%. Por lo tanto, mientras en Colombia es relativamente viable distinguir el campesinado de la población indígena y afrodescendiente, en Guatemala tal distinción no opera adecuadamente[12]. ii) El restablecimiento del Estado Constitucional en Colombia con la Constitución Política de 1991 incluyó explícitamente la categoría de Estado social, mientras que la Constitución guatemalteca de 1985 si bien no lo incluyó explícitamente, si se expresa en términos de la "*primacía de la persona humana como sujeto y fin del orden social*", del "*Estado como responsable del bien común*"[13], y de la *"Justicia Social"* como principio del orden económico y social. iii) la aplicación de las medidas formales de restitución de tierras en Guatemala se dio una vez finalizado el conflicto armado a través de los Acuerdos de Paz de 1996, en el caso de Colombia, decidió implementar la figura en medio del conflicto, aunque en zonas relativamente pacificadas[14].

A pesar de las diferencias señaladas, son más las coincidencias estructurales entre Guatemala y Colombia en materia de restitución de tierras, las cuales permiten y justifican el esfuerzo por

---

11 Datos a partir del censo de 2005.

12 Según algunos autores, la aún marcada diferenciación de etnias y razas viene desde la colonia con un sistema rígido de separación y control poblacional, *Cfr.* (Mauro & Merlet, 2003, pág. 10)

13 Se debe recordar que el principio de Estado Social es funcional para la interpretación de los derechos sociales, pero en términos generales se trata de un principio no generalizado en las constituciones de América Latina (Escobar Roca, 2013, pág. 1).

14 En Colombia es intenso el debate sobre la existencia o no del conflicto armado interno puesto que la guerrilla de la FARC y el ELN aún no se ha desmovilizado. Sin embargo, estos grupos parecen haber perdido su enfoque social y ahora se relacionan con actividades de narcotráfico y terrorismo. Así que, si bien no existía un cese pleno de las actividades militares, el Estado colombiano decidió aplicar medidas de restitución de tierras a las víctimas. Por ejemplo, Garay afirma que: "*[E]n los años ochenta y más claramente en los noventa, las guerrillas (especialmente las FARC) comenzaron a concretar cada vez más con intereses puramente nacotraficantes, ante el hecho de que para el narcotráfico la mejor situación para la reproducción de su capital y poder territorial era el caos, el desorden, el conflicto y las múltiples formas de violencia organizada […] Lo anterior dio lugar al fenómeno ya conocido de la Narco-Para-Política, la Narco-Farc-Política y la Narco-Eln-Política*" (Garay Salamanca, 2012, págs. 28, 29)

compararlas desde el Constitucionalismo Social[15]. Así mismo, dado que la restitución de tierras se da en dos contextos. Primero, cuando el constitucionalismo de cada país [Guatemala y Colombia] ya había incorporado valores sociales y, segundo cuando cada país había restablecido el Estado Constitucional; se puede afirmar que las medidas de restitución de tierras deben responder a los valores vigentes del constitucionalismo, y ello permite justificar el esfuerzo por evaluar los valores constitucionales aplicados en la restitución de tierras.

Para lograr tal cometido, esta disertación se dividirá en cuatro capítulos. El primer capítulo aborda los estudios y los principales análisis académicos sobre la restitución de tierras a partir de dos líneas: Las teóricas y las nacionales junto con las comparadas. En la línea teórica se revisa la concepción de la restitución como un derecho de las víctimas desde el marco de los derechos humanos; la restitución como una medida para superar un conflicto presente en los enfoques de la justicia transicional, pero también la restitución como una medida que requiere ser acompañada de otro tipo de políticas en lo que se conoce como justicia transicional amplia. Así mismo, el enfoque de la justicia transicional y su articulación con el desarrollo. En la línea nacional y comparada se evidencia que no existen estudios comparados que partan desde una propuesta teórica analítica integral, sino que se limitan a descripciones normativas, lo que demuestra la necesidad de concebir la recuperación de la propiedad de las tierras desde el marco del Constitucionalismo Social.

El segundo capítulo, a partir de la metodología para la reconstrucción del constitucionalismo, se argumenta que el Constitucionalismo Social es un marco teórico-analítico válido y comprensivo para la estructuración de un proceso de restitución de tierras. Para ello, se defiende una visión amplia y comprensiva del constitucionalismo como un conjunto de valores que no se restringe al texto positivo. Luego se sistematiza el sistema principal de valores del constitucionalismo de tipo liberal, a partir de la idea de individualismo, las libertades civiles y políticas, la igualdad formal, la justicia correctiva, y la función privada de la propiedad. En la tercera parte de este capítulo, se realiza la labor reconstructiva el Constitucionalismo Social considerando el panorama contextual originario que dio lugar a la superación del

---

[15] En un reciente estudio que realizó la Universidad de Harvard para la Unidad de Atención y Reparación a las Víctimas en Colombia, en el cual estudió las políticas de reparación de víctimas en 31 países entre 1970 y 2013, encontró que los casos de Guatemala, Indonesia, Perú, Sudáfrica y Marruecos son los que más se acercan a la experiencia colombiana y por lo tanto es posible compararlos. *Cfr* (Semana.com, 2014)

individualismo exacerbado, a la reivindicación de la dimensión social de la persona, al reconocimiento de las condiciones de desigualdad y la defensa de una política compensatoria de las desventajas objetivas de la población rural, la cual se reconocerá y desarrollará en las normas constitucionales y agrarias, pero también en las constituciones que restablecieron el Estado Constitucional en Colombia y Guatemala, así como en el derecho internacional de los derechos humanos. Durante esta revisión se identifican los criterios cualitativos sociales del constitucionalismo.

El tercer capítulo inicia con una una caracterización general del conflicto en Guatemala y Colombia, explicitando la forma como operó la usurpación de las tierras de los campesinos e indígenas, y el rol de las entidades administrativas que facilitaron la vulneración de los derechos sobre la tierra.

Luego desarrolla en cada país el funcionamiento y la estructuración política y normativa de la restitución de tierras. En el caso de Guatemala se valoran los elementos contenidos en los acuerdos regionales sobre la situación de los refugiados, desplazados y repatriados, y en los Acuerdos de Paz que dieron fin al conflicto armado, y posteriormente se analizan las normas internas que implementaron la restitución de tierras y las medidas complementarias. Por su parte, en cuanto a Colombia se revisa la estructuración jurídica reconocida a la restitución de tierras de la población desplazada especialmente desde la jurisprudencia de la Corte Constitucional, y seguidamente, la implementación de un mecanismo especial para la restitución de tierras a través de la Ley 1448 de 2011. Ambas experiencias se evalúan a la luz de los criterios cualitativos del Constitucionalismo Social.

En el cuarto capítulo, se presentan las conclusiones y las recomendaciones derivadas de la investigación, destacando que es posible defender la vigencia de Constitucionalismo Social y la necesidad de articular sus valores a las medidas de restitución de tierras en escenarios de conflicto, toda vez que este cúmulo de valores es coherente y apropiado para superar las condiciones de vulnerabilidad de los campesinos e indígenas víctimas de despojo y garantizar una restitución efectiva de sus tierras. Así mismo, se formulan recomendaciones específicas para Guatemala en materia de inclusión y reconocimiento del derecho internacional de los derechos humanos y de modificar o expedir una ley especial para la restitución de tierras. Para

Colombia, las recomendaciones se orientan a implementar medidas distributivas de la tenencia de la tierra para garantizar una reparación amplia de las víctimas desposeídas, y la consolidación y finalización del conflicto armado para implementar plenamente la restitución de tierras en el país.

1. Los enfoques de la restitución de tierras y un convidado de piedra

Este capítulo pretende abordar de manera sistemática los estudios y los análisis existentes sobre la restitución de tierras en escenarios de conflicto, en los cuales abundan enfoques de derechos humanos, y particularmente, civiles y políticos, de la justicia transicional, estudios nacionales aislados y otros comparados, principalmente descriptivos.

En primer lugar, hay que señalar que la restitución de tierras, como una posibilidad de recuperar el derecho a la propiedad sobre un inmueble no es novedosa en el Derecho. El clásico derecho civil, con su perfil de defensa absoluta de la propiedad privada, reconoció acciones legales como la reivindicatoria, las acciones posesorias, la acción publiciana y policivas. También el derecho penal sanciona las afectaciones de la tierra, en algunos códigos criminales se tipifica la usurpación de la propiedad. Estas disposiciones se consideran funcionales en un contexto normal de vulneraciones, pero ante violaciones generalizadas y sistemáticas, los mecanismos ordinarios no parecen ser los más útiles, en especial, porque dada la duración de los conflictos, el desplazamiento tiende a ser prolongado y esto facilita la prescripción de las acciones ordinarias y penales de defensa. Por esta razón, los estudios en la materia no reivindican mecanismos ordinarios de recuperación del derecho de dominio o posesorios, sino que en efecto, procuran establecer mecanismos particulares para atender las demandas de la población desplazada y refugiada frente al restablecimiento de sus bienes.

Por otra parte, estudios sistemáticos sobre restitución de tierras no son abundantes. De hecho, investigaciones sobre la categoría amplia de la reparación son menores, y lo son aún más los estudios sobre restitución, claramente porque la restitución se entiende como una medida de la reparación[16].

---

[16] Al respecto DE GREIFF afirma que: "*resulta sorprendente que la [reparación] haya contado con un grado de atención significativamente menor que el otorgado a otros mecanismos de la justicia transicional. Hay pocos estudios en profundidad acerca de la reparación, y, aún menos, análisis comparativos sistemáticos de las diferentes medidas de reparación establecidas por un número considerable de países durante un periodo de posconflicto o de transición democrática*" (De Greiff, 2005, pág. 153). También la investigadora y profesora en derechos humanos BERNADETTE ATUAHENE advierte la carencia de estudios sobre la propiedad en los procesos de transición en comparación con estudios sobre la responsabilidad penal, al respecto afirma que: "*Despite the important experiences of nations in Eastern Europe and Southern Africa, Iraq, and Rwanda […], the transitional justice literature on how to address past property rights violations is significantly less developed*" (Atuahene, 2010, pág. 68).

Así que este capítulo abordará la bibliografía desarrollada desde los planteamientos teóricos de los derechos humanos, la justicia transicional, así como enfoques particulares de la justicia transicional que defienden la superación del paradigma liberal de la justicia transicional, la cual llamaré justicia transicional amplia, también los estudios sobre justicia transicional y desarrollo, y finalmente, los estudios nacionales y comparados sobre restitución de tierras.

1.1 La reparación como una garantía de los derechos humanos

Los estudios más generales sobre la reparación convergen en la defensa de esta figura como parte de la tríada de los derechos de las víctimas –verdad, justicia y reparación–. Claramente el derecho a la justicia, la verdad y la reparación no son derechos originarios ni propios de la justicia transicional[17], pues surgieron del desarrollo y consolidación de los sistemas regionales y universales de derechos humanos.

Desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos se defiende que las violaciones a la obligación de respeto, protección y garantía de los derechos humanos son contrarias a todo estado de impunidad, de ahí que es deber de los Estados investigar, identificar, juzgar y sancionar a los perpetradores de dichas violaciones. Consecuentemente, los daños causados por dichas violaciones deben ser reparados.

Esta posición ha sido fortalecida con la promulgación de algunas declaraciones o principios como el "*Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad*"[18], también los "*Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*"[19].

---

[17] Las primeras experiencias de justicia transicional se concentraron en el rediseño institucional y funcionamiento del Estado, incluso a partir de amnistías e indultos. Así mismo, el concepto de justicia transicional apenas si se estructura a partir del fin de los conflictos desde mediados del siglo XX.

[18] Comisión de Derechos Humanos, & Joinet, L. La cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (civiles y políticos), Pub. L. No. Distr. General E/CN. 4/Sub. 2/1997/20/Rev.1 2 (1997). Recuperado el 20 de Marzo de 2012, de http://www.derechos.org/nizkor/doc/joinete.html

[19] Asamblea General, & Van Boven, T. Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones, Pub. L. No. A/RES/60/147 (2005).

El sistema regional americano sostiene que la reparación integral comprende la justicia, la verdad y la reparación, medidas que están incluidas en el artículo 18 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre[20], el artículo 1, 2 y 63 de la Convención Americana de Derechos Humanos[21] –Convención–. Esta dogmática de la reparación integral desde los derechos humanos ha sido particularmente promovida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Así, el principio de reparación integral se abordó en el caso Velásquez Rodríguez[22], el derecho a la verdad se analizó en el caso Myrna Mank[23], y en cuanto al derecho a la justicia, en el caso Tibi[24] se afirma que este derecho incluye, por un lado el deber de adelantar investigaciones serias y sancionar a los perpetradores de dichas violaciones (Cuervo, 2006, págs. 129, 130). También en el caso Lori Berenson se reconoció que "*es un principio de Derecho Internacional que toda violación de una obligación internacional que haya producido un daño comporta el deber de repararlo adecuadamente*"[25].

Por lo tanto, desde los Derechos Humanos la reparación es la consecuencia lógica de la afectación de un derecho humano, y por ello se insiste y se reitera que las víctimas deben ser reparadas, y dicha reparación ha de ser integral conforme al marco de los derechos humanos (Bolívar Jaime, 2009, pág. 88). Se trata de un enfoque válido y oportuno para justificar y legitimar la reparación y a la postre la restitución como una garantía de la recuperación del estado previo a la afectación, como la recuperación de la libertad, del empleo, de la propiedad sobre los bienes, de la familia, entre otras. Por ende, la reparación y la restitución es vista como un derecho exigible en cualquier tiempo y particularmente en las transiciones.

---

20 Artículo XVIII: "*Toda persona tiene el deber de obedecer a la Ley y demás mandamientos legítimos de las autoridades de su país y de aquél en que se encuentre*".

21 El artículo 1 consagra la obligación de respetar los derechos, el artículo 2 el deber de adoptar disposiciones de derecho interno y el 63 las facultades de la Corte para garantizar a la víctima el goce del derecho o libertad afectado.

22 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Velásquez Rodríguez (June 29, 1988). Párrafo 166. Recuperado el 20 de Abril de 2014, de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf

23 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala (November 25, 2003). Recuperado el 20 de Abril de 2014, de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_101_esp.doc

24 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Tibi Vs. Ecuador (July 9, 2004). Recuperado el 20 de Mayo de 2014, de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_esp.pdf

25 Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Lori Berenson Mejía (November 25, 2004). Recuperado el 30 de Junio de 2014, de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_119_esp.pdf

Este es quizás un punto común en gran parte de las investigaciones sobre el tema, pero, justamente por ser común se limita a formular descripciones generales del alcance y los elementos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, obviando un mayor análisis de la restitución de tierras en su aspecto sustantivo y adjetivo. Adicionalmente, esta perspectiva ha construido sus reflexiones principalmente desde el referente de los derechos humanos civiles y políticos, relegando de alguna manera los derechos humanos económicos y sociales.

Un elemento adicional de esta dogmática de las normas internacionales de derechos humanos es la inclusión de la cláusula pro-homine. Según esta cláusula en los casos de diferencias entre una norma del nivel interno y una norma del nivel internacional, o entre normas de igual nivel, el intérprete debe escoger la que más garantice el goce de los derechos. Esta regla de hermenéutica es sin duda importante para la mayor garantía de los derechos, y en particular, para la restitución. Sin embargo, esta regla se limita a resolver una tensión entre normas, y en sí misma no defiende un principio axiológico de protección al más débil.

Otra dimensión del enfoque de derechos humanos sostiene que la violación a los derechos humanos conlleva a la generación de un daño económico directo sobre la víctima, el cual debe ser reparado (Dulitzky, 2008, págs. 7, 8). Por ejemplo, según los datos de la Segunda Encuesta Nacional de Verificación para la situación de desplazamiento forzado en Colombia realizada en el 2008, "*no todo campesino era pobre antes del desplazamiento: […], aproximadamente el 51% era pobre antes del desplazamiento, y el niel de indigencia era del 31%; pero ocurre que con el proceso de desplazamiento y de victimización, hoy en día los hogares desplazados padecen un nivel de pobreza del 97& y de indigencia del 78%"* (Garay Salamanca, 2012, pág. 23). Esta posición se soporta en el reconocimiento del daño emergente, lucro cesante y del daño a la vida en relación, reconocida en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (Bailliet, 2003, pág. 195).

Esta consideración en relación a la afectación económica y al empobrecimiento generado por las múltiples afectaciones a los derechos humanos es claramente central para reparar las consecuencias de la violación. Sin embargo, qué ocurre con aquellas personas que antes de la violación no contaban con un capital económico y productivo más allá de la mera subsistencia y se encontraba en condiciones de mera pobreza, podría la reparación, que se estructura a partir del título del daño, corregir la pobreza y marginalización histórica? Aquella población

que se encontraba en condiciones de extrema pobreza y marginalidad antes de la victimización no podría ser reparada, más allá del daño específico generado por la violencia. En otras palabras, la vulneración histórica de los derechos sociales de la población difícilmente sería reconocida en un proceso de violación de derechos humanos. En cambio, dicha vulneración histórica, en la medida que afecta el núcleo esencial de los derechos sociales en clave de la dignidad humana, si puede ser superada por medio de la fortaleza y vigencia del Constitucionalismo Social a partir del principio de solidaridad. Por ello, incluso la reparación por violaciones a los derechos humanos se vería limitada en términos de la superación de la violencia económica histórica sobre la población.

1.2 Justicia transicional y restitución de tierras

La justicia transicional es un concepto reciente que surge de las experiencias de superación de conflictos o dictaduras de la segunda mitad del siglo XX, por lo tanto, como formulación teórica está en desarrollo y consolidación. Así que para una mejor comprensión, es necesario abordar sumariamente su desarrollo.

Luego de superar las dictaduras, las guerras civiles y los conflictos de baja intensidad, los Estados –particularmente en América Latina– procuraron el restablecimiento del Estado constitucional, la mayoría a partir de medidas –en algunos casos intuitivas–, de justicia transicional, tales como amnistías o juicios criminales contra los responsables de las violaciones a derechos humanos, comisiones de verdad, y algunos programas de reparación.

Las transiciones democráticas y estatales desde los años 80s, ha constituido un tema importante de la investigación académica en los últimos lustros. La experiencia de América Latina, Europa, África, entre otros, ha generado al menos dos enfoques transicionales, que surgen con una diferencia temporal. El primero que podría denominarse "estatalista", surgió en las transiciones antes de la década de los noventa, y versó sobre la pregunta de ¿cómo mejorar la institucionalidad estatal y constitucional del Estado?. Su preocupación fue la ingeniería constitucional –separación de podres, limitaciones al ejecutivo y fuerzas armadas,

controles al Estado de sitio, y justicia y prevalencia constitucional– y no la reparación y restablecimiento de los derechos vulnerados durante el conflicto y la dictadura[26].

El segundo enfoque transicional, que se puede denominar de "punibilidad y derechos" se ha desarrollado desde los años 90s del siglo XX y sigue presente. Este enfoque comprende dos momentos. En el primero, la ingeniería estatal pasó a un segundo plano, y ahora el interés recayó sobre la responsabilidad penal de los perpetradores de las violaciones de derechos humanos, y en el segundo, se aborda el reconocimiento y reparación de derechos de las personas víctimas de un conflicto armado o una dictadura[27].

Los anteriores enfoques sobre la transición podrían tener tres explicaciones: La primera, hace referencia a que durante gran parte del siglo XIX y XX la teoría constitucional se centró en la estabilidad institucional y la soberanía del Estado como una forma de restringir la volatilidad del radicalismo democrático; en últimas se trataba de diseñar el mejor modelo de la estatalidad[28]. La segunda, se orienta a que si bien los textos constitucionales incluían un catálogo de derechos fundamentales, conforme al principio de soberanía parlamentaria se entendía que la definición, contenido, alcance y vinculatoriedad de los mismos dependían del desarrollo legislativo[29], es por eso que no existía una clara conciencia de la eficacia directa de los derechos constitucionales. Finalmente, según la tercera explicación, si bien el reconocimiento en el nivel internacional de los derechos humanos tuvo un particularmente

---

[26] Un ejemplo claro de este enfoque del constitucionalismo del siglo XX se encuentra en un estudio de ALCANTARA SAENZ denominado "*Las transiciones a la democracia en España, América Latina y Europa Oriental. Elementos de aproximación a un estudio comparativo*", en el que se refleja un profundo interés por cómo fue la reconstrucción de los estados luego de la transición, dejando en un punto marginal la defensa y protección de los derechos humanos (Alcántara Sáez, 1992).

[27] Las transiciones previas a la década del noventa se fundamentaron en amnistías generalizadas, pero con la expedición de normas sobre derechos humanos y derecho internacional humanitario, y con la entrada en vigencia del sistema interamericano de derechos humanos desde los años 80s, se ha restringido las amnistías sobre violaciones a los derechos humanos y graves crímenes contra la humanidad, de tal manera que se han exigido declaraciones de responsabilidad y sanciones para los victimarios. Sin embargo, aún hay casos de rampante impunidad. Al respecto ver. (Cassel, 2007), (Arenas Meza, 2010).

[28] Para la explicación de los cambios en los enfoques de la teoría constitucional entre el siglo XIX y XX ver: (García Villegas, Jaramillo P., Rodríguez Villabona, & Uprimny Yepes, 2012, pág. 9 yss)

[29] Existe un cierto consenso de los historiadores y filósofos del derecho según el cual, los textos constitucionales desde la corriente francesa, se entendían como declaraciones o pactos políticos cuyo alcance lo determina la ley. A respecto ver: (López Medina, 2006, págs. 28, 29), (Zagrebelsky, 2011, pág. 24) (Escobar Roca, 2005, pág. 12)

reconocimiento en 1948 con la Declaración Universal de Derechos Humanos[30] –DUDH–, su vinculatoriedad en el nivel estatal fue muy débil[31], incluso a pesar de la ratificación por parte de los tratados[32]. Como consecuencia, las transiciones políticas de los 70s y 80s del siglo XX marginaron los derechos constitucionales de las víctimas.

Por su parte, las transiciones desde los años noventa, –como el caso de Colombia y Guatemala, se presenta un contexto sustancialmente distinto. En primer lugar, porque el constitucionalismo adquirió un nuevo sentido, "*ya no centrado en la estabilidad institucional y la soberanía del Estado, sino en la dignidad humana, los derechos fundamentales, el control judicial de la constitucionalidad de las leyes y el concepto de rule of law*" (García Villegas, Jaramillo P., Rodríguez Villabona, & Uprimny Yepes, 2012, pág. 10). Con el cambio de sentido surge la idea del neoconstitucionalismo a partir de la cual se consolida la supremacía y la fuerza vinculante directa del texto constitucional[33]. Así mismo, las normas internacionales de derechos humanos y los organismos de aplicación, aumentaron[34], y se reconocieron como normas vinculantes con igual jerarquía normativa al texto fundamental o como criterios interpretativos y legislativos válidos[35].

---

30 Desde 1948 se percibe un fenómeno significativo de desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos, con documentos como el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950, el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales en 1996, la Convención Americana de Derechos Humanos en 1969. Ver por ejemplo: (Fix-Zamudio, 1993), (Gongora Mera, 2011), (Amado Rivadeneyra, 2011), y (Uprimny Yepes & Uprimny Yepes, 2008, pág. 33 y ss). También hay que afirmar que aún existe un debate sobre el nivel de vinculatoriedad de la Declaración Universal, pues este documento no es un tratado internacional por lo cual no resulta exigible a los Estados, salvo que las normas internas digan lo contrario (Fernández, 2014, pág. 8).

31 En un estudio que se puede denominar como clásico, Rodrigo Uprimny muestra que el nivel de uso de las normas internacionales de derechos humanos por los jueces de Colombia en los años 90s era muy precario (Uprimny Yepes, Bloque de constitucionalidad, derechos humanos y nuevo procedimiento penal, 2004)

32 Sin olvidar que conforme al Derecho de los Tratados desarrollado en la Convención de Viena de 1969, los Estados no pueden invocar el derecho interno para excusar el incumplimiento de las obligaciones internacionales (artículo 27), y además todo tratado vigente debe ser cumplido de buena fe (artículo. 26).

33 *Crf.* (Zagrebelsky, 2011, pág. 65).

34 Esta afirmación no olvida los dos tipos de normas en derechos humanos que se reconocen en el derecho internacional, a saber las normas del *"hard law"* y del "*soft law*". Entre otros es posible citar los siguientes textos: *Principios sobre la restitución de viviendas y el patrimonio de los refugiados y las personas desplazadas - Principios Pinheiro*, *Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones- Principios Theo Van Boven*, *Conjunto al Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad - Principios Joinet*, *Principios rectores de los desplazamientos internos - Principios Deng*,

35 Particularmente se puede hacer referencia a la doctrina del control difuso de convencionalidad desarrollad por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos *Almonacid Arellano Vs. Chile* de 26 de septiembre de 2005 y el caso *Trabajadores del Congreso cesados (Aguado Alfaro y otros)* Vs. Perú de 24 de noviembre de 2006. *Cfr.* (Amado Rivadeneyra, 2011)

Retornando al enfoque de "punibilidad y derechos", éste considera que además de la preocupación por el restablecimiento del Estado, se debe garantizar la prevalencia de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia y la reparación. Dentro de esta línea es posible encontrar un sin número de publicaciones enfocadas ya sea a defender la justicia, la responsabilidad penal de los victimarios, la verdad a través de comisiones especiales o de juicios penales, y a resguardar el derecho a las víctimas a la reparación por los daños y afectaciones. La particularidad de este enfoque es su preocupación por la reparación de las violaciones a los derechos civiles y políticos durante conflictos y dictaduras[36].

Bajo el anterior escenario, la justicia transicional ha sido considerada como aquel conjunto de medidas destinadas a superar los conflictos bélicos de las sociedades o a facilitar la salida de los regímenes autoritarios[37]. Este tipo de justicia es considerada como extraordinaria[38] porque busca responder a situaciones graves, masivas, generalizadas y sistemáticas de violaciones de derechos humanos en un contexto amplio de debilidad institucional y de ineficacia de las normas[39], al tiempo que se consolida la paz y promueve la recuperación y fortalecimiento Estatal[40].

---

36 Esta descripción es también abordada por Abramovich, para quien los movimientos de derechos humanos en la época de finales del siglo XX fue la defensa de la libertades civiles y políticas (Abramovich, 2004, págs. 22, 23).

37 En el último tiempo, la Justicia transicional no se ha limitado a escenarios de post-conflicto, sino que incluso se aplicada en contexto conflictividad vigente, como una forma de procurar la protección de los derechos fundamentales de las víctimas, como lo demuestra la definición planteada por AMBOS: "*El concepto se ocupa de la justicia en sociedades en transición, sea luego del conflicto o durante un conflicto en curso; supone una serie de medidas que pueden ser de naturaleza judicial o no judicial. Su éxito depende del grado en que contribuya a la verdadera reconciliación y a la consolidación de la democracia y del sistema judicial interno*" (Ambos, 2009, pág. 23)

38 Parte de la doctrina ha afirmado que la Justicia transicional es un tipo especial de la justicia ordinaria, pero autores como GRAY han demostrado que por la gravedad de las violaciones a los derechos humanos presentados en los conflictos bélicos como en algunas dictaduras y por su objetivo de recuperar el Estado Constitucional, se trata de un tipo extraordinario de justicia (Gray, 2010). También Ambos afirma que una diferencia fundamental entre la Justicia Penal ordinaria y la Justicia transicional es que la primera liga su funcionalidad a contextos normales de violencia, pero frente a una violencia generalizada y abusos de gran escala es la Justicia transicional la que pueda dar un tratamiento más adecuado (Ambos, 2009, pág. 28)

39 DE GREIFF afirma que el surgimiento de las medidas de justicia transicional es la presencia de un "mundo muy imperfecto", caracterizado por las violaciones graves y masivas de derechos humanos, y por la ineficacia de los derechos fundamentales. Ver. (De Greiff, 2009, pág. 28)

40 *Cfr.* (Saffon, 2011). Así mismo, en las Sentencia de la Corte Constitucional de Colombia C-711 de 2011 y C-052 de 2012 se afirmó que: "*Según lo ha planteado la jurisprudencia de esta Corte, puede entenderse por justicia transicional una institución jurídica a través de la cual se pretende integrar diversos esfuerzos, que aplican las sociedades para enfrentar las consecuencias de violaciones masivas y abusos generalizados o sistemáticos en materia de derechos humanos, sufridos en un conflicto, hacia una etapa constructiva de paz, respeto, reconciliación y consolidación de la democracia*".

Como no se trata de una justicia ordinaria, las medidas de justicia transicional tienen un carácter temporal y especial. Temporal porque deben aplicarse en un periodo determinado de tiempo, y especial porque no se trata de una justicia plena, pues no demanda un respeto irrestricto de los estándares de procedimientos judiciales ni de la reparación del daño.

La justicia transicional. limita el cambio de régimen al respeto mínimo de los derechos de las víctimas a la justicia, a la verdad y a la reparación. El primero dirigido a evitar la impunidad total por los crímenes cometidos, esto es, a sancionar a los responsables de las violaciones graves a los derechos humanos, y así mismo a facilitar un recurso judicial efectivo para habilitar a las víctimas a exigir la protección de sus derechos vulnerados. Sin embargo, esta justicia no implica la sanción plena a todos los victimarios, pues solo procura sancionar a aquellos que cometieron los crímenes más atroces (Cuervo, 2006, pág. 125). El derecho a la verdad se considera como un derecho de doble dimensión, pues pretende garantizar que las víctimas conozcan las causas, los hechos y la persona responsable de la violación, y también defiende el derecho de la sociedad a conocer cómo se configuró la violación masiva a los derechos humanos y quienes lo facilitaron, para así confrontar su historia y evitar la repetición de las violaciones[41] (Pabón Ortiz, 2010, pág. 14 y ss). Finalmente, se encuentra el derecho a la reparación, entendido como la garantía de la víctima de buscar un resarcimiento por el daño sufrido y el reconocimiento del perjuicio causado por las violaciones a sus derechos fundamentales, de tal manera que sean restablecidas preferiblemente a las condiciones previas a la violación.

Se debe resaltar que la filosofía de la reparación sigue la justicia correctiva[42], desde una lógica liberal en tanto procura recuperar un derecho afectado; y por tener un enfoque de justicia correctiva, es individualista y retrospectiva, ya que se centra en la recuperación de las condiciones de la autonomía individual previas a la violación (Kalmanovitz, 2010, pág. 64 y ss)

---

[41] El debate dogmático jurídico sobre el derecho a la verdad de la sociedad es muy fuerte, pues la sociedad no es un sujeto de derechos y las normas internacionales sobre derechos humanos tampoco establece esta garantía. De hecho la Corte Interamericana de Derecho Humanos no ha aceptado formalmente un derecho de la sociedad a conocer la verdad (Cassel, 2007, pág. 212).

[42] Su génesis principal se encuentra en la responsabilidad internacional entre Estados, particularmente con el caso de la reparación por la Fábrica de Chorzow (WILLIAMS: 2008, 397), sin olvidar la experiencia de la Paz de Westfalia de 1648 en la cual se restituyeron los territorios usurpados entre el Emperador del Sacro Imperio Romano y los príncipes protestantes sublevados. Sobre la restitución en la Paz de Westfalia ver: (Marquardt, 2007) y (Toscano Franca Filho, 2006)

La posición mayoritaria señala que la mejor forma de reparar es la restitución[43], pues a través de esta medida se logra recuperar las condiciones originales de las víctimas. De hecho, así se consagró en normas de soft law como: "*Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*"[44], aprobados por la Asamblea General en octubre de 2004, y en los "*Principios sobre la Restitución de las viviendas y el patrimonio de los refugiados y las personas desplazadas"* de 2005.

Así mismo, el profesor y activista de derechos humanos PABLO DE GREIFF, al abordar la reparación y la restitución en escenarios transicionales, reitera el enfoque correctivo al señalar que la: "*Restitución,… se refiere a aquellas medidas que buscan re-establecer el status quo ante de la víctima. Estas medidas van desde la restauración de derechos tales como la ciudadanía y la libertad, la restitución del empleo y otros beneficios, hasta la restitución de propiedades"* (De Greiff, 2008, pág. 303)[45].

El investigador RHODRI WILLIAMS indica que la restitución debe centrarse en la recuperación del statu quo ante, pues si la restitución –particularmente la de tierras– se mezcla con medidas más amplias, corre el riesgo de perder su eficacia y su efecto reparador. Para este autor en los casos de desplazamiento forzado, la forma de reparar por excelencia es la restitución de tipo correctiva. No obstante, afirma que la restitución por sí misma tiene un alcance pobre para impedir el surgimiento de nuevos conflictos o incluso puede ser "*una distracción que no ayuda allí donde la tierra ha sido objeto de disputas durante generaciones, dejando múltiples demandas fundadas respecto a su propiedad y ningún status quo ante claramente legítimo que un programa de restitución pueda aspirar a restaurar*" (Williams, 2008, pág. 495). Por lo anterior, WILLIAMS centra la restitución en la corrección, y expresa la necesidad de medidas complementarias que permitan el desarrollo de la sociedad victimizada y que evite futuros conflictos.

---

43 En cualquier caso no se pretende olvidar que según Williams: "*La definición de la restitución en los Principios de Reparación [De las Naciones Unidas] no conceden explícitamente a la restitución su condición convencional preferencial en relación con la compensación y otras formas de reparación... [E]n los Principios —restitución, compensación, rehabilitación y satisfacción— se sitúan implícitamente en el mismo nivel; la elección entre ellas debe ser dictada por "las circunstancias de cada caso" más que por una jerarquía* a priori *de entre ellas*" (Williams, 2008, pág. 401)

44 Principios que fueron propuestos originalmente por Theo van Boven como relator especial en las Naciones Unidas en 1997, pero que luego fueron actualizados por Cherif Bassiouni

45 En el mismo sentido: (De Greiff, 2006)

Conforme a lo expuesto, la discusión sobre el alcance de la justicia transicional pareciera concretarse en la pregunta: ¿La justicia transicional debe limitarse a fines correctivos estrictos o podría asumir fines amplios y distributivos?. Las respuesta para esta primera parte de la literatura, es que si bien la justicia transicional apunta a objetivos directos, e incide en objetivos intermedios y finales[46], su enfoque debe ser prioritariamente correctivo, pues de incluir enfoques amplios y distributivos se corre el riesgo terminar diluyendo y dispersando los esfuerzos transicionales, sin llegar a producir los efectos y los resultados esperados, o lo que es igual, a que la justicia transicional no genere unos mínimos resultados legitimadores.

En resumen, desde este enfoque la restitución de tierras como componente de la reparación de las víctimas de expolios y evicciones se centra en la corrección de los daños generados durante el conflicto –como la propiedad– a partir de mecanismos judiciales o administrativos excepcionales, pero sin preguntarse por la reparación de las afectaciones a los derechos sociales de las víctimas ni en la garantía de la dignidad humana, y menos aún por integrar una idea de justicia social o distributiva. Ahora, esta posición no analiza las capacidades reales de la víctima de procurar la defensa de sus derechos de manera autónoma; dicho de otra forma, en la medida de existir un recurso judicial efectivo, se asume que las víctimas podrían acudir a éstos y obtener por sí mismos la reparación.

1.3 Justicia Transicional Amplia

El enfoque correctivo de la restitución ha sido criticado por alguna literatura reciente, especialmente en los casos de países donde las condiciones previas a la victimización resultan ser críticas dados los niveles de pobreza, pobreza extrema e inequidades. Las críticas a su vez provienen de dos vertientes. La que denomino "Justicia transicional distributiva" y la "Justicia transicional Transformadora".

---

[46] La idea de los tres objetivos de la justicia transicional es expuesta por De Greiff en su propuesta de una "Concepción normativa de la Justicia Transicional", según la cual, los objetivos inmediatos, que son aquellos que "*en teoría, puede[n] ser alcanzado[s] gracias a esa intervención concreta [de Estado] (independientemente del tiempo que haga falta para que así sea)*". los objetivos intermedios, los cuales se entienden como "*aquellos que resulta razonable suponer que la implementación de tal medida contribuirá a promover, al tiempo que resulta igualmente razonable pensar que será necesaria también la implementación de un conjunto de medidas diferentes*". Por último, los objetivos finales, "*fines cuya consecución está causalmente aún más lejana y, por tanto, depende incluso de la contribución de un mayor número de factores cuyo papel, hablando de manera relativa, aumenta en importancia*" (De Greiff, 2009, pág. 45 y ss)

Las corrientes de la justicia transicional amplia parten de considerar que el enfoque correctivo además de ser inadecuado, es injusto, pues la sola corrección del daño y el restablecimiento del statu quo ex ante de la violación conllevaría a un escenario de injusticia. De otra manera, considerando que las condiciones previas al despojo de las tierras pueden no ser las mejores para las víctimas, se sostiene que la reparación ni la restitución se deben limitar a recuperar los títulos jurídicos sobre los bienes despojados, sino que debe incluir medidas amplias que garanticen a la víctima un pleno restablecimiento económico y social, de lo contrario, no solo se restituiría un predio, también la pobreza y la incapacidad de ejercer la libertad y la autonomía (Goebertus Estrada & Maya Calle, 2007, págs. 50, 51).

La diferencia es que para la "justicia transicional distributiva" en realidad lo que se debe priorizar es una distribución fundante de las condiciones y capacidades mínimas de la ciudadanía. Por lo tanto, no se debe restituir, sino distribuir. Así, si bien "*la obligación de reparar se orienta hacia el pasado con el objeto de restaurar, hasta donde sea posible, el status quo ante […] en casos de guerra, si el status quo ante condujo a una situación de violencia, ¿por qué habríamos de volver a él? ¿No deberíamos más bien evitar el status quo ante e invertir recursos y esfuerzos en la creación de condiciones futuras de paz sostenible y justa? Casos de guerra en los cuales se ha peleado para redistribuir recursos –tierra, petróleo, diamantes, etc.– son una ilustración clara de esto*" (Kalmanovitz, 2010, pág. 62).

Para el filósofo y politólogo PABLO KALMANOVITZ no hace falta restituir correctivamente porque no existen las condiciones para hacerlo, en particular por la deficiente o inexistente claridad del registro de la propiedad[47]. Si se parte de la inexistencia de claros registros sobre la propiedad rural, entonces no se puede hablar de restitución, sino de redistribución[48], seguramente conforme al principio de explotación material.

---

[47] Afirmación válida para gran parte de los países de América Latina desde la colonia y pasando por la independencia, dada la carencia de un registro histórico de la tradición, posesión y usufructo de la propiedad rural, lo que facilitó por una parte la usurpación de tierra y dificulta su distribución, como es expuesto entre otros por:: (Rengifo Gardeazabal, 2011, pág. 19), (Atkinson, 2009, pág. 174) (Centre on Housing Rights and Evictions, 2005, pág. 55). También WILLIAMS sostiene que cuando no existe un registro catastral que ofrezca certeza de lo que se debe restituir, el esfuerzo por aplicar la justicia correctiva podría conllevar a una acción con daño, pues los segundos ocupantes serían ahora sujetos de desalojos (Williams, 2008, págs. 493, 494).

[48] *Cfr.* Goebertus Estrada & Maya Calle, quienes afirman: "*[L]a complejidad que representa pensar en la* Restitución *de una serie de derechos, sobre los cuales en muchos de los casos no se tiene certeza jurídica; es casi como intentar rehacer un mapa que nunca ha estado bien dibujado*". (Goebertus Estrada & Maya Calle, 2007, pág. 4)

Según el citado autor, en escenarios de conflicto armado debe prevalecer la justicia social sobre la correctiva, pues antes que recuperar a una persona en particular, la transición debe procurar el acceso a los bienes básicos sin discriminar por pérdidas o los daños sufridos. KALMANOVITZ considera que no tiene sentido restituir un bien si no existe un capital social, servicios estatales como vías, salud, educación y sistemas productivos contemporáneos que acompañen la restitución. Por ello argumenta que se deben centrar los esfuerzos en facilitar el acceso básico a bienes y servicios sociales generales que permitan a las víctimas pobres y a poblaciones marginadas el ejercicio de su autonomía y la recuperación de sus planes y proyectos de vida (Kalmanovitz, 2010, pág. 66).

De la justicia transicional distributiva se destaca su esfuerzo por incluir en la discusión, la idea de la justicia social como un valor adicional y prioritario que debe buscar la transición. Sin embargo, a esta posición es posible formular dos críticas.

En primer lugar, se olvida que el reconocimiento de un vínculo jurídico entre un sujeto y un bien inmueble no se restringe a la existencia de un registro. Efectivamente, tener un registro consolidado sería muy oportuno, pero la sola relación material con el bien tiene el potencial de generar derechos sobre la "cosa". Así, en el derecho civil existe la figura de la prescripción adquisitiva del dominio, que en su vertiente de extraordinaria, permite por medio de la usucapión[49] consolidar un derecho pleno como sería la propiedad, y en este caso, primero se consolida una relación material para luego consolidar la relación jurídica, lo que finalmente dará lugar al registro formal. Así mismo, en el derecho agrario se reconoce y privilegia el principio de posesión agraria o material sobre la posesión inscrita (Ramos Bermúdez, 2004, pág. 2). Lo anterior evidencia, que es posible demostrar la relación material y jurídica con un bien inmueble a partir de otros medios de prueba diferentes a la inscripción en un registro, por lo tanto, la no existencia de un registro si bien dificulta la labor, no la hace imposible[50].

---

[49] Sin embargo, para los fines de esta disertación, se aclara que la figura de la prescripción extraordinaria, es decir aquella que carece de justo título y buena fe, y que normalmente exige un mayor tiempo para configurar la usucapión está únicamente reconocida en Colombia, pues el derecho civil guatemalteco no la incluye (Mauro & Merlet, 2003, págs. 13-15).

[50] Se puede referenciar la experiencia de Kosovo, donde la restitución de las tierras en relación a la identificación de los predios se implementó en dos fases. En la primera se adelantó un reconocimiento in situ que requirió e incluyó a la población, para así logar una verificación y validación comunitaria, y en la segunda se realizó el registro formal y técnico de los predios (Proyecto Protección de Tierras y Patrimonio de la Población Desplazada, 2010, pág. 34).

Ahora bien, en la medida que la lógica distributiva y correctiva se presentan como excluyente, surge la segunda crítica, la cual se relaciona con la consecuencia de imponer rígidamente la lógica distributiva sobre la correctiva. La primera consecuencia, es confundir una política social agraria relacionada con la distribución de la tierra con una medida de reparación a un derecho humano, pues mientras la primera se basa en el principio de solidaridad e incluso de la función social de la propiedad, la segunda se fundamenta en el daño real causado por la violación[51]. El segundo riesgo es llegar a legitimar el despojo, pues al considera que el despojo en su mayoría es una consecuencia del desplazamiento forzado, entonces estaríamos ante una violación compleja de derechos constitucionales y humanos, como lo es la libertad de movimiento y la propiedad, por lo tanto, declinar toda intención por indagar la legalidad del mercado de tierras en un contexto de conflicto, por priorizar la redistribución de la tierra, en realidad conllevaría a legitimar y legalizar la ilegalidad y la vulneración de tales derechos.

La segunda vertiente de la justicia transicional amplia es conocida como la "*restitución de tierras transformadora"*, y ha sido defendida principalmente por los investigadores RODRIGO UPRIMNY y CAMILO SÁNCHEZ. En la misma no se desprecia el enfoque correctivo y retrospectivo de la restitución, pero considera que es limitado y que la restitución debe garantizar a las víctimas condiciones sociales adicionales, de tal manera que debería, en la medida de lo posible, estar acompañada de políticas que faciliten la recuperación la capacidad productiva de las víctimas y de redistribución de tierras. En otras palabras, la restitución no se agota con la recuperación de la relación jurídico-formal con la tierra, pues también es necesario reconocer el lucro cesante, y se debe implementar medidas de asistencia social adicionales que garanticen una productividad estable de la tierra (Uprimny Yepes & Sánchez, 2010).

Por su parte la investigadora MARÍA PAULA SAFFÓN ha señalado que la restitución de tierra puramente correctiva no logra superar las expectativas presentes y futuras de las víctimas, en sus palabras: "*if such a project [the restitution of victims] had the purpose of satisfying victims' present needs and not merely of taking them back to the situation of deprivation in which they were before their rights were violated, land restitution could become quite a powerful tool for distributive justice*" (Saffon, 2010, pág. 171).

---

51 Al respecto afirma CIURLIZZA CONTRERAS que: "*En los casos en donde la restitución ha sido propuesta como forma de reparación, la práctica internacional muestra la importancia de adecuarla a los fines específicos de devolución de condiciones de vida digna de las víctimas y no integrarla dentro de programas sociales, incluyendo aquellos de reforma agraria o redistribución de propiedades*". (Ciurlizza Contreras, 2008, pág. 16). Consultar también con (Uprimny Yepes & Saffon, 2007)

En ese sentido, la restitución no debe mirar solo al pasado donde encontrará un escenario de exclusión social, sino que debe mirar el presente desde un concepto de justicia distributiva que incida en superar la inequitativa concentración de la tierra[52].

La propuesta de SAFFON es que la aplicación de la justicia correctiva, debe ir acompañada de la justicia distributiva en clave de una reforma a la tenencia de la tierra para superar los factores del conflicto:

> "*Land restitution might become a suitable normative basis for overcoming landowners' resistance because, abstractly speaking, it does not imply as big a threat to the status quo of land ownership as land reform with a distributive orientation does. In effect, the nature of land restitution limits its possibilities for bringing about a structural transformation in land allocation because its scope is restricted to the protection of past entitlements. Furthermore, the justification for land restitution is less threatening to landowners' rights than redistribution because it is based on the idea –certainly accepted by landowners– that rights acquired over land should be fully protected […] an efficacious and well-implemented policy of land restitution could have a profound effect on the country's land ownership structure, given the socioeconomic profile of affected victims, the massive use of forced displacement in the armed conflict, and the amount of land that has been dispossessed*" (Saffon, 2010, pág. 171).

La posición teórica de la justicia transicional amplia, si bien es políticamente correcta, asume que la justicia transicional por sí misma tiene el potencial y la capacidad de generar un cambio o un reconocimiento pleno de los derechos de las víctimas y de las condiciones sociales de discriminación, y en ese sentido, pareciera que la justicia transicional constituye un régimen jurídico autónomo o quasi-autónomo capaz de garantizar los derechos constitucionales y humanos. En ese sentido, su debilidad radica en no incluir de manera explícita los valores constitucionales, pues la justicia transicional, por lo menos históricamente, no se ha aplicado en contextos de Estados fallidos o total inexistencia de la estatalidad, sino que se ha implementado –particularmente en América Latina– en Estados Constitucionales que reconocen una dimensión social, ya sea a través de la figura de Estado social, de derechos

---

[52] De tal manera que la justicia distributiva en la restitución permitiría superar la carencia de una reforma agraria amplia para el caso colombiano.

sociales, del mínimo vital, o de función social de la propiedad. Entonces, las virtudes distributivas o transformadoras no son en realidad un potencial de la justicia transicional ni de la restitución de tierras, sino un potencial del Constitucionalismo Social. Otra cosa es que la justicia transicional pueda incluso estimular la materialización de las garantías sociales de las víctimas.

Conforme a lo expuesto, las propuestas de la justicia transicional amplia son válidas e incluso contienen aportes para superar la percepción formal de la restitución. Sin embargo, su valor distributivo y su preocupación por las condiciones sociales no son de la justicia transicional misma, sino del constitucionalismo imperante, y en particular, del social.

1.4 Justicia transicional y desarrollo

Investigaciones recientes provenientes de activistas de la justicia transicional, en particular ROGER DUTHIE, en su texto "Transitional Justice, Development, and Economic Violence", sostiene que en contextos de violación masiva y sistemática de derechos humanos el daño generado abarca las afectaciones a derecho civiles y políticos –libertad, vida, autonomía y participación– y las afectaciones a las garantías básicas de una vida digna, en tanto que la guerra acentúa las condiciones de pobreza y marginalidad de las víctimas[53], lo que es más grave si se considera que la justicia transicional se ha aplicado en países particularmente pobres, por lo tanto, la pregunta que aborda el citado autor es: ¿en qué medida la justicia transicional se conecta con el desarrollo para dar respuesta al daño económico y social producido por la guerra?.

A DUTHIE le inquieta que la justicia transicional se haya centrado en la reparación de las violaciones a los derechos civiles y políticos, que según él se explica por una cierta idea de jerarquía de dichos derechos sobre los económicos, sociales y culturales[54]. Para este autor, la

---

[53] Siguiendo al DUTHIE: "*The World Bank is concerned with reintegration because forced displacement leads to the loss of housing, land, property, jobs, physical assets, social networks, and resources, as well as to food insecurity, increased morbidity and mortality, and social marginalization which may hinder economic and social progress*" (Duthie, 2014, págs. 178, 179).

[54] La misma línea argumentativa se presenta en (Aguilar Rubiano, 2010, págs. 46, 47).

justicia transicional, entendida desde un enfoque holístico y normativo[55], haría parte de un conjunto más amplio de medidas destinadas a garantizar la transición a partir del cumplimiento de objetivos inmediatos, mediatos y finales. Entonces, la justicia transicional y particularmente la restitución de tierras en tanto se enfoquen por recuperar el statu quo y reparar los daños generados por la violencia económica de la guerra, contribuirán al desarrollo de los países pobres. (Duthie, 2014, pág. 166).

En últimas lo que el mencionado autor busca, es conectar dos categorías, la justicia transicional y el desarrollo. Bajo este propósito sostiene que si bien el concepto de desarrollo es distinto y es más amplio que el de justicia transicional, ambas categorías coinciden en el potencial de mejorar la calidad de vida y las oportunidades de las personas. Por ello, la justicia transicional y el desarrollo son en realidad dos nociones que pueden interactuar oportunamente (Duthie, 2014, pág. 166), y dicha interacción es factible por dos factores: Primero porque la aplicación de la justicia transicional produce ciertos resultados que son muy oportunos para el desarrollo, tales como la integración social, el reconocimiento de las víctimas, el fortalecimiento de la confianza entre ciudadanos y entre estos con el Estado, y la consolidación del Estado de Derecho. Segundo, en la medida que la justicia transicional responda al daño económico y social causado a la población, e intente corregir y reparar la injusticia producida por la violencia económica y las violaciones de los derechos económicos y sociales, entonces incidiría al desarrollo, pues dicha reparación contribuye a bienestar y la calidad de vida de la población.

La propuesta de DUTHIE resulta interesante por dos razones. Primero, porque pone de presente que las medidas de justicia transicional se han venido aplicando particularmente en países en condiciones de pobreza y de marginalización social, como es el caso de Colombia y Guatemala, lo que implica evaluar la "pobreza" y la "pobreza extrema" como una causa de las violaciones masivas a los derechos humanos, y esto permite cuestionar y repensar el alcance de la justicia transicional y de sus medidas. Segundo, permite superar el paradigma correctivo de la reparación, al vincular el daño económico y social sobre las víctimas y sobre la sociedad, a la discusión del alcance de la justicia transicional.

---

[55] En ese sentido sigue la propuesta teórica de una concepción normativa de la justicia transicional desarrollada por (De Greiff, 2009).

La crítica que merece este planteamiento es que la categoría de desarrollo es de un alcance limitado frente a las categorías del Constitucionalismo Social como la dignidad humana, los derechos sociales, la función social de la propiedad y la justicia social. Por lo tanto, la cuestión no es el enfoque con el cual se aplica la justicia transicional ni la restitución, pues claramente podría seguir un enfoque de desarrollo, pero quedaría sujeto a un mayor grado de voluntad política. El punto es la integración y aplicación de las medidas de restitución de tierras conforme a los valores del Constitucionalismo Social. De otra forma, el desafío no es si la justicia transicional asume e incide en factores propicios para el desarrollo, sino que los valores del Constitucionalismo Social se apliquen a las medidas de justicia transicional como la restitución de tierras.

Hasta aquí, es posible señalar que la literatura sobre la restitución de tierras se ha enfocado en principios tradicionales del constitucionalismo liberal en su dimensión de justicia correctiva, y que algunas corrientes defienden una restitución amplia sin limitar la respuesta al despojo de tierras a la restauración de los títulos jurídicos previos. Sin embargo, hay una ausencia de análisis o propuestas que defiendan la restitución de tierras, no solo como medida de la justicia transicional, sino como garantía del derecho a la propiedad en clave con los valores del Constitucionalismo Social reconocidos incluso en los Estados Constitucionales restaurados después del conflicto.

1.5 Estudios nacionales y comparados de restitución de tierras

Los estudios sobre transiciones nacionales en América Latina son relativamente amplios, sin embargo, siguen la línea tradicional de desarrollar análisis locales sin mirar el contexto de

transformación regional[56], como lo han sido los estudios en Guatemala[57], Bolivia[58] y Colombia[59].

En Colombia, los estudios sobre justicia transicional y restitución de tierras se organizan en dos momentos. En primer lugar aquellos que se publicaron antes de la expedición de la Ley 1448 de 2011, y en los cuales se analizaba la figura desde el marco general de los derechos humanos, la justicia transicional y el derecho de la población desplazada. En segundo lugar, los pocos estudios que se han publicado después de la mencionada ley, los cuales complementan la óptima normativa con un esfuerzo teórico bajo un enfoque pro víctima.

Los primeros, son documentos que tienen un carácter principalmente de incidencia política en defensa del derecho a la restitución y la posterior estructuración y alcance de lo que sería la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras. Muchos de estos documentos llegan a dicho interés por la grave situación de la población desplazada, y por el marco jurídico que se venía construyendo, particularmente desde la Ley 387 de 1997, los Principios Pinheiro junto a los Principios Deng, pasando por la activa labor de la Corte Constitucional en la materia, en la cual se destaca la declaratoria de "*estado de cosas inconstitucional*" frente a la situación de desplazamiento forzado[60].

Con diferentes matices y enfoques, la literatura en Colombia se extiende entre aquella que estudia el consenso sobre la restitución, el enfoque de la restitución y la reversión de los despojo. En la primera se estudia y explica la razón y los riesgos de un extraño consenso[61] sobre un proyecto de ley que permitiría atender la situación de los expolios y evicciones durante el conflicto (Saffon, 2010). En línea semejante, pero dirigido a los enfoques de la

---

56 Esta es una debilidad generalizada de los estudios de derecho constitucional y de historia del derecho, que se enfocan en la experiencia nacional o que miran sólo experiencias emblemáticas en el continente europeo o en países geopolíticamente fuertes. Marquardt ha evidenciado esta problemática para los estudios en América Latina y los estudios comparados a nivel universal. Ver. (Marquardt, 2009b, págs. 1-4) y (Marquardt, 2011a, págs. 7-13).

57 *Cfr.* (Painter, 1996), (Collier, 1996), (Armon, Wilson, Palma Murga, & et al., 1997), (Palma Murga, 1997) (Bailliet, 2003), (Tomuschat, 2005), y (Moreno Moreno, 2009).

58 *Cfr.* (Pabón Ortiz, 2010)

59 *Cfr.* (Salinas Abdala, 2008), (Saffón, 2010), (Uprimny Yepes & Sánchez, 2010), (Garay Salamanca & Vargas Valencia, Restitución y memoria del despojo violento en Colombia: Hacia una justicia transicional para las víctimas, 2012)

60 Particularmente se puede revisar: Corte Constitucional sentencia T-025 de 2005,, M.P. Manuel José Cepeda Espinoza. Recuperado el 13 de Marzo de 2014, de: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm.

61 Entre partidos políticos, grupos de derechos humanos, élites e incluso el gobierno.

restitución, el estudio de (Uprimny Yepes & Sánchez, 2010) además del consenso sobre la restitución de tierras, analiza los desacuerdos por dentro del acuerdo, pues para estos autores, si bien la mayoría de los grupos de interés y de poder aprobaban la iniciativa de restituir y clarificar la propiedad, en realidad cada grupo defiende un sentido y un alcance de la medida. Así, algunos se enfocan en una "restitución fina", la cual abarca básicamente la recuperación de la relación jurídico-formal, y los que abogan una "restitución amplia", que como se explicó arriba, además de procurar una justicia correctiva en la restitución se debe buscar el reconocimiento y redistribución en favor de las víctimas.

Como literatura de reversión del despojo se destaca la investigadora de la Universidad de los Andes YAMILE SALINAS ABDALA en articulación con la del civilista y profesor de derecho privado MAURICIO RENGIFO GARDEAZABAL. Esta posición se centra en analizar el alcance del derecho civil en la ruralidad, y en cómo el derecho civil ha permitido y facilitado "legalizar los despojos". A continuación, se enuncian las razones que explican esta afirmación:

Primero, según RENGIFO GARDEAZABAL, al estudiar los 200 años de independencia de Colombia y realizar un escrutinio sobre el régimen legal de la tierra rural, encuentra que la propiedad sobre la tierra ha carecido de un régimen legal claro, incluso las disposiciones del propio código civil desde 1887 no tuvieron el alcance suficiente para regular y establecer un mercado de la propiedad preciso y transparente. Interpretando a RENGIFO GARDEAZABAL, ha existido una suerte de anomia en la ruralidad[62], pues según lo afirma: "*Pese a la expedición del Código Civil, la estructura de tenencia de la tierra siguió siendo prácticamente la misma desde la colonia […] En otras palabras: el derecho civil jamás reguló verdaderamente este importante proceso [acceso a la propiedad], ni estableció pautas para la distribución equitativa de la tierra*". (Rengifo Gardeazabal, 2011, pág. 26).

Segundo, no solo el derecho civil brilló por su ausencia en la ruralidad por más de 200 años, sino que, según SALINAS ABDALA, algunas de sus instituciones fueron utilizadas por grupos locales de poder para perpetuar la usurpación de la propiedad de la población vulnerable y víctima del conflicto, a través de figuras como la posesión, la venta de cosa ajena, la simulación, entre otras. En tal sentido, las mencionadas figuras civilistas no compaginan con

[62] La categoría de anomia la rescato del sociólogo PETER WALDMANN, quien a su vez la retoma de ÉMILE DURKEHEIM (Waldmann, 2003, págs. 10,11).

las transformaciones constitucionales de 1991, ni con los fines del Estado Social de Derecho[63], pues antes que proteger a la persona vulnerable y víctima, ha facilitado la perpetuación de la victimización con figuras que terminan saneando la ilegalidad del mercado de tierras. Siguiendo a SALINAS ABDALA, la protección de la tierra de la población desplazada pasa por modificar gran parte del régimen civil de la propiedad para proteger adecuadamente las propiedades de la población.

De esta literatura es oportuno señalar un aporte y una crítica. El aporte se orienta a evidenciar que el derecho civil en la ruralidad no funcionó adecuadamente. Esta idea constituye un punto central, para la posición que se expondrá más adelante, y que en síntesis, sostiene que el derecho civil con su idea de igualdad formal entre las partes (los negociantes) –que invisibiliza las condiciones de desigualdad material–, fue lo suficientemente simbólica en la ruralidad como para suponer que las negociaciones y las transferencias del dominio eran legítimas. Y que el derecho civil antes que facilitar la propiedad a las personas desposeídas y vulnerables, –dados los obstáculos de acceso a la información y al derecho de dichas poblaciones–, terminó favoreciendo a los terratenientes y grupos de poder. La crítica, por su parte, tiene que ver con que figuras como la posesión *per se* no es perversa, pues con ella se superó la idea de la constitución exclusiva de derechos de propiedad a partir de títulos directos entregados y reconocidos por el Estado, para aceptar que la propiedad podía constituirse a partir de la relación material misma[64] (Mauro & Merlet, 2003, págs. 13-15). Por ello, la posesión si contribuiría la función social de la propiedad. Ahora, ello no debe desconocer que para obtener por usucapión, el régimen general exige acudir a la estatalidad judicial, la cual es un obstáculo para población vulnerable, analfabeta y rural.

Los estudios publicados con posterioridad a la Ley 1448 de 2011 aún no son muy abundantes ni sistemáticos. Al respecto se destaca el texto de GARAY Y VARGAS, y el de RAMÍREZ CARDONA, quienes a partir de un análisis normativo formulan propuestas teóricas. Los

---

63 Ni lo harían con la reforma constitucional de 1936.

64 Con la necesaria aclaración que la posesión opera es para adquirir propiedades entre particulares. Así que la posesión facilitaría a los campesinos la adquisición de propiedades privadas ociosas, pero no la adquisición de propiedades estatales conocidas como baldíos, pues no fue el régimen civil –la ocupación– la que reguló dichos bienes, sino un régimen excepcional que en algunos casos se llamó "agrario" (Rengifo Gardeazabal, 2011, pág. 26).

primeros autores desde la justicia transicional, y el segundo, desde la idea de los derechos sociales fundamentales.

El texto del economista LUÍS JORGE GARAY y el abogado FERNANDO VARGAS sostiene que el logro y la materialización de los fines de la Ley de víctimas y restitución de tierras –verdad, justicia y reparación– parte de considerar la magnitud del fenómeno de desplazamiento y despojo como un proceso masivo y sistemático de victimización y vulneración de derechos de población campesina. Lo que aconteció no fue algo casual e inherente a huir de las confrontaciones armadas, sino un proceso complejo de aprovechamiento y de apropiación masiva de las tierras conforme a los propósitos del poder político, la agroindustria y cambios en la producción de la tierra, así como del narcotráfico. Siguiendo esta premisa, la recuperación de la tierra no es solo un problema de recuperar un predio, es un tema de reparar a una víctima a quien se le desconocieron ampliamente sus derechos constitucionales. Así mismo, como se trata de reparar a personas que han sufrido múltiples victimizaciones y que se consideran en situación de vulnerabilidad y debilidad manifiesta, la aplicación de las medidas de reparación, y particularmente, el mecanismo de restitución de tierras debe incluir los parámetros y principios internacionales, de tal manera que los procedimientos se surtan bajo condiciones de igualdad. Dicha igualdad se logra con la aplicación de una justicia pro víctima, la cual se expresa en la hermenéutica de las disposiciones legales, en la prevalencia de la buena fe de las víctimas, la inversión de la carga de la prueba y un rol activo del operador administrativo y judicial con el fin de facilitar la reparación (Garay Salamanca & Vargas Valencia, Restitución y memoria del despojo violento en Colombia: Hacia una justicia transicional para las víctimas, 2012, págs. 69, 70, 73).

Por tanto, la propuesta del GARAY y VARGAS constituye un esfuerzo por construir una dogmática de la reparación y restitución de tierras a partir de los derechos humanos, de la justicia transicional y del derecho constitucional. La misma se destaca por evidenciar que el contexto de las violaciones de derechos no permite limitar la restitución a una relación jurídico-formal, igualmente, esta indica que por la condición de debilidad de las víctimas, la reparación debe asumir un enfoque pro víctima. En últimas, la restitución desde la justicia transicional pretende incidir en la construcción de la verdad sobre los despojos y la responsabilidad penal de los despojadores.

La debilidad de la anterior propuesta tiene que ver con la calidad de las víctimas. No es propio ni originario de los principios internacionales asumir un trato diferenciado a partir de las calidades personales de la víctima. En realidad, la preocupación por las desigualdades y por la vulneración de las personas en la interacción social nace como principio del Constitucionalismo Social, cuando se evidencia que la ausencia de igualdad real en las relaciones (sujetos activos y pasivos sobre obligaciones jurídicas) conllevaba a una mayor desventaja de los desposeídos y marginados sobre aquellos con plena capacidad económica. Por lo tanto, las medidas preferentes en el Derecho Internacional sobre las víctimas, serían una expresión del Constitucionalismo Social.

Por su parte, el texto del magistrado de restitución de tierras OSCAR RAMÍREZ CARDONA, se fundamenta en defender una naturaleza especial de la restitución de tierras como un derecho social fundamental de las víctimas. Para este autor, la Ley 1448 de 2011 o Ley de víctimas y restitución de tierras es especial en la medida que crea un marco jurídico autónomo, el cual se ha venido configurando a partir de los pronunciamientos de la Corte Constitucional, en los que la restitución es un derecho innominado de la reparación y por lo tanto es también un derecho fundamental (Ramírez Cardona, 2013, pág. 6). Por ello sostiene, que si bien la restitución es tramitada ante los jueces y magistrados civiles especializados en restitución, esto no quiere decir que se trate de una acción civil. También destaca que la restitución no sería solo un derecho fundamental, sino un derecho social fundamental[65] en la medida que se reconoce las condiciones formales y materiales de la población destinataria, que conlleva a una posición jurídica que exige del Estado una acción positiva y de los particulares que tienen los predios la obligación de devolverlos (Ramírez Cardona, 2013, pág. 15). Así mismo, afirma que la provisión de una compensación para las personas que adquirieron de buena fe cualificada predios originalmente despojos es una protección de las necesidades básicas de estos terceros.

La propuesta de Ramírez Cardona es interesante, pues evidencia como la acción de restitución de tierras en el caso colombiano contiene un conjunto de medidas que buscan garantizar la igualdad material de las víctimas de despojo, tales como la presunción de buena fe, la inversión de la carga de la prueba, las presunciones de despojo, entre otras. De alguna manera es una

[65] En ese sentido se apoya en el marco teórico del jurista y filósofo RODOLFO ARANGO.

aproximación interesante al evidenciar ciertos valores especiales de la acción. A pesar de lo expuesto, la misma merece varias observaciones.

En primer lugar, si bien se puede afirmar que la justicia transicional produce un marco normativo temporal y especial, no se puede sostener que dicho marco sea autónomo o autoreferente[66], y no lo es, porque la aplicación del régimen legal transicional se apoya y complementa con el ordenamiento jurídico del Estado Constitucional[67]. En otras palabras, el régimen jurídico excepcional de la justicia transicional se integra al régimen jurídico general del Estado de Derecho.

En segundo lugar, si se entienden los derechos sociales fundamentales como acciones estatales que son exigibles en la medida que intenta atender una posición de necesidad que anula la libertad y la autonomía, la restitución por sí misma no tiene tal potencial, pues en realidad lo que habilita la autonomía y la libertad es la propiedad recuperada y las medidas para reparar el daño económico. La restitución sería una garantía de un derecho, antes que un derecho mismo. En otras palabras, lo que habilita y re-establece la autonomía y la capacidad de autonomía no es el mecanismo –la acción de restitución–, sino la propiedad que se restituye y las garantías sociales amplias a restablecer, ello sin excluir la posibilidad que la acción incluya ciertos principios favorables para las víctimas. Adicionalmente, los derechos sociales fundamentales no serían responsabilidad de los particulares sino del Estado, y por ello, no se entiende por qué el autor defiende que para el caso de la restitución de tierras también se obliga a los particulares?. La obligación del particular no se deriva de un deber correlativo a un derecho social fundamental, sino a la prevalencia del interés general y a la sanción por la ilegalidad de la apropiación sobre un bien.

En tercer y último lugar, la provisión de una compensación a los terceros de buena fe exenta de culpa no es una protección a partir de las necesidades básicas fundamentales como lo entiende RAMÍREZ CARDONA, sino una indemnización que opera como protección del derecho de propiedad legítimamente adquirido.

---

[66] La idea del sistema jurídico como autoreferente es propuesta por NIKLAS LUHMANN. Para este autor todo el sistema jurídicos es autoreferente y autopoiético, y no una parte de este (Luhmann, 2005).
[67] Sobre la idea del Estado Constitucional como una superación del Estado de Derecho ver a (Atienza, 2011)

Sobre Guatemala la literatura tampoco es muy profusa y menos profunda. Algunos textos se caracterizan por su generalidad, al abordar el asunto desde un punto de vista más de las ciencias políticas que del Derecho, como serían los escritos de (Palma Murga, 1997), que no estudia con detalle la restitución, porque para ese momento si bien ya se había firmado el "*Acuerdo para el Reasentamiento de las poblaciones desarraigadas por el enfrentamiento armado*"[68], el "*Acuerdo sobre identidad y derechos de los pueblos indígenas*"[69] y el "*Acuerdo sobre aspectos socioeconómicos y situación agraria*"[70], aún no se había iniciado la aplicación del Acuerdo Gubernativo No. 452 de 1997 que establece el procedimiento para la restitución de tierras. Sin embargo, el texto evidencia como causas del conflicto armado y el posterior despojo de tierras, las condiciones de pobreza y pobreza extrema de gran parte de la población rural, la concentración de la tierra y el limitado acceso de la propiedad rural por grupos de indígenas y campesinos, así como la estigmatización de la población rural indígena como aliados de los grupos guerrilleros. Se centra en cuestionar que los acuerdos no impusieron un cambio firme de las características productivas y económicas del país. En últimas, se trata de una especie de diagnóstico histórico, muy útil para identificar el fenómeno de marginalidad agraria y de despojos durante el conflicto armado.

Existen otros documentos al estilo informes de organizaciones no gubernamentales, entre los que se reseñan: (Amnistía Internacional, 2006), (Atkinson, 2009), (Coordinadora Nacional de Organizaciones Campesinas, 1995), (Mauro & Merlet, 2003). Estas publicaciones documentan la situación agraria contemporánea de Guatemala, abordan el cumplimiento y desarrollo de los acuerdos de paz, la superación de las deficiencias del registro catastral, la precariedad laboral y documentan como funcionaron los despojos forzados sobre la población campesina.

De manera particular se destaca el estudio de los activistas de derechos humanos LEONHARD & WOLPOLD-BOSIEN denominado "*Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Política Agraria en América Central*". Si bien no es un estudio sobre restitución de tierras en concreto, si

---

68 Gobierno de Guatemala, & Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca (URNG). Acuerdo para el Reasentamiento de las poblaciones desarraigadas por el enfrentamiento armado (1994). Recuperado el 25 de Junio de 2014, de http://www.guatemalaun.org/bin/documents/Acuerdo%20Derechos%20Humanos.pdf

69 Gobierno de Guatemala, & Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca (URNG). Acuerdo sobre identidad y derechos de los pueblos indígenas (1995). Recuperado el 20 de Junio de 2014, de http://www.guatemalaun.org/bin/documents/Acuerdo%20Pueblos%20Ind%C3%ADgenas.pdf

70 Gobierno de Guatemala, & Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca (URNG). Acuerdo sobre aspectos socioeconómicos y situación agraria (1996).

aborda el tema como un elemento de la política agraria. Su análisis vincula (como lo hiciera DUTHIE para la justicia transicional) los derechos económicos y sociales a la problemática agraria en Centro América, bajo la premisa de una naturaleza jurídica vinculante de dichos derechos, toda vez que son normas reconocidas en el nivel internacional, y por lo tanto, la obligación de respeto, protección y garantía aplican a los derechos civiles y políticos en igual medida que a los derechos económicos y sociales. Según los autores:

> "*[Conforme a la* ***obligación de garantía****] el Estado debe facilitar el acceso a los recursos productivos (por ejemplo en el marco de una Reforma Agraria) o a un salario que cubre la canasta básica (mediante la legislación salarial) [...] En relación a los derechos sociales y culturales, el estado debe adoptar todas las medidas que estén a su alcance para garantizar el acceso a la salud, seguridad social y educación para los grupos que todavía no pueden gozar de estos derechos*". (Leonhard & Wolpold-Bosien, 2001, pág. 8)

La idea anterior permite vincular el problema del acceso a la propiedad para la población campesina como un tema de derechos económicos y sociales, por cuanto la propiedad sobre la tierra habilitaría a la población a participar en el proceso productivo y así obtener los recursos suficientes para una vida adecuada. Así mismo, reitera que una expresión del derecho a la alimentación establecido en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos –PIDESC– es el "*perfeccionamiento o reforma de los regímenes agrarios*", por lo cual, los derechos económicos, sociales y culturales tienen una incidencia directa sobre la política agraria en la medida que el acceso a la tierra sería una garantía para el derecho a la alimentación de los grupos campesinos e indígenas vulnerables y marginalizados (Mauro & Merlet, 2003, págs. 11, 12). Con este presupuesto, se sostiene que los expolios y las evicciones que se presentaron durante el conflicto armado de Guatemala son un tipo de violencia económica y social o de violación a los derechos del Pacto Internacional, pues atentaron contra el derecho a la alimentación y a la participación económica de la población campesina e indígena del país. Siguiendo esta línea, la restitución de las tierras despojadas u abandonadas es una obligación del Estado de Guatemala para garantizar los DESC de las víctimas (Leonhard & Wolpold-Bosien, 2001, pág. 18).

La propuesta de LEONHARD & WOLPOLD-BOSIEN resulta muy oportuna para esta investigación, pues de la misma se puede establecer que si bien el acceso a la tierra no tiene un

fundamento normativo explícito en el derecho internacional[71], en la medida que ésta es una forma de garantía del derecho a la alimentación de poblaciones vulnerables, entonces, las reformas al régimen de producción agrícola y a la improductividad u ociosidad de la tierra se justificaría como una garantía y reparación a la violación de los derechos económicos y sociales. En este punto coincide con la tesis de RUTHIE de propiciar la reparación a los daños causados a los derechos económicos y sociales producidos por el conflicto armado. Como se desarrollará en el siguiente capítulo, este será uno de los elementos del Constitucionalismo Social.

Un estudio competo y detallado sobre la experiencia de restitución de tierras en Guatemala es el desarrollado por la investigadora de la Universidad de Oslo, CECILIA BAILLIET, el cual se titula: "*Property restitution Guatemala: a transnational dilema*". Su investigación como otras que son citadas por la autora, abordan la reparación y la restitución de tierras de las víctimas de desplazamiento forzado interno en el marco de los derechos humanos. El texto hace un recorrido muy propicio del problema agrario, de los propósitos establecidos en los Acuerdos de Paz, de las normas de reparación, en la política frente a las víctimas. La conclusión de este estudio es que los Acuerdos de Paz se han quedado en un nivel de voluntariedad política sin reconocer el marco jurídico internacional de reparación a las víctimas ni la especial fortaleza de la restitución de tierras, por lo tanto, hay un gran número de víctimas que aún no han recibido reparación ni han podido acceder a la restitución de sus bienes, ni acceder a una porción de tierras como compensación al daño económico, por la ausencia de una política seria de distribución de tierras (Bailliet, 2003, pág. 169).

Si bien el estudio de BAILLIET es significativo y es quizás el que mejor documenta el funcionamiento y el proceso de restitución de tierras, no incluye una análisis desde el Constitucionalismo Social, y aunque sostiene que la superación de la desigualdad social es un compromiso del Estado en el marco de los Acuerdos de Paz que aún no se ha cumplido, no lo aborda como un tema de derechos económicos y sociales.

---

[71] Sin desconocer que la propiedad como derecho humano en su faceta defensiva si cuenta con reconocimiento en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Declaración Universal de Derechos Humanos artículo. 17; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre artículo 23; Convención Americana sobre Derechos Humanos artículo 21; el Convenio 169 OIT para las propiedades de comunidades étnicas.

Con relación a estudios y análisis comparados, vale la pena destacar lo afirmado por DE GREIFF:

> "*[R]esulta sorprendente que la [reparación] haya contado con un grado de atención significativamente menor que el otorgado a otros mecanismos de la justicia transicional. Hay pocos estudios en profundidad acerca de la reparación, y, aún menos, análisis comparativos sistemáticos de las diferentes medidas de reparación establecidas por un número considerable de países durante un periodo de posconflicto o de transición democrática*" (De Greiff, 2005, pág. 153)

En términos generales no existen muchos estudios comparados específicos sobre la restitución de tierras, y aquellos que se han publicado solo realizan análisis generales sobre las transiciones[72], pero no desarrollan en detalle la restitución de tierras en los casos de Guatemala, Colombia, ni hacen un estudio panorámico de carácter regional de la restitución.

El estudio comparado más interesante referenciado es el de RHODRI WILLIAMS quien analiza las experiencias de restitución de tierras en la República Checa, Sudáfrica, Bosnia y Guatemala. Sin embargo, éste se estructura a partir de una descripción general de las medidas, dificultades y limitaciones de la restitución de tierras en esos países. En otras palabras, su análisis es meramente descriptivo y sin un marco analítico estructurado, además no aborda el enfoque del Constitucionalismo Social en la restitución de tierras. Otros estudios adelantados por (De Greiff, 2005), se aproximan al caso de las reparaciones alemanas por el holocausto, Argentina y Chile pero sin estudiar particularmente la restitución de tierras.

La anterior revisión bibliográfica sobre el objeto de la presente disertación se puede resumir en la siguiente tabla:

---

[72] Ejemplos de estos son los documentos de AURA PATRICIA BOLÍVAR y ETHEL NATALY CASTELLANO. Ver: (Bolívar Jaime, 2009) y (Castellanos Morales, 2006), también se puede ver a: (Ambos, 2009) (Alcántara Sáez, 1992).

Enfoque	Fortaleza	Debilidad
Derechos humanos	Medida articulada con el derecho a la justicia, la verdad y la reparación. Medida de reparación con reconocimiento y fundamento en el derecho internacional de los derechos humanos. Exige un recurso judicial efectivo. Repara el daño económico generado por la violación.	Descripciones generales de la restitución de tierras. No precisa el contenido ni alcance sustantivo-adjetivo de la restitución de tierras. No repara las condiciones históricas de pobreza y marginalidad económica y social.
Justicia transicional correctiva	Posibilidad de atender la vulneración masiva de los derechos y las víctimas. La reparación implica una flexibilidad adjetiva. Exige un recurso judicial efectivo para las víctimas.	Predominio del enfoque correctivo y retrospectivo de la restitución de tierras. No incluye la reparación del daño a los derechos económicos y sociales.
Justicia transicional amplia	Evidencia la limitación y la injusticia del enfoque correctivo. Garantizar el restablecimiento económico y social de las víctimas.	
Justicia transicional distributiva	Evidenciar la precariedad de los registros de la propiedad rural. Reivindicar la justicia social en escenarios de conflicto armado, para garantizar el acceso a bienes básicos	El registro no es la única forma de probar una relación material con un bien. La posesión material del derecho agrario facilita la consolidación de derechos sobre predios indocumentados "baldíos". Desdibujar la reparación en políticas agrarias sociales. Legitimar los despojos
Justicia transicional transformadora	Reconoce y valida el enfoque correctivo y retrospectivo Incluir medidas sociales para garantizar el pleno restablecimiento de la víctima. Debe aplicarse conjuntamente un enfoque distributivo de la propiedad	La justicia transicional se ha aplicado en Estados con un constitucionalismo amplio. No inclusión explícita de los valores del Constitucionalismo Social. La capacidad transformadora no es una virtud propia de la justicia transicional sino del Constitucionalismo Social.
Justicia transicional y desarrollo	Mostrar que la justicia transicional se ha aplicado en países pobres. Y la pobreza es una causa del conflicto. Evidenciar las afectaciones a la vida digna y la acentuación de la pobreza y la marginalidad de las víctimas. Criticar el enfoque en derechos civiles y políticos de la justicia transicional. La justicia transicional y el desarrollo inciden en la mejoría de la calidad de vida de las personas	El "desarrollo" no es tan fuerte en términos constitucionales. Antes que integrar la restitución al desarrollo se debe integrar a los valores sociales del constitucionalismo por su mayor fuerza.
Estudios nacionales Colombia – Incidencia política y jurídica	Defensa jurídica y política de la restitución de tierras como medida de justicia transicional y reparación de derechos. Evidenciar los intereses específicos sobre la restitución	
Estudios	El derecho civil no ha regulado equitativa ni	La posesión y la prescripción extraordinaria es

nacionales Colombia – Evaluación del derecho civil	igualitariamente las relaciones de propiedad en el campo. El derecho civil ha facilitado los expolios y las evicciones. El derecho civil fue un obstáculos para el acceso a la propiedad por poblaciones vulnerables	una figura que facilita el acceso a la propiedad rural privada y ociosa. Preocupación general por el cumplimiento del Estado Social de Derecho.
Estudios nacionales Colombia – Justicia transicional pro víctima	El desplazamiento y el despojo fue un fenómeno masivo, sistemático y racional. Las víctimas del conflicto tienen una condición de especial vulnerabilidad y debilidad Los procesos de reparación tienen que adelantarse en condiciones de igualdad a través de la hermenéutica pro víctima.	La preocupación general o final es la verdad, la justicia y reparación en la transición La consideración de las condiciones de las víctimas no proviene originalmente de la teoría de los derechos humanos, sino del Constitucionalismo Social. La preocupación por la igualdad real o material surge en la dogmática social del constitucionalismo.
Estudios nacionales Guatemala – Evaluación política	Evaluación al cumplimiento de los Acuerdos de Paz. La pobreza y pobreza extrema facilitaron los desplazamientos y los despojos. Exclusión y marginalidad de grupos de campesinos e indígenas.	No estudia ni documenta en detalle el funcionamiento de la restitución de tierras.
Estudios nacionales Guatemala – Situación agraria "actual"	Abordar y documentar la situación agraria después del conflicto armado. Documentan la aplicación de los despojos. La restitución de tierras se entiende como elemento de la política agraria. La obligación de garantía aplica para los derechos económicos y sociales. El acceso a la tierra es un tema de DESC en la medida que garantiza el derecho a la alimentación de la población vulnerable. Los expolios y las evicciones constituyen una violación a los DESC.	No estudia ni documenta en detalle el funcionamiento de la restitución de tierras. El reconocimiento de derechos sociales no se limita a las normas de derecho internacional de los derechos humanos, sino que se deben incluir las normas constitucionales.
Estudios nacionales Guatemala – Reparación del desplazamiento	Documentación detallada del fenómeno de expolios y evicciones. Análisis del cumplimiento de los Acuerdos de Paz Evaluación crítica de la experiencia de Guatemala en restitución de tierras	Asumir las condiciones de pobreza, marginalidad y desigualdad social como un tema de voluntariedad política y no como un tema de derechos constitucionales y humanos.
Estudios comparados	Estudios descriptivos que se preocupan por temas como la temporalidad, la identificación de las víctimas y las medidas de reparación en general.	No abordar las transformaciones regionales. Enfoques generales y descriptivos. Ausencia de un marco analítico de evaluación. Estudios sobre reparación pero no sobre la restitución de tierras. Ausencia de estudios comparados entre Guatemala y Colombia o de la región.

Tabla 1. Evaluación analítica de los enfoques sobre la restitución de tierras

De lo expuesto podemos concluir que hay una producción analítica de la restitución de tierras en tres sentidos: Desde lo teórico-normativo, desde la experiencia nacional y desde lo comparado. En el primero, la restitución es abordada desde los derechos humanos y desde la justicia transicional. A partir de los derechos humanos es entendida como un componente de reparación por la violación a los derechos humanos, y en particular a la violación de la propiedad, y desde la justicia transicional se retoma la fundamentabilidad y exigibilidad (como derecho humano), y defiende la creación de mecanismos excepcionales, pero se discute si su aplicación debería ser con un enfoque correctivo o distributivo, o un enfoque complementario, asumiendo equivocadamente que un enfoque amplio de la restitución de tierras es en sí misma una virtud de la justicia transicional. Bajo el esquema de la justicia transicional también se cuenta con estudios que defienden una hermenéutica pro víctima de la restitución de tierras. Algunos enfoques intentan evidenciar que la violación de los derechos humanos durante épocas de guerra y dictaduras incluye daños a los derechos civiles y políticos y a los derechos económicos y sociales, que también deben ser reparados. En los estudios nacionales, se sostiene que el acceso a las tierras sería una medida de garantía para el derecho de alimentación a población vulnerable. Existen también estudios nacionales sobre el régimen común del derecho civil, y en los que el derecho civil como conjunto normativo que busca dar claridad y transparencia a las relaciones jurídicas entre particulares y la propiedad, no ha imperado con equidad e igualdad en la ruralidad, sino que por el contrario, el mismo ha facilitado que se perpetúen los despojos.

Finalmente, de la revisión bibliográfica se observa una ausencia de la perspectiva del constitucionalismo pero en particular el Constitucionalismo Social, el cual, como se mostrará en el capítulo siguiente, ofrece herramientas analíticas, teóricas y prácticas más coherentes para determinar los valores imperantes en un proceso de restitución de tierras en escenarios de conflicto armado. En otras palabras, a pesar que el Constitucionalismo Social está vigente ha sido un convidado de piedra de los estudios sobre restitución de tierras en el marco del conflicto armado.

2. El Constitucionalismo y la Restitución de Tierras: Aportes teóricos desde la dimensión social

Como se demostró en el capítulo anterior, la restitución de tierras en un contexto de conflicto armado ha sido documentada y analizada desde varios enfoques teóricos, caracterizados por una ausencia desde el constitucionalismo y particularmente de su dimensión social.

La pregunta que surge, es por qué utilizar y privilegiar el Constitucionalismo Social sobre los otros enfoques?. Al respecto, es claro que los "otros" enfoques expuestos en el capítulo anterior no son inoportunos en sí mismos, en realidad lo que se sostiene es que el constitucionalismo es una categoría teórica y analítica más general, comprensiva y oportuna, en la medida que tiene un mayor soporte normativo (constitucional, internacional y legal), que amplía la preocupación por la dimensión humana a su aspecto social, que integra los derechos humanos económicos y sociales, y por adecuarse mejor al contexto del conflicto sobre la tierra, particularmente en sociedades con estructuras o zonas geográficas rurales complejas de desigualdad e inequidad.

Pero qué es el Constitucionalismo Social? Y por qué este paradigma analítico podría ser más oportuno para evaluar la restitución de tierras?. Claramente no existe una respuesta unificada sobre qué es el Constitucionalismo Social?, y su comprensión debe ir de la mano del "constitucionalismo liberal", bajo la idea que éstas categorías no son el resultado de abstracciones teóricas puras ni autónomas, sino la respuesta a condiciones socio-históricas concretas.

Para comprender el Constitucionalismo Social como una categoría de análisis, este capítulo se ha dividido en tres partes: En la primera se expone un concepto amplio de constitucionalismo que permite diferenciarlo de otras categorías como el derecho constitucional o la constitución en sí misma. En la segunda, se presentan las características fundamentales del constitucionalismo liberal para evidenciar sus características, de tal manera que facilite comprender y precisar –al menos idealmente– el perfil de sus valores. En la tercera, se estudia el Constitucionalismo Social desde varias razones que estructuran su contenido, las cuales se organizan de la siguiente manera: i) la razón teórico-histórica originaria de la categoría; ii) el

contenido histórico normativo originario, el cual abarca el nivel constitucional y legal; iii) el reconocimiento e inclusión de los valores sociales en el re-establecimiento de los Estados Constitucionales; iv) la inclusión y articulación con los derechos humanos económicos y sociales y; v) la fortaleza teórica contemporánea.

Los sub-temas no son casuales y menos aislados, pues se sostiene que justamente a partir de la revisión de dichos elementos, se podría reconstruir un conjunto de valores o indicadores que estructuran la dimensión social del constitucionalismo. En otras palabras, este recorrido, que parece una suerte de arqueología jurídica permite sustentar la fundamentación y aplicación de este constitucionalismo en la restitución de tierras.

Es necesario aclarar que si bien la labor de "arqueología" jurídica se enfocará en la experiencia de Colombia y Guatemala. Seguramente podría ampliarse a muchos países, conforme a la tesis del constitucionalista e historiador BERND MARQUARDT, de las olas regionales de transformación constitucional, pero como el objeto de investigación es la experiencia de restitución de tierras en dos países, entonces se privilegiará, por lo menos en el aspecto de fuentes primarias los países a comparar, sin negar la posibilidad de hacer citas al margen de otros ordenamientos jurídicos[73].

2.1 El Constitucionalismo

El concepto de constitucionalismo parece muy cercano a otras categorías como "constitución", "derecho constitucional" y "Estado con constitución", y por ello, este aparte intenta precisar el concepto y uso del "*constitucionalismo*" al cual se acoge esta investigación, sin pretender elaborar una nueva perspectiva, en la mediad que para los objetivos de esta disertación no resulta necesario.

La idea principal es que el constitucionalismo se pregunta por el contenido y no por la forma, no se limita a valorar el formalismo de la existencia o no de un texto constitucional, sino a evaluar el contenido valortivo del mismo. Por lo tanto, el constitucionalismo intenta superar el

[73] En ese sentido, se intenta seguir la crítica a los enfoques nacionales y a la literatura jurídica aislada formulado por (Marquardt, 2011a, págs. 7-10)

legalismo de las aproximaciones *iuspositivistas*. Por ejemplo, el derecho constitucional se centra en comprender la funcionalidad e integralidad de las normas constitucionales como un sistema, y a su turno el Estado con constitución se refiere a la existencia o no de una norma con superioridad que regule el funcionamiento y la operatividad del Estado, sin indagar por los contenidos particulares de la norma. Así, a modo ilustrativo, un Estado con una constitución que centraliza el poder en un único órgano, que no reconoce derechos fundamentales y restringe la participación, seguramente se valoraría como una especie de dictadura, pero, por el siempre hecho de tener un texto fundamental, sería válido referirse a él como un Estado con constitución, y además se podría hacer derecho constitucional, el cual estaría enfocado a defender la coherencia interna de la norma.

Por el contrario, el constitucionalismo no se limita a la norma ni al formalismo de su existencia. El constitucionalismo indaga el contenido normativo, las prácticas, la historia y los procesos, de tal manera que no cualquier contenido sería aceptable[74]. En ese sentido, y siguiendo a BERND MARQUARDT: el "*constitucionalismo moderno […] sería más bien como un sistema de valores que se formó en el proceso histórico, se transformó en ciclos complejos de retroalimentación y, en general, se difundió en movimientos de recepción y adopción en el espacio transnacional del continente europeo, del mundo neo-europeo en las dos América y de las otras partes del planeta"* (Marquardt, 2011a, pág. 30)

Algunos autores han limitado ese sistema de valores a categorías básicas. Por ejemplo, el historiador del derecho MARIO LOSANO afirma que el sistema de valores del constitucionalismo se reduce a cinco: "*1. estructura del Estado y derechos y deberes de quien ostenta cargos públicos; 2. Electorado activo y pasivo y formas de elección; 3. Separación y distribución de poderes; 4. Libertades individuales organizadas en una especie de bill of rights*; *5. Técnicas para modificar el texto constitucional*" (Losano, 1982, págs. 92, 93), y dichos valores deben ser incluidos irrenunciablemente en toda Constitución.

---

[74] En el mismo sentido TEITEL afirma que: "*Constitutionalism herein is understood broadly, not just as the positive law of written constitutions but as the set of fundamental legal and political norms and practices that are constitutive of the polity*" (Teitel, 2011, pág. 57), y ARANGO RIVADENEIRA "*[Entiende] por constitucionalismo un planteamiento político que pretende trascender el legalismo y hacer que los sistemas jurídicos respeten determinados valores materiales, entre ellos la democracia y los derechos humanos, para lo cual se hace necesario la creación de cortes constitucionales encargadas de contribuir a la realización de dichos valores*" (Arango Rivadeneira, 2004, pág. 61). También se defiende esta posición en (Alvarez Tafur, 2012).

Por su parte el jurista español MANUEL ATIENZA considera que son tres los valores fundantes, y su posición implícitamente asimila el constitucionalismo al Estado constitucional[75]. Según el profesor español:

> *"Por Estado constitucional, […] no se entiende simplemente el Estado en el que está vigente una Constitución, sino el Estado en el que la Constitución […] contiene: a) un* ***principio dinámico del sistema jurídico político****, o sea una* ***distribución formal del poder*** *entre los diversos órganos estatales, b) ciertos* ***derechos fundamentales*** *que* ***limitan*** *o* ***condicionan*** *(también en cuanto al contenido) la producción, la interpretación y la aplicación del* ***derecho****, c)* ***mecanismos de control de la constitucionalidad de las leyes****. […] En realidad, el ideal del Estado Constitucional (la culminación del Estado de derecho) supone el sometimiento completo del poder al derecho, a la razón: la fuerza de la razón, frente a la razón de la fuerza".* Negrilla fuera del original (Atienza, 2011, págs. 10, 11)

Por su parte MARQUARDT propone desde una perspectiva histórica y de fuentes primarias –desde el siglo XIX hasta el siglo XXI–, un sistema más amplio con 18 indicadores, donde trece se consolidaron en el largo siglo XIX, y cinco entre el XX y XXI.

> "***Criterios cualitativos de transformación para el largo siglo XIX (1776 - 1916)***
>
> *1) El autovínculo normativo del poder estatal por una constitución formal al estilo de una codificación completa del derecho político.*
>
> *2) el republicanismo en lugar de la monarquía dinástica del antiguo régimen.*
>
> *3) El reconocimiento de los derechos humanos –con base en el derecho natural– como derechos fundamentales.*
>
> *4) La especial garantía del derecho a la vida […]*
>
> *5) La abolición de la esclavitud y el reconocimiento de la pertenencia a la nación y la ciudadanía para minorías étnicas y religiosas […]*

[75] Efectivamente el constitucionalismo es cercano al Estado constitucional, sin embargo, el primero es más amplio en la medida que no se limita a un país.

6) La inclusión de grandes partes del pueblo en el proceso político por el sufragio universal masculino.

7) El desarrollo de un modelo de separación horizontal de poderes con un balance equilibrado entre los dos poderes más políticos, el ejecutivo y el legislativo.

8) Un jefe de Estado refrenado tanto temporal e institucionalmente como obligado a asumir la responsabilidad por su conducta […]

9) la realización de la supremacía de la constitución por la posibilidad de defenderla ante una corte suprema.

10) La separación vertical de poderes por el federalismo o regionalismo con sus opciones aumentadas de la participación y de la inclusión de la oposición en la responsabilidad política.

11) La emancipación del Estado del poder de organizaciones supranacionales religiosas como la Iglesia católica.

12) La calidad del Estado protector y su habilidad a garantizar la seguridad y paz interna.

13) La validez de la constitución por un periodo real […]

Criterios cualitativos adicionales del siglo XX y XXI (desde 1917)

14) la realización de la igualdad entre los géneros, especialmente por medio del sufragio femenino.

15) La no elusión del núcleo constitucional por las neuvas estrategias del estado de sitio y de las facultades especiales; además, la renuncia a intervenciones anti-democráticas en forma de prohibiciones de partidos políticos indeseados.

16) El Constitucionalismo económico con el fin de promover y acelerar la transformación industrial.

17) ***El Constitucionalismo Social para garantizar la seguridad y la justicia socioeconómica contra los riesgos del empobrecimiento y la marginalización en la sociedad industrial.***

18) El constitucionalismo medio ambiental, orientado a la sostenibilidad y la habilidad al fuguro de la sociedad industrial […]" Negrilla fuera del original (Marquardt, 2011a, págs. 32, 33)

Uno de los elementos comunes de los autores expuestos, es el reconocimiento de derechos fundamentales. Sin embargo, los dos primeros no precisan sin son solo los civiles y políticos, o también económicos, sociales y culturales. En cambio MARQUARDT, en el indicador 17

evidencia de manera general la existencia de un contenido social, el cual dará lugar a incluir los derechos sociales, acompañados de una estatalidad social.. Ahora, dado que el indicador por sí mismo no desarrolla sus contenidos concreto, o si se quiere sus sub-indicadores, entonces carece por sí mismo de patrones específicos que permitan hacer evaluaciones y contrastes o incluso comparaciones. Por ello el ejercicio de reconstrucción que se propone este capítulo resulta oportuno y necesario, pues además de ser un avance en la teoría constitucional, permite construir un marco marco de patrones contrastables con las medidas de restitución de tierras.

En suma, el constitucionalismo no se reduce a las normas positivizadas en textos constitucionales, sino al catálogo de valores y normas jurídicas y políticas fundamentales que en el largo plazo se comprobaron como "*la vía exitosa del constitucionalismo moderno*" (Marquardt, 2011b, pág. 126).

De manera complementaria, MARQUARDT asegura que la historia del Estado Republicano Democrático, "*idealmente, se puede presentar la dinámica global de la transformación ilustrada del Estado desde 1776 como un modelo de olas con complejos intervalos consecutivos, sincrónicos o contrario… Más adecuadamente, se puede estructurar la historia de 230 años de la imposición del Estado constitucional republicano-democrático en siete fases, cada una estimulada por un factor específico de sincronización."* (Marquardt, 2009, pág. 152).

Para el caso de la historia del Estado Constitucional en América Latina entre 1810 y 2010, MARQUARDT señala que esta se puede esquematizar en seis fases. La primera fase es la de la "transformación originaria" entre 1810-1847, "*en la cual es Estado constitucional republicano-democrático se instaló y se probó"*. La segunda fase, comprendida entre 1848 a la década de 1880, se caracterizará como la fase "*del alto liberalismo"*, pues se implantaron los valores del liberalismo más idealista, convirtiendo a "*Colombia, Argentina, México y Venezuela en los Estados constitucionales líderes de Occidente. [Por su parte] [l]as repúblicas originalmente moderadas de Chile y Guatemala entraron a esta segunda fase en la década de 1870"* (Marquardt, 2009b, pág. 189). La tercera fase es denominada como la del "*Estado constitucional madurado"* que abarca aproximadamente desde 1880 a 1916 la cual "*estuvo bajo el signo de la consolidación de la estatalidad nacional y del orden de la paz interna, a lo cual perteneció también la involución de varias transformaciones del liberalismo radical"* (Marquardt, 2009b, pág. 189). Posteriormente vendría la fase de Constitucionalismo Social

como un complemento del republicanismo ilustrado del siglo XIX, entre 1917 a 1949. La quinta fase, o la fase de crisis del Estado Hispanoaméricano causada por la transformación industrial, o también denominada la "*fase del anticonstitucionalismo*" que iría desde 1949 a la década de 1980. La sexta y última fase inicia en 1985 a la fecha y es la fase de la "*regeneración del Estado constitucional republicano-democrático e Hispanoamérica"*, ésta representa la salida de las dictaduras y la restauración del constitucionalismo liberal y social –ampliado en lo democrático y lo ambiental–, en una dimensión más amplia conocida como el "*Estado Social de Derecho*" o el "*Estado Republicano Democrático y ambiental*"[76].

Cada una de estas olas tiene su perfil propio, y para los fines de este capítulo, se le dará una particular atención a las características liberal-democrática contenida en las dos primeras olas, en la medida que Colombia y Guatemala comparten en términos generales la inclusión del constitucionalismo liberal en un mismo periodo de tiempo. En la segunda parte se desarrollará la cuarta fase por corresponder está a la fase social, nuevamente en consideración a la similitud de los países en estudio[77]. Y por último la fase del restablecimiento del Estado Constitucional.

2.2 El mundo individual, formal y abstracto del constitucionalismo liberal

En este apartado se abordará las características principales del constitucionalismo liberal y posteriormente su materialización en los casos de Colombia y Guatemala, para así establecer un panorama que permita identificar puntos comunes desde lo teórico y lo normativo.

---

76 Para una ampliación detallada de las fases del Estado Constitucional Republicano Democrático y del Estado Constitucional en América Latina ver: (Marquardt, 2009b, págs. 147-190) (Marquardt, 2011a, págs. 14-96).

77 Vale la pena señalar que para los propósitos de esta disertación no es necesario hacer un recorrido minucioso por la fase del "Estado constitucional maduro" entre 1880 a 1916, pues en términos generales no se alteró la fundamentación de la propiedad, salvo en el tema de permitir de nuevo la adquisición de propiedad raíz por entidades religiosas. Un ejemplo de este continuismo ilustrado lo presenta la Constitución Política de la República de Colombia de 1886, pues esta norma reiteró: que las autoridades deben proteger los bienes de las personas (Art. 19), protegió los derechos adquiridos con justo título y la expropiación siempre que hubiese indemnización (art. 31), protección de la propiedad en tiempos de paz, salvo por motivos de utilidad y bajo indemnización, la posibilidad de expropiar la propiedad en tiempos de guerra sin previa indemnización (art. 32 y 33), prohibió la pena de confiscación (art. 34), la protección de los destino de los bienes testados (art. 36), la prohibición de propiedades sometidas a gravámenes perpetuos que restringa la enajenación (art. 37).

2.2.1 Constitucionalismo liberal: elementos teórico-conceptuales.

El constitucionalismo liberal surge con las revoluciones ilustradas de finales del siglo XVIII e inicios del siglo XIX en la América Británica, Francia y en la América Española. Su fundamento se encuentra en las ideas de la ilustración y su forma de ver el mundo, a partir de criterios universales. La ilustración defendió los derechos humanos y fundamentales de tipo universal, y consideró que los derechos subjetivos recaen sobre los individuos[78].

Según MARQUARDT:

> "*El contenido del derecho natural de la Ilustración podría caracterizarse como social-newtoniano. […] Análogamente, el derecho natural ilustrado recibió una figuración mecanicista, atomista y racionalista que fue transferida, en un sentido exigente, a la sociedad humana, que debía reestructurarse alrededor de su entidad atómica, el individuo, caracterizado como razonable, autónomo e igualitario. Los fundamentos de la organización social no fueron más segmentos señoriales y comunales, sino individuos con derechos fuertes de autonomía, que deberías gravitar y centrifugar como los átomos. Respecto al Estado, el social-newtoniamismo tuvo como consecuencias la estructura individual de los derechos humanos y de la propiedad […]"* (Marquardt, 2009, pág. 18 y 19)

El constitucionalismo liberal desarrolló importantes valores, tales como un gobierno limitado por medio de la separación de poderes y del control de la constitucionalidad legislativa, destinado a la garantía de los derechos individuales o de autonomía, (García Villegas, 2007, pág. 304 y ss)[79].

Los valores que desean destacarse en esta investigación, por estar claramente conectados con los valores sociales son: El individualismo, la preeminencia de derechos civiles y políticos, la igualdad y la justicia formal, la función privada de la propiedad, y la justicia correctiva.

---

78 Ver: (Marquardt, 2011a, pág. 221 y ss)

79 MARQUARDT presenta un total de 13 valores, sin embargo esta investigación interesan el reconocimiento de los derechos humanos y fundamentales en relación al individuo y la propiedad. (Marquardt, 2009b, pág. 151).

La perspectiva liberal asume que la sociedad está constituida en últimas por el individuo[80], así que lo más importante es el sujeto que la sociedad[81]. Se trata de idea fundada en una abstracción, pues asume que el individuo existe por sí mismo y que en razón a sus libertades inherentes, puede decidir autónoma y libremente su destino. Por lo tanto, la persona queda desconectada de su realidad social, pues el individuo existe en sí mismo en cualquier parte y en cualquier sociedad[82].

Ahora, todos los individuos tienen un derecho especial que es la libertad, entendida como la capacidad de auto-determinarse y de elegir las opciones que estime valiosas y de ejercer sus derechos, también conocida como libertad contractual. La libertad, por ser una facultad, lo primero que exige es la ausencia de intervenciones u obstáculos ilegítimos sobre la misma. Ningún otro individuo puede restringir la libertad y en particular el Estado debe evitar cualquier intromisión ilegítima en la libertad de los ciudadanos. Bajo este presupuesto, el Estado actúa como un árbitro imparcial y neutro en las relaciones de las personas y solo interviene cuando se presenta una afectación ilegítima en el juego y competencia de los individuos. (Escobar Roca, 2005, pág. 8).

La idea de la libertad consolidará la prevalencia de los derechos civiles y políticos, los cuales, entendidos como derechos de defensa y de prohibición del Estado y terceros ante el titular. Entre otros está el derecho a libertad de expresión, la libertad de prensa, la libertad de movimiento, la vida (en términos formales)[83], la seguridad, la propiedad y la participación en asuntos políticos, pues éstos imponen restricciones –obligaciones negativas– al Estado y a los particulares[84]. Para el liberalismo, éste es el núcleo esencial de los derechos fundamentales y sin ellos no es posible hablar de un Estado legítimo, pues Estado existe justamente para garantizar

---

80 Esta "nueva" dimensión del ser humano viene del pensamiento ilustrado y de su esfuerzo por aplicar los postulados de la física mecánica y de los átomos propuesta por ISAAC NEWTON (Marquardt, 2014, pág. 6).

81 Como una clara expresión de crítica y superación del mundo estamentario del antiguo régimen (Fioravanti, 1996, pág. 36).

82 *Cfr.* (Tocqueville, 1996, pág. 118)

83 La garantía de la vida en el liberalismo se limita a una protección del individuo frente al gobierno de no ser afectado en su integridad, por lo tanto excluye cualquier acepción a categorías de "digna" o "adecuada". Ver: (Marquardt, 2011a, pág. 221 y ss)

84 La doctrina los ha llamado también "libertades negativas" o "derechos civiles", pues se asumen como garantías del individuo frente a los abusos e intromisiones del poder político, sobre los cuales se conserva total ejercicio pues hace parte de su <<señorío de la voluntad>>. Ver: (Zagrebelsky, 2011, pág. 82 y ss), (Fioravanti, 1996, pág. 30 y 35), (Aguilar Rubiano, 2010, pág. 14)

esos derechos a los individuos. Lo importante es que dichas libertades y garantías permiten al individuo decidir autónomamente sobre su proyecto de vida o sobre lo que estima virtuoso.

Con relación a la propiedad en el liberalismo, es necesario abordar la forma de acceso a la misma. En primer lugar, se supone que todos los individuos tienen igualdad de condiciones para acceder a ella, a partir de la libertad contractual, sin embargo, por lo menos para la propiedad sobre inmuebles, imperó dos regímenes. El propiamente civil, a través del cual los particulares transmitieron sus derechos entre vivos –compraventas, donaciones– o por herencia. En este régimen también opera las formas de la accesión, la prescripción adquisitiva ordinaria y excepcionalmente la prescripción extraordinaria[85]. Y el régimen público de acceso a la propiedad, en el cual el Estado, como una forma de financiar su funcionamiento ofrecía para la venta los terrenos nacionales o baldíos a los particulares, a quienes finalmente otorgaba el dominio. En el régimen público no operaba ni la posesión ni la ocupación, pues la única forma de obtener la propiedad sobre tales predios era por medio de la enajenación legítima que hiciera el Estado[86], el cual constituía título originario suficiente. En el régimen liberal-civil prevalece del registro del título constitutivo del dominio, y excepcionalmente (prescripción extraordinaria) el principio de relación material con el bien. Esto es importante porque demuestra que el principio de relación material es percibido como inferior ante el principio del título inscrito.

Ahora, el derecho a la propiedad sobre la tierra puede ser considerado como un elemento central en la historia y configuración del constitucionalismo[87], y más aún en el liberalismo, y

---

85 La prescripción ordinaria al exigir el justo título y la buena fe opera con mayor facilidad que la prescripción extraordinaria en la cual se carece de alguno de los dos elementos mencionados. Sin embargo, la prescripción extraordinaria es reconocida en el derecho civil colombiano pero no en el derecho civil guatemalteco, pues el ordenamiento jurídico del país centro americano opera la figura de la titulación supletoria.

86 *Cfr.* (Mauro & Merlet, 2003, pág. 7) y (Pérez Salazar H. , 1975, pág. 4 y ss). El régimen público en Colombia fue inicialmente regulado con la Ley de 13 de octubre de 1827.

87 Autores como ALVAREZ ALONSO presentan la historia del constitucionalismo a partir de la propiedad. Iniciando con los conceptos medievales, luego con los de la ilustración del siglo XVIII y XIX y posteriormente con las transformaciones sociales del siglo XIX. Ver. (Alvarez Alonso, 1999) y (Fernández Sarasola, 2001). Sin embargo, es difícil presentar un concepto que refleje la esencia de la propiedad al estilo de la concepción platónica, pues como acontece con el concepto del derecho, las definiciones, siguiendo la filosofía analítica responde a los usos y acuerdos dados por las personas al referirse a una "cosa" a partir de símbolos determinados. Lo que se entiende por propiedad responde más al contexto histórico y a la organización del sistema económico. Al respecto se puede consultar (Nino, 2003, pág. 11 y ss) y (Waldron, 1985, pág. 313).

ello se manifiesta en la defensa absoluta de la función privada e individualista del dominio, la cual expresa el civilista RAÚL OCHOA de la siguiente manera:

> "*La revolución Francesa tuvo un marcado carácter individualista. Aunque participaron en ella muchos sectores, con intereses distintos, finalmente se impuso la línea que pudo sacar adelante el Código Civil, no sin razón, llamado Código de los propietarios. Fue una revolución que buscó, fundamentalmente cambiar el concepto de propiedad sin atacarlo. Buscó lograr la liberación de todas las cargas y rezagos feudales para la propiedad. Buscó un derecho de propiedad individual,* ***seguro***, ***absoluto***, ***ilimitado*** *y* ***perpetuo****. En otros términos: una propiedad burguesa. Una forma de propiedad en la cual ésta se vuelve un objeto de derecho: una mercancía, por lo que exigen para ella ciertos atributos: debe circular libremente como cualquier mercancía; debe ser ajena a gravámenes, a limitaciones y a cualquier prohibición de enajenación*" (Ochoa Carvajal, 1999, pág. 100).

El individualismo de la propiedad es entonces la facultad o poder que tiene el propietario para disponer de manera libre –conforme a su voluntad– de sus bienes sin ningún tipo de limitación[88]. Así mismo, conlleva a una obligación pasiva y de exclusión frente a todo el universo de terceros[89]. De tal manera que el titular del derecho de dominio no asume mayores cargas públicas, a excepción de los impuestos a la renta[90]. En otras palabras, el individuo tiene total autonomía para hacer y deshacer con sus derechos siempre y cuando no afecte derechos de terceros. Esa es la propiedad liberal, un derecho que el ciudadano puede ejercer libremente, un derecho casi ilimitado, en donde "*la cosa sobre la que se tiene derecho se puede explotar y todas sus ganancias son para el individuos; [sin importar la sociedad]* (Betancur Cuartas, 1996, pág. 185).

---

88 Esta concepción de la propiedad es conocida como Teoría Subjetiva de la Propiedad, según la cual: "*Los derechos patrimoniales son reales o personales. Los derechos reales* –ius in rem– *le confieren a su titular un poder directo e inmediato sobre una cosa corporal. Los derechos personal* –ius in personam *o* ius ad rem– *le confieren a su titular un poder indirecto y mediato sobre la voluntad de otra persona para que realice una prestación. El poder de los derechos reales es directo e inmediato, porque su ejercicio no requiere el concurso de ningún otro ni precisa la intervención de las autoridades, salvo en casos de perturbación. El poder de los derechos personales es indirecto y mediato, porque su ejercicio requiere una conducta del deudor exigida coactivamente mediante el poder del Estado*" (Rengifo Gardeazabal, 2011, pág. 81)

89 Posición defendida desde la teoría objetiva de la propiedad (Rengifo Gardeazabal, 2011, págs. 56, 97)

90 Efectivamente, la única limitación fue la de pagar las contribuciones generales, tales como los impuestos, y eventualmente aceptar la expropiación bajo el supuesto de una necesidad pública legalmente reconocida con una indemnización justa y previa.

En últimas, la propiedad es un derecho absoluto y esencial del individuo (propietario), del cual dispone de manera libre, por lo que puede desde vender su derecho hasta destruirlo, por ello se trata de una propiedad que responde a los intereses económicos del sujeto y solo sirve para mejorar sus condiciones y garantizar su ciudadanía. Es una propiedad con un fin privado, un fin individual.

Continuando con el planteamiento liberal, cada individuo es igual, pues tiene plenas capacidades para actuar y relacionarse entre sus semejantes. Por venir de un concepto abstracto se trata de una igualdad formal, y ello implica asumir –teóricamente– que todos los individuos tienen la capacidad de enfrentarse en el ring de un mercado anárquico de bienes y servicios, donde se materializada automáticamente una distribución y un uso eficiente de los bienes (Marquardt, 2011a, pág. 329). En palabras directas, tanto el educado, como el analfabeta, el hombre como la mujer, el indígena, el afrodescendiente, el criollo, e incluso la víctima de violaciones de derechos fundamentales son iguales entre sí y ante el Estado, por lo tanto están habilitados para entablar libremente relaciones contractuales plenas[91].

La libertad e igualdad formal del liberalismo adquiere su mayor desarrollo con la expedición de los códigos civiles, que es el código de los "iguales". Así: "*El código civil garantiza jurídicamente la libertad del individuo respecto al Estado, tutela el uso autónomo de su propiedad y no interfiere en sus relaciones con los demás individuos, interviniendo solamente si una de las partes pide la asistencia del Estado contra la que no ha respetado los pactos*" (Losano, 1982, págs. 66, 67). La expedición de un código civil racional, sistemático e integral, intentaba democratizar el acceso al conocimiento jurídico, pues a partir de enunciados supuestamente claros y directos, cualquier ciudadano tendría la posibilidad de conocer y comprender la ley, así como sus derechos y obligaciones[92] (Merryman, 1971, págs. 63, 64), aunque en realidad se trata de un libro para la élite, para los educados con capacidad de consultarlo.

La igualdad formal tendrá un particular desarrollo en los códigos procesales, los cuales asumen que cada individuo tiene el derecho y la plena capacidad de acudir al aparto judicial cuando

---

91 De manera metafórica BERND MARQUARDT lo expresa como el darwinismo del más fuerte, en el cual compite "el lobo libre frente a las ovejas libres". Tomado de las sesiones de tutoría. Bogotá, agosto de 2014.

92 La manifestación de tal idea democratizadora fue que el desconocimiento de la ley no servía de excusa para su incumplimiento.

estime afectado un derecho. Además, siguiendo el principio de "*igualdad procesal de las partes*", que guía las disputas litigiosas, el demandante y el demandado durante el proceso actúan en un plano de igualdad, y por lo tanto ambos tienen la misma posibilidad de aportar las pruebas para defender su derecho, así como de interponer los recursos (igualdad de armas). En dicho debate procesal el Estado debe limitarse a un rol mínimo o de árbitro, toda vez que la justicia no está en la realidad, sino en la normas[93]. Finalmente en este juego de iguales, la justicia se limita a aplicar procedimientos que supone coherentes con los derechos del individuo y a reparar y corregir el daño causado.

Conforme a lo dicho, la justicia del liberalismo es correctiva, pues toda afectación a la libre disposición de los derecho individuales debe ser reparada a partir de la recuperación de las condiciones originales y previos a la afectación, pues de esta manera se garantiza la el libre desarrollo de los proyectos y planes personales. Este tipo de justicia es formal y retrospectiva pues se limita a un restablecimiento de los derechos del pasado, sin considerar si esa es la forma efectiva de permitir el ejercicio de la autonomía personal.

En palabras de PABLO KALMANOVITZ:

> "*la [Justicia Correctiva] es individualista, en el sentido de que sus derechos y obligaciones son activados en el contexto de transacciones interpersonales, y más específicamente de daños y pérdidas sufridas personalmente […] La [Justicia Correctiva]* se *orienta hacia el pasado, en el sentido de que busca remediar actos dolosos previos. En consecuencia, cualquier programa de [justicia correctiva] debe como tal incluir algún tipo de investigación histórica, […] la [justicia correctiva] conlleva, necesariamente, una transferencia de bienes a [sus originales propietarios]"* (Kalmanovitz, 2010, pág. 64 y 65)

La justicia correctiva relacionada con la propiedad se fundamenta en evaluar la legalidad de la adquisición, pues se deben respetar los títulos, los modos y condiciones establecidos en la constitución y la ley. Por ello, el derecho de propiedad es respetado bajo el presupuesto de haber sido adquirido de manera justa o legal, pero si hay injusticia en la adquisición, el Estado como protector de los derechos debe procurar la

[93] *Cfr.* (Couture, 1979, pág. 66 y ss), (Gómez Colomer, Planchadell Gargallo, & Et al, 2010, pág. 118)

recuperación o restitución de las condiciones anteriores a la injusticia sufrida. En últimas, el fin de la justicia liberal es corregir la ilegalidad de la adquisición y las usurpaciones (Ochoa Carvajal, 1999, pág. 104).

En otras palabras, el liberalismo procura que exista legalidad y transparencia en las transferencias del dominio y no aprueba un mercado ilegal o fraudulento de la propiedad. Por lo tanto la aplicación correctiva de la justicia pretende enmendar todas las anomalías e irregularidades en los negocios jurídicos, de tal manera que se restituya el título jurídico formal, legítimo y previo de la relación con la propiedad, y la recuperación del título sería la medida suficiente para reparar el daño.

2.2.2 Constitucionalismo liberal en América Latina. Los casos de Colombia y Guatemala

Para el caso de América Latina, la propiedad en la colonia mantenía estructuras del antiguo régimen como la mita, o la encomienda, reguladas a partir del Derecho Indiano[94], y también había una fuerte concentración de la tierra en manos de la iglesia católica[95] propios de sistema feudal, que dificultaba en gran medida el comercio de la tierra[96]. Se trataba de una propiedad estática.

Sin embargo, con la revolución ilustrada del siglo XVIII y XIX se da un quiebre profundo desde lo teórico y normativo a la concepción medieval de la propiedad, iniciando una transformación de las estructuras mixtas y comunales de la tierra, para defender e imponer nuevas estructuras individuales, especialmente en las zonas geográficas más cercanas a los centros de poder.

---

94 Según MARQUARDT "*a las [zonas de presencia de los colonos en América,] se había transferido en el siglo XVI, bajo el gobierno del Sacro Emperador Romano CARLOS V y de su hijo, el REY FELIPE II de Castilla, el paquete completo de la civilización agraria europea de ese entonces […] inclusive las estructuras feudo-segmentarias y estamentales*". (Marquardt, 2011a, pág. 99). También hubo un trasplante de figuras del derecho de Castilla como el mayorazgo que fueron aplicadas en América Latina y que además iban acompañadas de toda una cultura del prestigio al poseedor de la tierra. *Crf.* (Crow, 1992, págs. xxvii, xxviii). Otras figuras de la propiedad del *ancient regime* fueron los censos, la enfiteusis y el usufructo (Ochoa Carvajal, 1999, pág. 99).

95 Así lo afirma Osuna Patiño: "*La propiedad de la tierra se había concentrado en manos de la iglesia católica y de algunos pocos terratenientes que compartían el poder político con la Corona"* (Osuna Patiño, 2006, pág. 2)

96 Ver también (Reyes Posada, 1987, págs. 31, 32).

A partir de las tesis ilustradas y liberales se concebía la propiedad sobre la tierra ya no como una especie de patrimonio perpetuo[97] ni como una propiedad comunal o mixta, sino como un bien sobre el cual recaía un derecho subjetivo que abría la puerta para ser transada en un mercado de intercambios, dando fin a la "propiedad feudal"[98]. Por ello, el constitucionalismo liberal del siglo XVIII y XIX, daría una primera gran reforma agraria enfocada a la eliminación de todos los obstáculos para el mercado de tierras y se implantaría la propiedad burguesa de tipo individual[99].

La imposición de la propiedad individual pasó por los textos constitucionales de las nuevas repúblicas, y por los posteriores desarrollos legislativos[100]. Las constituciones republicanas de la primera fase de "*transformación originaria*" en América Latina, y específicamente entre Colombia y Guatemala coinciden en reconocer un catálogo de derechos naturales universales a todos los individuos[101], que se consideran esenciales, entre los cuales está la libertad, la igualdad (formal), la seguridad y por supuesto el derecho a la propiedad[102]. La propiedad en términos generales es definida como "*aquel [derecho] que pertenece a todo ciudadano para gozar y disponer a su gusto de sus bienes, de sus adquisiciones, del fruto de su trabajo y de su industria*"[103]. El

---

97 El ejemplo de ello es la figura ya citada del mayorazgo. Sobre los mayorazgos consultar (Suescún, 2001, págs. 208-211)

98 *Cfr.* (Polanyi, 1989, pág. 291), (López Guerra, 1998, págs. 114, ss).

99 Para una genealogía del liberalismo desde un enfoque económico se puede consultar a (Pérez Salazar M. , 1999).

100 Al respecto BELLO criticaba directamente el derecho indiano por su falta de organización, de codificación y de sistematicidad, y lo calificaba como un laberinto jurídico, por tanto, dicha normatividad debía ser derogada con una norma racional e ilustrada. BELLO, citado por (Jaksic, 2001, pág. 193)

101 En la fase de la transformación originaria tenemos:
Colombia: Constitución del Estado Libre e Independiente del Socorro de 1810 arts. 2 y 4, Constitución del Estado de Antioquia de 1812 preámbulo y art. 1 núm. 13 y 15, Constitución Provisional de Antioquia de 1815 art. 1, núm. 5., Constitución de Cartagena de Indias de 1821 núm. 7, 15, 16, Constitución del Estado de Mariquita de 1815 núm. 27, Constitución de Neiva de 1815 art. 1 núm. 17, Reglamento para el Gobierno provisorio de la Provincia de Pamplona de 1815 núm. 110, 113 y 149, Constitución de la Provincia de Popayán de 1814 arts. 168, 172, Constitución de la República de Tunja de 1811 capítulo 1 núm. 12 y 14, Constitución del Estado de Cundinamarca de 1812 núm. 19, 21, Constitución de la República de Colombia de 1821 arts. 1 y 177, la Ley sobre extinción de los tributos de los indígenas y distribución de sus resguardos de 1821 la cual ordenó que las tierras comunales fueran distribuidas a familias particulares, Constitución de la República de Colombia de 1830 art. 146, Constitución de la Nueva Granada de 1832 arts. 193, 197, y Constitución de la República de la Nueva Granada de 1843 art. 162.
Guatemala: Constitución de la República Federal de Centro-América preámbulo y arts. 2 y 175, Constitución Política del Estado de Guatemala de 1825 arts. 20, 28 y 31, y el Decreto No. 76. Declaración de los Derechos del Estado y sus habitantes de 1839 arts. 10, 11 y 13.

102 *Cfr.* (Uprimny Yepes & Uprimny Yepes, 2008, págs. 52, 53) y (Bustos Bottai, 2009, págs. 25,26).

103 Constitución del Estado libre de Neiva de 1815 Neiva, Biblioteca Luis Ángel Arango del Banco de la República, Sala de Libros raros y Manuscritos, Bogotá. Editado por (Marquardt, 2011c, págs. 333-346). Tomo esta definición por ser a mi juicio la más clara y detallada en el nivel constitucional.

concepto liberal de la propiedad en el nivel legal llegaría a Colombia y a Guatemala por el trabajo de codificación de BELLO[104], quien a su vez tuvo como referente el Código de Napoleón de 1804, donde se define la propiedad como "*el derecho de gozar y de disponer de las cosas de la forma más absoluta*"[105], y presenta en su Código Civil una defensa de la propiedad claramente individual al definirla como:

> "*El dominio, (que se llama también propiedad), es el derecho real en una cosa corporal, para gozar i disponer de ella arbitrariamente; no siendo contra lei o contra derecho ajeno*" (sic) (Código Civil de Chile de 1856 art. 582)

La segunda fase del constitucionalismo en América Latina, o la fase del "*alto liberalismo*" sería en gran manera influyente en la profundización de los valores democráticos, pero en relación a la propiedad conservaría la concepción de inviolabilidad y de garantía fundamental de la primera fase, como lo recoge la Constitución del Estado federado de Panamá de 1868:

> "*Art. 19 Son derechos que el Estado reconoce i garantiza a todo individuo de la especie humana, que se encuentre en su territorio, los siguientes: […] 22. La propiedad: no pudiendo ser privado de ella sino por pena, o por contribución general, con arreglo a las leyes, o cuando asi lo exija algún grave motivo de necesidad pública, judicialmente declarado, i previa indemnización. En caso de guerra, la indemnización puede no ser previa, i la necesidad de la espropiacion puede ser declarada por autoridades que no sean del orden judicial. 1. Lo*

---

[104] El trabajo de BELLO podría ser considerado como el principal referente en el derecho privado latinoamericano en relación al derecho civil, y como el principal referente del derecho internacional, sin desconocer sus aportes a la gramática. En relación al derecho civil, el Código de Bello se difundió en los Estados de la Confederación Granadina de Santander (1858), Cundinamarca y Cauca (1859), Panamá (1860), Antioquia (1865), El Salvador (1859), Nicaragua y Honduras (1871, 1880), Venezuela (1863), Uruguay (1869), Argentina (1869), Paraguay (1876), Brasil (1858, 1860-1865), México (1871, 1884), Guatemala (1887), Costa Rica (1888). Una descripción ampliada de la difusión e influencia del Código Civil de Bello en América Latina se encuentra en (Jaksic, 2001, págs. 207-210).

[105] Sin olvidar que ya los revolucionarios franceses en el artículo 17 de la Declaración de los Derechos del Hombre en Sociedad habían adjetivado a la propiedad como sagrada. *Cfr.* (López Guerra, 1998, pág. 115). Así se evidencia en la traducción de los Derechos del Hombre de Antonio Nariño en 1793: "*Art. 2 El objeto de toda asociación política es la conservacion de los derechos naturales é imprescriptibles del hombre. Estos d[erech]os son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión […] Art. 17 Siendo las propiedades un d[e]r[ech]o inviolable y sagrado ninguno puede ser privado, sino es quando la necesidad publica, legalmente hecha constar, lo exige evidentemtne, y baxo la condición de una preliminar y justa indemnización*"(sic). *Los Derechos del Hombre de Antonio Nariño (1793).* Manuscrito original, conservado en la Biblioteca Nacional de Colombia, Bogotá. Editado por (Marquardt, 2011c, págs. 13-16)

dispuesto en este inciso no auitoriza para imponer pena de confiscación en ningún caso." (sic).[106]

Lo anterior sin desconocer que en el "*alto liberalismo*"[107] se profundizan las políticas de imposición de la propiedad privada a través de la disolución de las tierras comunales por tierras individuales[108], y se prohíbe que las comunidades, corporaciones o entidades religiosas adquieran bienes raíces, para garantizar así que toda la propiedad raíz circule en el mercado de la tierra. En otras palabras, se elimina toda institución a favor de manos muertas. También se prohíben el despojo y las penas de confiscación[109].

Conforme a lo desarrollado, se puede recapitular afirmando que la ilustración generó una transformación global, desde lo normativo y conceptual de la sociedad en América Latina, al defender un individualismo absoluto, una libertad e igualdad formal, los derechos civiles y políticos, un Estado mínimo, la propiedad y su función privada, y la justicia correctiva. Ideas

---

106 Constitución del Estado soberano de panamá de 22 de diciembre de 1868, Panamá, Imprenta del Estado, 1868, p. 19, Biblioteca Nacional de Colombia, Fondo Antiguo, Bogotá. Editado por (Marquardt, 2011c, págs. 1227-1246). Esta redacción la destaco por ser la menos machista, pues se refiere a "*individuo de la especie humana*", mientras el resto de constituciones utilizan la categoría de "*miembros*", *"habitantes"*, *"granadinos" e "individuo"*.

107 En la fase del alto liberalismo tenemos:
Colombia: Ley 22 de junio de 1850 con la "Imposición forzada de la propiedad privada en la zonas rurales por medio de la disolución de las tierras comunales" (Marquardt, 2011a, pág. 209), Constitución de la Nueva Granada de 1853 art. 5 núm. 3, Constitución Política del Estado de Cundinamarca de 1857 arts. 10 y 12, Constitución Política del Estado de Magdalena art. 5 núm. 3, Constitución política para la Confederación Granadina de 1858 art. 56 núm. 3, Constitución Política del Estado Soberano de Antioquia art. 1863 art. 13 núm. 5, Constitución Política para los Estados Unidos de Colombia de 1863 art. 15 núm. 5, Constitución del Estado federado de Panamá de 1868 art. 19 núm. 22, Constitución Política del Estado Soberano de Cundinamarca de 1870 art. 54.
Guatemala: Ley Constitutiva de la República de Guatemala de 1879 arts. 16, 20, 21 y 28.

108 SAFFON destaca que la história inequitativa distribución de la tierra la origina la política de distribución individual del siglo XIX, en palabras de la autora: "*The country's unfair distribution of land can be traced back to the nineteenth century, when the State allocated great extensions of public vacant lands to very few businessmen, by selling them at low prices or by issuing bonds and vouchers redeemable in land in order to meet public debt obligations. Substantial portions of the allocated land were not exploited by their owners and soon became occupied by settlers*" (Saffón, 2010, pág. 118). En el caso de Bolivia la distribución individual de la tierra se profundiza a inicios del siglo XX, con el intento por parte de los gobiernos liberales de extender la frontera agrícola a las tierras baldías del oriente y norte del país (Urioste Fernández de Córdova, 2011, pág. 11). Para el caso de Guatemala se puede ver (McCreery, 1990) y (Woodward, 1990).

109 Situación no muy distinta a lo acontecido en Europa, pues según POLANYI: "*La desamortización de las tierras de la Iglesia, por ejemplo, fue uno de los pilares fundamentales del Estado moderno hasta la época del Resurgimiento italiano y, además, uno de los principales medios para transferir tierras a manos de las personas privadas… En Francia, y en la mayor parte de la Europa continental, el código de Napoleón instituyó formas burguesas de propiedad convirtiendo la tierra en un bien comercializable y a las hipotecas en un contrato civil privado"* (Polanyi, 1989, pág. 292).

que fueron implementadas en las primeras constituciones de América Latina, y en particular de Colombia y Guatemala[110][e1].

2.3 Constitucionalismo Social: Arqueología conceptual y aplicabilidad

Como se expuso, esta sección busca reconstruir las características y la estructura del Constitucionalismo Social a partir de los elementos teóricos, normativos, históricos y comparados. Se ha considerado ésta es una labor necesaria porque si bien existe importante literatura que se refiere específicamente a la categoría propuesta –Constitucionalismo Social–, lo que se observa es la ausencia de sistematización integral. Ello se presenta porque los estudios tienen diferentes enfoques: algunos un enfoque teórico-amplio en los cuales se evidencia el perfil social del constitucionalismo, pero no desciende al nivel normativo constitucional ni legal. Otros estudios tienen una perspectiva histórica interesante pero tienden a quedarse en un nivel anecdótico. Así mismo, existen estudios constitucionales que desprecian la revisión de fuentes primarias de tipo legal. Y por último, el constitucionalismo y en concreto el social, es una categoría amplia e integradora de otras como los derechos humanos, siendo así, los derechos humanos no estarían por fuera ni paralelos al constitucionalismo, sino que serían uno de sus elementos integradores.

2.3.1 Justificación teórico-histórica originaria

Siguiendo a MARQUARDT, el surgimiento de los valores constitucionales de tipo social se ubican en dos factores: En primer lugar por la segunda subfase de la sociedad industrial, que en América Latina va desde 1914 a 1949. En este primer factor, "*la transformación fósil energética se manifestó en varias revoluciones parciales, especialmente en la revolución del sistema de transporte y de comunicación, en la revolución de la urbanización y en la revolución demográfica*" (Marquardt, 2011b, pág. 71). Con este nuevo escenario, surge una preocupación social por los marginados y los pobres

[110] Se trata claramente de una transformación conceptual y normativa radical, pero esta investigación no pretende afirmar que el cambio en la sociedad se hubiera generado de manera directa y ampliada en todo el territorio.

que va dejando a su paso la revolución industrial[111]. Como segundo factor se encuentra el cambio paradigmático del individualismo a la sociedad, pues "*desde la segunda mitad del siglo XIX, las ciencias naturales y sociales estimularon otro tipo de pensamiento, crítico del atomismo y acentuador de la interdependencia, según el cual el ser humano tendría también una naturaleza social no menos marcada que la individual*" (Marquardt, 2011b, pág. 77). Se trata entonces de una superación a la idea abstracta del sujeto individual y aislado de su contexto, por la idea de un sujeto con una dimensión social o como miembro de una comunidad universal del género humano, de ahí que el ser humano no solo requiera de garantías como individuo, sino de garantías como integrante de una comunidad y/o de un grupo social[112], claro está, sin llegar a negar la autonomía de la persona ni su auto-responsabilidad (Escobar Roca, Martínez Soria, & García Manrique, 2013, págs. 1, 2).

Además del contexto histórico, el Constitucionalismo Social responde a los desafíos planteados desde el socialismo[113]. Las diferentes corrientes socialistas (utópico, anarquista, científico y reformista) partían de la desconfianza hacia las garantías individuales del liberalismo-burgués, pues dichas garantías respondían a una concepción ideal y abstracta de la persona humana sin ningún referente empírico, ya que la realidad mostraba la protuberante desigualdad entre las clases sociales (capitalistas – proletarios). La salida a dicha desigualdad varía dentro de las sub-corrientes socialista, y van desde las acciones educativas, la acción política violenta contra el Estado, la eliminación de la propiedad privada, la destrucción del Estado y el sistema económico, así como el estudio y comprensión profunda de la lógica burguesa, e incluso permitir el libre desarrollo del sistema capitalista hasta que él mismo, por sus contradicciones internas genere la oportunidad de tomar el poder y establecer un Estado Socialista[114].

Sin necesidad de introducir o profundizar los debates y las vertientes del socialismo, es importante destacar la "crítica reformista" del socialismo al constitucionalismo liberal, pues

---

111 *Cfr.* Con BUITRAGO GUZMÁN, quien sostiene los siguientes escenarios comunes del Constitucionalismo Social: 1) efectos de la industrialización, 2) surgimiento de la clase trabajadora, 3) empobrecimiento generalizado, 4) condiciones laborales precarias, 5) urbanización y el crecimiento demográfico, y 6) el surgimiento de partidos políticos de izquierda. (Buitrago Gúzman, 2009).

112 (Ordoñez Cifuentes, 2000, pág. 16)

113 Sin olvidar la importante incidencia política y social que realizaron movimientos sociales en países con un precario desarrollo del capitalismo, en especial los movimientos obreros, de campesinos e indígenas (Ordoñez Cifuentes, 2000, pág. 36).

114 Esta síntesis teórica se muestra simplista, pero ello responde a que esta disertación no requiere un mayor abordaje de este tema. Para una ampliación de las corrientes del socialismo ver: (García Villegas, Jaramillo P., Rodríguez Villabona, & Uprimny Yepes, 2012, pág. 487 y ss)

esta corriente afirma que el constitucionalismo liberal no es despreciable por sí mismo, pero si es un conjunto de valores insuficiente y limitado, por lo tanto, debe ser complementado a través de medidas que garanticen condiciones de existencia mínima. Se trata de medidas sociales, que desde un criterio de justicia social y distributiva permiten asegurar la dignidad humana[115] a través del acceso a bienes básicos[116].

Así que el Constitucionalismo Social es también una respuesta del constitucionalismo liberal a las críticas del socialismo reformista (en el sentido de la insuficiencia y la necesidad de perfeccionar los valores liberales)[117]. Por lo tanto, se comienza a introducir la idea de derechos y garantías sociales[118], de una ciudadanía social y de un mínimo de vida digna, y del Estado Social de Derecho (Marquardt, 2014, pág. 27).

El razonamiento teórico es el siguiente. El juego liberal de supuestos sujetos libres, capaces y autónomos, ha dejado a un número significativo de personas en condiciones socio-económicas deplorables. Ello se debe a que en el mundo de la libertad contractual, en realidad no hay una igualdad de los sujetos, sino personas que por sus condiciones de necesidad ingresan en el relacionamiento contractual en pérdida, pues antes que obtener un buen acuerdo económico, se ven obligadas a aceptar las condiciones "leoninas" impuestas por una de las partes[119]. El resultado es una población que está en condiciones precarias incluso para ejercer su ciudadanía y que se ve excluida de la participación en su comunidad política.

---

115 La categoría de la dignidad humana pertenece según ZAGREBELSKY al iusnaturalismo cristiano-católico, pero luego fue incorporada a constituciones y tratados internacionales de derechos humanos como en fundamento de la concepción contemporánea del derecho. (Zagrebelsky, 2011, pág. 67). Ver también (Aguilera Portales & Espino Tapia, 2010, pág. 60)

116 *Cfr.* (Ordoñez Cifuentes, 2000, pág. 12)

117 Para algunos autores como Romero Tobón, el desarrollo normativo social a nivel constitucional en América Latina de inicios del siglo XX, en realidad fue una forma como las élites hegemónicas, ante el miedo de las movilizaciones populares, minó el alcance de la nueva clase social. Ver. (Romero Tobón, 2014).

118 Garantías sociales complemento a las garantías individuales, pero además, como reconocimiento de grupos sociales específicos (obreros, mujeres, campesinos, adultos mayores), ya no al estilo de los estamentos comunidades o gremios medievales, sino a partir de la participación en la economía.

119 Ejemplo de dicha lógica de la prevalencia de la autonomía de la voluntad es el emblemático caso Lochner Vs. New York en 1905, cuando la Corte Federal de los Estados Unidos consideró que el Estado de New York a través de las medias sociales en favor del trabajador estaba violando el principio liberal de la autonomía de la voluntad, el cual permitía al empleador y al empleado acordar de manera autónoma las condiciones del contrato, y esa autonomía está exenta de toda intervención estatal, al respecto ver (López Medina, 2006, pág. 61). Otro ejemplo del uso arbitrario de la propiedad y la autonomía, es el del régimen de contratación del suelo agrícola en Argentina sobre la década de 1900, en el cual los terratenientes establecían discrecionalmente el canon de renta sobre el suelo a partir de un régimen de libre contratación conforme lo disponía el Código Civil argentino, y se entendía que "*nada obligaba a los agricultores a arrendar tierras si consideraban que los precios pedidos por los propietarios resultaban confiscatorios*" (Arcondo, 1980, pág. 352).

Ante la situación del pauperismo social, el Estado no puede conservar su clásico perfil abstencionista, mínimo o de mero árbitro imparcial. Por el contrario, el Estado debe reconocer la desigualdad de la población e intervenir tanto en la economía como en la libertad contractual, primero para fomentar el progreso económico incluyente, y segundo para corregir las desventajas objetivas de las personas a partir de una lógica compensatoria (Arango Rivadeneira, 2004, pág. 68).

La intervención del Estado en la economía no intenta derogar la autonomía de la voluntad ni la libertad contractual, ni estatalizar las ganancias empresariales, pero sí establecer algunas condiciones de ejercicio, sin afectar su núcleo esencial. Además, con la intervención y la planificación económica se buscó que la población excluida y marginada tuviera participación en el progreso económico, particularmente de las comunidades rurales como campesinos desposeídos e indígenas[120]. De ahí que, el intervencionismo Estatal sea un indicador estructural del Constitucionalismo Social.

Por otra parte, la compensación de las desventajas objetivas no responde a la idea de reparar un daño particular causado, sino, a la de corregir injusticias críticas e incluso históricas. Por ejemplo, a la que se sometía quien vendía su fuerza de trabajo y como resultado de ello sufría un accidente que le incapacitara por el resto de su existencia. Así mismo, la compensación no se limita a la asignación de bienes y recursos por parte del Estado al estilo de la distribución de la tierra, sino que se extiende a la protección de los vulnerables en las relaciones laborales, familiares, y en particular judiciales. La compensación procura un mínimo habilitador que permita un relacionamiento equitativo entre los individuos. Por lo tanto, la compensación como protección del sujeto débil ante las injusticias se debe considerar como un segundo elemento estructural del Constitucionalismo Social, y el mismo permeará la legislación social.

Siguiendo la idea de compensar, el resultado deberá ser la superación de la igualdad formal por la material. La material es una igualdad real porque no presume que todos los individuos tengan igual potencial para relacionarse y participar en el mercado, toda vez que existen personas en clara condición de desequilibrio negocial, societal y ciudadano, así que, tal desequilibrio se corrige con la compensación, en la medida que se suplan las necesidades

[120] *Cfr.* (Marquardt, 2011b, págs. 125, 126) y (Aguilera Portales & Espino Tapia, 2010, pág. 52).

básicas. En todo caso, la igualdad material no es igual a la identidad en la distribución de la riqueza, sino a la protección de las necesidades sociales mínimas que les permitan actuar como sujetos libres y autónomos en la sociedad (Arango Rivadeneira, 2004, pág. 66).

Los mínimos requeridos por la igualdad material tienen su desarrollo y concreción a partir de los derechos sociales, y con el derecho social, en particular el derecho laboral, y el derecho agrario en clave de la propiedad como función social y garantías del campesinado. Así, los derechos sociales disponen de medidas de protección a las personas en relación a su trabajo y sus condiciones generales de vida. Estas medidas incluyen el acceso a la salud, el trabajo, la alimentación, la educación, vivienda digna, seguridad social, entre otros. Por lo tanto, los derechos sociales como garantías en sociedad materializan la igualdad real[121]. Como manifestación del rol participativo y de intervención del Estado, los derechos sociales son derechos con una faceta principalmente prestacional, la cual no se garantiza con la omisión de no intervención, –al estilo de derechos negativos–, sino con una actuación positiva por la estatalidad para cumplir con las garantías básicas[122].

La exigibilidad de los derechos sociales está vinculada a la dignidad humana. Desde la dignidad humana o la vida digna, el solo hecho de vivir no debe ser sinónimo de sufrimiento y menos de desprotección ante las vicisitudes, por lo que ninguna personas debería encontrarse en condiciones deplorables o pasar necesidades como el hambre o la desnudez –en últimas en condiciones marginales, miserables o degradantes–, y no debe ser así porque dichas condiciones le impiden desarrollar su autonomía (Arango Rivadeneira, 2004, pág. 67). Así mismo, la dignidad humana permite determinar el quantum de materialización de los derechos sociales, ya que éstos no se garantizan a partir de niveles máximos o intermedios, sino, a partir de los mínimos necesarios para tener una vida adecuada. En ese sentido, la dignidad humana se constituye en el margen mínimo de exigibilidad de los derechos sociales.

[121] Al respecto el constitucionalista español GUILLERMO ESCOBAR ROCA aclara que la igualdad material no es un derecho fundamental ni un mandato constitucional o internacional, y que es exigible en tanto se garantiza el núcleo esencial de los derechos sociales (Escobar Roca, Rey Martínez, & Durán, 2013, pág. 11).

[122] Algunos los han llamado derechos de segunda generación, pero en realidad esta denominación debe ser entendida en términos pedagógicos y no en términos jurídicos.

La otra forma de conseguir la igualdad material es a partir de la función social de la propiedad, reconocida en el nivel constitucional y legal, particularmente en el derecho agrario. Esta categoría desarrollada fuertemente por el constitucionalista francés LEÓN DUGUIT (1859-1928), quien, a partir de la naturaleza social del ser humano sostiene que las construcciones teóricas en materia de derechos reales, en particular la teoría objetiva y subjetiva de la propiedad son solo entelequias jurídicas, y por lo tanto no acepta las abstracciones metafísicas como forma de estructurar el Derecho –tales como los derechos subjetivos, derechos absolutos, el individualismo absoluto[123], entre otros–, lo que en últimas es una crítica al racionalismo de la ilustración. El Derecho antes que responder al racionalismo atemporal y ahistórico, responde a la realidad social, es decir, el Derecho está en las relaciones que se estructuran en la sociedad. Así que, en el mundo real lo que prevalece es la solidaridad entre las personas que están en continua interacción y no la competencia anárquica y salvaje del liberalismo. Así mismo, en la comunidad cada integrante cumple un rol especializado en pos de la colectividad, por lo cual, la persona, antes que derechos tiene la obligación de cumplir con su función social, y en la medida que cumpla la función que le corresponde, entonces es protegida su posición jurídica.

Siguiendo DUGUIT, la propiedad no es un derecho subjetivo, sino una situación de hecho, la cual se entiende como la posesión de un recurso económico en manos de una persona. Ahora, dado que la persona tiene una función frente a la comunidad, entonces dicha función también recae sobre sus bienes, por lo que un fundo sin explotar no cumpliría ninguna función social (Rengifo Gardeazabal, 2011, págs. 105 - 107). Por lo tanto, el titular del derecho a la propiedad no tiene solo facultades sobre la misma, sino que tiene obligaciones[124], pues la función social de la propiedad impone nuevas cargas a los propietarios y les limita su derecho –sin llegar a anularlo–, al imponer la obligación de explotar económicamente la tierra. En últimas, el derecho sobre la tierra ya no es una facultad absoluta ni arbitraria y no se restringe al

---

[123] Para este autor desde lo sociológico la concepción individualista de la sociedad es falsa. El ser humano es un ser social.

[124] Esta idea es muy controvertida en medio de la dogmática civilista de los derechos reales, en particular entre aquellos que defienden la teoría subjetiva u objetiva de la propiedad. En cualquier caso en el mismo derecho romano se reconocieron las obligaciones "*propter rem*", en la medida que los derechos reales también contienen obligaciones (Rengifo Gardeazabal, 2011, págs. 12, 13). Ver también (Schwebel, 2011, pág. 1928).

enriquecimiento personal sino que exige la explotación para el bienestar general[125] (López Guerra, 1998, pág. 118).

La función social de la propiedad recae sobre los bienes privados y públicos. Sobre los privados se presenta a partir de dos figuras, primero, la expropiación de la propiedad y en algunos casos la extinción de la misma[126] por la falta de explotación económica en un determinado periodo de tiempo, y segundo, la imposición de una carga tributaria mayor como sanción por la improductividad y como estímulo para la explotación económica. Para el caso de la propiedad pública se impuso la política de colonización agraria a partir de la asignación de terrenos baldíos a población vulnerable, ya no bajo la lógica de la oferta económica, sino bajo el principio de posesión y explotación económica material de la tierra[127].

Así mismo, vale la pena aclarar que la función social de la propiedad en la medida que sanciona la inutilidad de los bienes productivos y procura su distribución a población con necesidades básicas, se contribuye a alcanzar la igualdad material y consecuentemente la dignidad humana, en la medida que la propiedad asignada para la explotación se constituye en un recurso que corrige la desigualdad y otorga la posibilidad de suplir las propias necesidad. En tal sentido, la dignidad humana opera como una categoría amplia e integradora[128].

Adicionalmente, el Constitucionalismo Social no se centra en la justicia correctiva –sin negarla ni desconocerla–, sino en la justicia distributiva o social, por lo tanto, el problema no es sólo corregir un daño a un derecho y recuperar en el caso de la propiedad la relación jurídico formal, sino garantizar que las personas en condiciones de vulnerabilidad puedan usar y

---

125 No se anula porque en casos extremos de inutilidad o abandono de la propiedad se garantizaba un mínimo al propietario con e cual podía ejercer su autonomía, y segundo porque un mínimo de propiedad contribuye a la pena garantía del mínimo vital. Como lo expone SCHWEBEL en relación a la Tribunal Constitucional Alemán: "*[T]he German Court thus distinguishes between private property interests, whose purpose is merely profit, from those interests implicating the right to personal dignity and individual self-fulfillment. The latter is protected as a vital constitutional right whereas exclusively economic interests are less strongly upheld*" (Schwebel, 2011, págs. 1928,1929).

126 La expropiación siempre supone la indemnización, mientras que la extinción del dominio no, pues se entiende como una sanción por no explotar el predio.

127 El principio de posesión material implicaba una superación del principio liberal del título registral como prueba de la relación jurídica con el predio. En otras palabras, será más importante tener y demostrar la relación física de uso y goce del bien que el registro formal.

128 Como lo expone SCHWEBEL: "*Property is therefore conceived of as an instrumental or derivative right. Under German constitutionalism, it is placed in the service of other constitutional values including human dignity and personality*". (Schwebel, 2011, pág. 1929)

disponer autónomamente de sus derechos. En ese sentido, la justicia distributiva no se enfoca en el pasado quizás marginado del campesino víctima del conflicto, sino que procura superar la condición de ausencia de ciudadanía efectiva en el presente y futuro[129].

En el caso del sector rural, en consideración a las condiciones de pobreza y de exclusión histórica de la población campesina e indígena, el Constitucionalismo Social se manifestó a través de leyes agrarias y de desarrollo rural con medidas tales como acceso a vías de comunicación, a mercados, a asistencia técnica y financiera para el buen desempeño de las actividades agrícolas (Goebertus Estrada & Maya Calle, 2007, pág. 32).

Recapitulando, el Constitucionalismo Social fue un complemento del liberal e implicó el desarrollo de nuevas garantías de tipo social con el objetivo de compensar las injusticia del mundo anarco-capitalista, de garantizar por medio de un papel intervencionista del Estado, la dignidad humana, la justicia social, la igualdad material, los derechos sociales, la función social de la propiedad y el desarrollo agrario.

2.3.2 El desarrollo normativo originario del Constitucionalismo Social

Expuesta la razón histórica y teórica del surgimiento del Constitucionalismo Social, en este aparte se evidenciará que dicha propuesta tuvo su materialización en normas constitucionales y legales en América Latina, pero particularmente en Colombia y Guatemala, y a través de dichas normas se pretende sostener que independientemente de su vigencia normativa, constituyen parámetros históricos para determinar los elementos y valores del constitucionalismo.

Según MARQUARDT:

> "*En el* interbellum*, el Constitucionalismo Social de difundió como un reguero de pólvora. Posiblemente es una sorpresa, pero la zona más afectada fue la más tradicional del constitucionalismo republicano del tipo ilustrado-liberal, es decir, América* Latina*. Al ejemplo*

[129] La justicia distributiva así como en la correctiva está en cabeza del Estado, quien a través de la intervención en la economía o de la política social procurará su alcance. *Cfr.* (Bustos Bottai, 2009, pág. 32), (Villamar & Gallegos Olvera, 2011, pág. 10) y (Kalmanovitz, 2010, pág. 66). Concepciones contemporáneas de la justicia social son defendidas por (Rawls, 2002) y (Meyer, 2007).

> *mexicano de 1917, siguieron Perú en 1919 y 1933, Chile en 1925, Ecuador en 1929, Brasil en 1934, 1937 y 1946, Colombia y Venezuela en 1936, Bolivia en 1938, Cuba en 1940, Panamá en 1941 y 1946, Costa Rica en 1943 y 1949, Guatemala en 1945 y Argentina en 1949. Elementos extendidos fueron la redefinición de la propiedad en el sentido de la función social, la protección de la labor humana y la previsión del seguro social. Sin embargo, las antiguas élites republicanas se comprobaron muy exitosas en defender una carga tributaria muy moderada, de modo que el Estado latinoamericano no organizó el fundamento material para transferir el Constitucionalismo Social a una realidad exigente*". (Marquardt, 2014, pág. 26)

América Latina desarrolló el Constitucionalismo Social en la cuarta fase entre 1917 a 1949[130], con la lógica de complementar el constitucionalismo liberal[131], así lo señalaba el profesor de derecho chileno MOISES POBLETE TRONCOSO en 1939: "*Es interesante constatar como un conjunto de principios sociales perfectamente definidos han pasado a incorporarse en todas las nuevas Constituciones Políticas de América, dándoles un contenido social, reflejo de la nueva conciencia social colectiva y de las inquietudes y anhelos de la humanidad contemporánea*" (Poblete Troncoso, 1939).

Para el caso de las experiencias analizadas en esta disertación, vale la pena señalar que en esta fase Colombia y Guatemala incluyeron valores sociales en sus normas constitucionales. En Colombia y luego del triunfo del partido liberal[132] en 1930, se adelanta una reforma constitucional en la cual materialmente se establece un nuevo tipo de constitución, con los siguientes valores:

---

130 El primer país sería México con la Constitución de Querétaro de 1917, luego tendríamos a Perú con la Constitución de 1919, Chile con la Constitución de 1925, Ecuador con la Constitución de 1929, Colombia con la Reforma Constitucional de 1936, Venezuela con la Constitución de 1936, Bolivia lo hizo a través de su constitución de 1938, Guatemala con la Constitución de 1945 y Argentina en 1949. Ver entre otros: (Buitrago Gúzman, 2009), (Romero Tobón, 2014), y (Marquardt, 2014).

131 En Bolivia con las constituciones de 1938 y 1945, en la cual se incorporan los valores sociales con declaraciones como: "*La propiedad es inviolable, siempre que llene una función social; la expropiación podrá imponerse por causa de utilidad pública, calificada conforme a ley y previa indemnización justa*" (art. 17), o "*El régimen económico debe responder esencialmente a principios de justicia social, que tiendan a asegurar para todos los habitantes de una existencia digna del ser humano*" (Constitución de 1938 art. 106).

132 Que como lo demuestra MARQUARDT se trató de un partido con un fuerte enfoque socialdemócrata (Marquardt, 2011b, pág. 101).

	Colombia Constitución Política (reforma constitucional) de 1936[133]
Dignidad humana y justicia social	Art. 9 Las autoridades existen para proteger a las personas residentes en sus vidas (sic), honra y bienes, y para asegurar el cumplimiento de los dolieres del Estado y de los particulares
Garantías laborales	Art. 11 El Estado podrá intervenir en las empresas públicas y privadas para dar al trabajador una justa protección. Art. 16 El Estado debe dar asistencia pública y sus beneficiarios son aquellas personas que carecen de los medios de subsistencia o que estén incapacitados para trabajar Art. 18 El trabajo es una obligación social y es protegido por el Estado.
Inclusión económica a población rural vulnerable y la asistencia estatal	Art. 11 Intervención del Estado en la economía, para racionalizar la producción, distribución y consumo de riquezas.
Garantías familiares	No desarrolla
Derecho a la educación	Art. 14 Gratuidad y obligatoriedad de la enseñanza primaria.
Derecho a la vivienda	No desarolla
Función social de la propiedad y acceso a la propiedad	Art. 10 Garantiza la propiedad privada y derechos adquiridos con justo título. Prevalencia del **interés público y social sobre el privado**. La propiedad es una función social con obligaciones.
Prohibición de latifundios	No desarrolla
Expropiación	Art. 10 Por motivos de utilidad pública o interés social previa indemnización. Excepcionalmente no habrá indemnización por razones de equidad.

Tabla 2. Constitucionalismo Social originario en Colombia

Para el caso de Guatemala, la superación del individualismo liberal se obtendría con la Constitución de 1945, la cual reconoció el Constitucionalismo Social de la siguiente manera[134]:

[133] Acto legislativo No. 1 del 05 de agosto de 1936, reformatorio de la Constitución, en Diario Oficial No. 23.263, Bogotá, 1936, p. 333-337, editado por (Restrepo Piedrahita, 2004, págs. 478-488). Ahora, a pesar de la inclusión de los nuevos valores sociales en el constitucionalismo, y especialmente de la función social de la propiedad, la definición clásica del Código Civil Colombiano de 1887 no fue modificada ni alterada, por lo cual conservó su esencia absoluta y de ejercicio arbitrario hasta 1999 con las sentencias de la Corte Constitucional C-595 de 1999 y C-598 de 1999, *cfr.* (Salinas Abdala, 2008, pág. 27).

[134] Sobre el inicio del Constitucionalismo Social en Guatemala, JOSÉ EMILIO ORDÓÑEZ CIFUENTES argumenta que su influencia provino de la Constitución Mexicana de 1917 y de la Constitución de Weimar de 1919. Al respecto ver: (Ordoñez Cifuentes, 2000, pág. 81).

Guatemala Constitución Política de 1945[135]	
Dignidad humana y justicia social	Art 23. El Estado protege preferentemente la existencia humana y la institucionalidad existe para asegurar a sus habitantes el goce de la libertad, la cultura, el bienestar económico y la justicia social. Art. 66 Los derechos sociales reconocidos no excluyen a otros derivados de los principios de justicia social. Art. 88. El Estado orienta la economía en beneficio del pueblo, para asegurar a cada individuo una existencia digna y provechosa para la colectividad.
Garantías laborales	Art 56. Protección al capital y al trabajo por parte del Estado. Art 58. Trato y regulación especial a los trabajadores agrícolas. Protección y reconocimiento del salario mínimo, día de descanso remunerado, reconocimiento de horas extras, jornada máxima de trabajo diurno, vacaciones anuales pagadas, derecho a la sindicalización y a la huelga, indemnización por despido sin justa causa, medidas de asistencia y previsión social, seguridad e higiene para los trabajadores, riesgos laborales y seguro social obligatorio
Inclusión económica a población rural vulnerable y la asistencia estatal	Art. 66 Fomento del crédito agrícola y rural, apoyo a la actividad agropecuaria. Art. 83. Es de utilidad e interés nacional el desarrollo de una política integral para el mejoramiento económico, social y cultural de los grupos indígenas. Art. 88 Es función primordial del Estado fomentar las actividades agropecuarias y la industria en general. Los frutos del trabajo deben beneficiar a sus productores y la riqueza debe alcanzar al mayor número de habitantes. Art. 94. El Estado proporcionará a las colectividades y cooperativas agrícolas instrucción técnica, dirección administrativa, maquinaria y capital. Art. 96. Las tierras ejidales y las de las comunidades que determina la ley, son inalienables, imprescriptibles, inexpropiables e indivisibles. El Estado les prestará apoyo preferente a fin de organizar en ellas el trabajo en forma de cooperativa.
Garantías familiares	Art. 72. Protección de la familia y la maternidad por parte del Estado Art. 77. El Estado velará por la salud física, mental y moral de la infancia, y para ello creará centros de asistencia social.
Derecho a la educación	Art 81. Reconoce un mínimo de enseñanza común, obligatorio para todos los habitante, el cual es gratuito
Derecho a la vivienda	Art. 67 Fomentar las viviendas baratas y colonias para trabajadores
Función social de la propiedad y acceso a la propiedad	Art. 90. Reconoce la propiedad privada y la garantiza como función social, sin más limitaciones que las determinadas en la ley, por motivos de necesidad utilidad públicas o de interés nacional. Art. 96. El Estado deberá dotar de terrenos a las comunidades que carezcan de ellos.
Prohibición de latifundios	Art. 91. Prohibición de latifundios. Los existentes no pueden ampliarse, y mientras se logra su redención serán objeto de gravámenes.
Expropiación	Art. 92. Por utilidad o necesidad pública o interés social puede ordenarse la expropiación de la propiedad privada, previa indemnización.

Tabla 3. Constitucionalismo Social originario en Guatemala

Ahora, si bien los textos no incluyeron explícitamente la cláusula de Estado Social, la inclusión de un significativo número de valores de tipo social constituye por sí mismo una expresión propia del Estado Social. Así mismo, si se compara cuantitativamente los textos se notará que el de Guatemala es más amplio en garantías sociales que el de Colombia[136].

---

135 Constitución de la República de Guatemala decretada por la Asamblea Nacional Constituyente en 11 de marzo de 1945. Ed. por: García Laguardia, Jorge Mario, Constituciones iberoamericanas, Guatemala, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2006, Disco compacto.

136 En este punto sigo la reflexión semejante que hicieran los profesores mexicanos AGUILERA PORTALES y ESPINO TAPIA en relación a la Constitución Mexicana de 1917 y de Weimar de 1919, (Aguilera Portales & Espino Tapia, 2010).

En materia agraria, las experiencias en estudio son una buena fuente para identificar la materialización de los enunciados constitucionales presentados[137], justamente, porque en ese nivel es posible rastrear los elementos estructurales del Constitucionalismo Social para la ruralidad[138], lo cual resulta oportuno en consideración a que gran parte del conflicto armado y del despojo de tierras recayó sobre bienes rurales.

La reforma agraria tuvo el fin primordial de superar el régimen pre-moderno de uso –"casi feudal"–, y promover una explotación racional y capitalista de la tierra[139]. Dichas normas reconocen las desigualdades del campesinado y la necesidad de compensar sus desventajas objetivas, y elaboran un sistema de redistribución de la tierra a través de la expropiación o de la colonización de los baldíos[140].

En Colombia la reforma agraria social inicia con la Ley 200 de 1936, en la cual la expropiación se decretaba como sanción por la no explotación de la tierra[141]. También se expidieron otras normas como la Ley 100 de 1994 que intentó resolver el tema de la aparcería y los arrendamientos rurales[142].

---

137 Los nuevos valores del Constitucionalismo Social se reflejaron en la literatura jurídica sobre Derecho Agrario desde los años 60 en adelante, cuando se supera la conceptualización del Derecho Agrario desde una visión positivista, es decir, como el simple conjunto de normas que regulan las relaciones jurídicas entre la tierra rural y las actividades de explotación sin precisar su contenido material específico, y se promueve un concepto cuyo contenido esencial es el de procurar la función social de la propiedad y la justicia social en el campo, a través de la adecuada explotación y distribución de las riquezas, lo cual evidencia que el Derecho Agrario (como ciencia) asume las preocupaciones del Constitucionalismo Social. *Cfr.* (Alvarenga, 1977, pág. 125) quien define el Derecho Agrario como "*el conjunto de normas que regulan el ejercicio de las actividades agrarias, así como las actividades que les son directamente complementarias, con miras a obtener en el campo la más racional producción y el más alto grado posible de* ***justicia social***" (negrilla fuera del original).

138 No se pretende negar el desarrollo que se dio en las normas laborales, en particular con la inclusión de principios como la primacía de la realidad, la favorabilidad, el indubio pro-operario y la buena fe. Sin embargo, se privilegia el agrario porque el conflicto y el fenómeno de despojo se dio principalmente en esta espacialidad.

139 *Cfr.* (Ramos Bermúdez, 2004, págs. 2, 3).

140 Estas medidas de justicia distributiva de la tenencia de la tierra también pueden interpretarse como una respuesta a las tensiones sociales y económicas de la población rural, por lo tanto buscaban resolver o siquiera evitar un conflicto social generalizado. *Cfr.* (Goebertus Estrada & Maya Calle, 2007, pág. 32). Así mismo, vale la pena señalar que estas medidas también fueron justificadas como una vía adecuada para salir del "subdesarrollo" en América Latina, como lo sostiene MONTANER en un análisis sobre el subdesarrollo en América: "*At the beginning of the twentieth century, and particularly with the Mexican Revolution in 1910, it was said that poverty and underdevelopment were caused by an unfair distribution of wealth, above all by the peasants' lack of access to land*" (Montaner, 2000, pág. 57).

141 *Cfr.* (Albán, 2011, pág. 339 y 344)

142 Para efectos del presente capítulo no se presentan todas las normas sobre reforma agraria colombiana, pues las que se dan en la década de los 60 responden a un contexto de agravación del conflicto social propio de la quinta fase del constitucionalismo en América Latina. Baste reseñar la Ley 135 de 1961, Ley 1 de 1968, Ley 4

Guatemala, a través del Decreto Ley No. 900 de 1952, se afirmó que "*Considerando que la concentración de la tierra en pocas manos, no solo desvirtúa la función social de la propiedad, sino que produce una considerable desproporción entre los muchos campesinos que no poseen [...] y unos pocos terratenientes que la poseen en cantidades desmedidas[...]*", con lo cual se implementó una reforma agraria social.

A partir de las principales normas agrarias es posible extractar 19 criterios cualitativos del Constitucionalismo Social en el ámbito agrario.

i) Eliminación de relaciones "feudales" a partir de la abolición de la servidumbre y la esclavitud, así como de prestaciones personales gratuitas por parte de los campesinos, mozos, colonos y trabajadores agrícolas[143].

ii) Prescripción adquisitiva agraria, la cual privilegia la actuación como dueño a partir de una relación de explotación económica y social agrícola evidente sobre un predio que se considera baldío, en un tiempo menor al exigido por el régimen civil.

iii) Prevalencia del principio de posesión y explotación material sobre el principio de registro civil. Por lo tanto si hay un conflicto entre un relación registrada con una relación material directa, prevalecerá la segunda.

iv) Asignación de tierras a campesinos e indígenas desposeídos, en especial para aquellos que tienen muy poca o que no la tienen.

v) Asistencia técnica y desarrollo de proyectos productivos a través de orientación técnica por entidades estatales especializadas, con la dotación de ganado y sementales, fertilizantes, semillas, maquinaria agrícola, aperos de labranza, y titiles. También planes y proyectos de irrigación, drenaje y defensa de inundaciones.

vi) Asignación y acceso a financiación por medio de créditos agrícolas para todos los campesinos agricultores, incluso capitalistas en general.

---

de 1973, entre otras. Una presentación esquemática del régimen de tierras en Colombia se puede consular (Rengifo Gardeazabal, 2011, págs. 19-35)

143 Si bien es posible problematizar la categoría de "feudal" o "semi-feudal" en términos de la historia económica, es necesario tener en cuenta que incluso las fuentes normativas primarias, tales como el Decreto número 900 de 1952 en Guatemala afirmó en el artículo 1 que "*La Reforma Agraria […] tiene por objeto liquidar la* ***propiedad feudal en el campo*** *y las relaciones de producción que la originan para* ***desarrollar*** *la* ***forma de explotación*** *y* ***métodos capitalistas de producción*** *en la agricultura y preparar el camino para la industrialización de Guatemala*" (Negrillas, subrayado y cursiva fuera del original). Sin pretender resolver esta disquisición académica, el uso de las categorías como "feudal" o "semi-feudal" avara la idea de modelos de producción señorial con marcadas líneas de relaciones de dependencia y de servidumbres personales, incluso perpetúas.

vii) Recuperación de tierras y extinción por no explotación. El Estado recuperará las tierras que ilegalmente salieron de su dominio a través de estudios de clarificación de la propiedad y con la presunción de ser baldío el predio que no es explotado económicamente.

viii) Eliminación de latifundios. Las tierras de mayor extensión que no sean explotadas directamente por el propietario o bajo su coordinación o que estén arrendadas o usufructuadas por medio de sistemas de prestación personal se expropiarán y se adjudicarán a los campesinos que la explotan.

ix) Resolución de conflictos a partir de criterios de indubio pro-débil y de prevalencia del interés general, de tal manera que en las disputa sobre un predio entre un campesino y la municipalidad, entonces se privilegia al campesino, y si la disputa es entre un campesino y población indígena se privilegia a los segundos.

x) Protección de la propiedad adjudicada, con medidas de prohibición de ventas y embargos por un tiempo determinado. Se autorizan ventas de manera excepcional solo a personas con condiciones semejante de vulnerabilidad y con la autorización de la autoridad estatal.

xi) Habilitación de las acciones posesorias plenas únicamente para los poseedores económicos y propietarios legítimos [aquellos que tienen una relación de explotación con la propiedad].

xii) Saneamiento de la propiedad adjudicada con la extinción de hipotecas o gravámenes sobre el predio.

xiii) Creación de una justicia especializada. El derecho agrario por partir de un nuevo sistema de principios y reglas, requiere jueces especiales que aborden los juicios con criterios propios desde lo agrario y no desde lo civil.

xiv) Marco jurídico cuasi autónomo frente al derecho común. El régimen de propiedad agraria se circunscribe como un tema propio del derecho público y no del derecho civil, por lo tanto deben prevalecer los intereses generales y sociales relacionados con la función social de la propiedad y la superación de las condiciones de marginalidad, sobre el interés meramente individual. Si se trata de derecho público, entonces la hermenéutica de sus disposiciones debe partir de los valores propios del derecho agrario, pues se está ante un ordenamiento con objetivos propios, tales como evitar el enriquecimiento sin causa, el abuso del derecho y el fraude procesal.

En resumen, el juez debe partir de los objetivos propios del derecho agrario para la resolución de las controversias.

xv) Rol del juez y decisiones integrales. Como directa aplicación de la igualdad procesal material, el juez agrario no tiene una posición neutra o imparcial frente a las controversias, por el contrario, el juez, conforme a los objetivos propios de la norma agraria, asume un rol pro campesino o pro indígena, lo cual logra a partir de; i) la aplicación oficiosa del derecho agrario, ii) el impulso oficioso del proceso y la preclusión automática e inmediata de las etapas, iii) evitar dilaciones procesales maliciosas, iv) desechar el allanamiento y el desistimiento de la demanda cuando la presenta un sujeto vulnerable, y v) tomar decisiones integrales (sin limitarse al principio de congruencia procesal), a través de fallos ultra y extra petita.

xvi) Competencia agraria preferente. Cuando en la controversia sometida al juez existan multiplicidad de bienes en donde al menos uno sea un bien agrario, la justicia agraria tiene competencia preferente, por lo cual atrae y resuelve los conflictos adicionales.

xvii) Principios probatorios especiales. Además de la prevalencia del principio de posesión material sobre el registral, el juez tiene la facultad de decretar pruebas de oficio y actuará bajo el principio de inmediación por lo cual es obligación practicar personalmente la prueba de inspección ocular al inmueble en disputa, y decidirá conforme a la sana crítica bajo el criterio de persuasión racional.

xviii) Principio de gratuidad en las actuaciones administrativas y judiciales, expresado en el amparo de pobreza, en la exención de impuestos y la no exigencia de cauciones.

La anterior sistematización de los criterios cualitativos se puede resumir de manera comparada en la siguiente tabla.

Principios sociales agrarios	Colombia		Guatemala	
	Ley 200 de 1936 Ley 135 de 1961	Ley 30 de 1988 Dto. 2303 de 1989	Dto. Ley No. 900 de 1952 "Ley de Reforma Agraria"	Dto. No. 1551 de 1962 "Ley de transformación agraria"
Eliminación de relaciones feudales	✔		✔	
Otorgar tierras a campesinos/indígenas desposeidos	✔ Unidad Agrícola Familiar		✔	✔ Patrimonio Familiar Agrario
Asistencia técnica y/o proyectos productivos	✔ (INCORA)		✔	✔ (INTA)
Activación de la actuación administrativa	Personas interesadas	Personas interesadas	Personas interesadas	Personas interesadas
Principio de posesión material	✔[144]	✔	✔	✔
Prescripción adquisitiva agraria	✔[145]	✔		
Extinción o expropiación por no explotación	✔		✔	✔
Limitación de acciones posesorias	✔			
Eliminación de latifundios	✔		✔	✔
Resolución de conflictos pro sujeto más débil	✔	✔	✔	✔
Protección de la propiedad asignada	✔	✔	✔	✔
Saneamiento de la propiedad			✔	
Creación de una justicia agraria especializada	✔	✔		
Marco jurídico quasi-autónomo del derecho común	✔	✔	✔	
Rol del juez y administración pro campesino/indígena y decisiones integrales		✔	✔	✔
Competencia agraria preferente		✔		
Principios probatorios especiales	✔	✔	✔	
Gratuidad del acceso a la justicia y procedimientos administrativos	✔	✔	✔	✔

Tabla 4. Constitucionalismo Social en la legislación agraria de Colombia y Guatemala

Hay dos elementos que es menester mencionar. En primer lugar, la aplicación de las medidas del Constitucionalismo Social tales como la educación y las medidas agrarias deberían idealmente funcionar conjuntamente, pues con una población rural en condiciones de exclusión, analfabetismo, pobreza e incluso no hispanoparlante, acceder al conocimiento de las

[144] Aunque los jueces que hacían parte de las élites locales y económicas defendieron con mayor fuerza la posesión inscrita (Ramos Bermúdez, 2004, pág. 7), pero posteriormente el principio fue fortalecido con la Ley 4ª de 1973.

[145] Reducida a 5 años con la Ley 4 de 1973

nuevas disposiciones sociales exigía, o bien una fuerte asistencia estatal o bien el desarrollo de capacidades para que la población accediera directamente las normas. Lastimosamente en los países estudiados esto no se materializó en toda la población, y por ello las personas y comunidades vulnerables se enfrentaron a obstáculos significativos para acceder a las garantías sociales. En segundo lugar, el derecho agrario estableció un poder discrecional a las entidades del gobierno encargadas de aplicar la ley de distribución y colonización, se trató de un poder para sancionar los abandonos voluntarios o injustificados de los predios adjudicados. Si bien estas disposiciones resultaban coherentes con la función social de la propiedad, a la postre y como se verá en el siguiente capítulo, facilitó los despojos de los campesinos e indígenas desplazados y refugiados.

Recapitulando, la nueva dimensión del constitucionalismo llegó por igual –aunque con algunos matices- a los países analizados, pues tanto su constitucionalismo como su régimen agrario reconocieron la dimensión social y no sólo individual del ser humano, la dignidad humana y la asistencia técnica y financiera, proyectos productivos, un papel activo e interventor del Estado, la función social de la propiedad privada y pública, con una defensa de la posesión económica material, la igualdad material a partir de medidas de garantías sociales y la justicia distributiva para superar hacia el futuro la vulnerabilidad social.

En últimas, se asumió que la protección y garantías del individuo no se reducían a la garantía de derechos individuales como la libertad de expresión, de circulación, la igualdad formal, priorizando entonces un mínimo de existencia como requisito para ejercer los derechos civiles. Así mismo, se puede afirmar que el Constitucionalismo Social complementó la estructura y los fines del Estado. Todas fueron medidas en pos de proteger a la población débil y de vincularla equitativamente al proceso productivo sin negar el núcleo liberal

2.3.3 Permanencia del Constitucionalismo Social en el restablecimiento del Estado Constitucional en Colombia y Guatemala.

La inclusión de los valores sociales originales sufrió una profunda crisis y retroceso, propiciado por los calificativos de comunista, a una posición que era complementaria al liberalismo. Ello llevó a un periodo en América Latina que MARQUARDT denomina como

anticonstitucionalismo, el cual se expresó en términos de una lucha directa liderada por las élites económicas urbanas y rurales, y por el ejército, contra todo tipo de reivindicación social, la cual era tildado de comunista. Este periodo fundamentado en la doctrina de la seguridad nacional, la doctrina Truman y del enemigo interno, llevaría a un periodo de exclusión y persecución política y militar sobre los movimientos estudiantiles, laborales, campesinos e indígenas, y a la postre, a un desmonte de las garantías sociales (Marquardt, 2011b, pág. 129 y ss).

Si bien se trató de un periodo crítico, no solo para el Constitucionalismo Social sino para el núcleo del constitucionalismo liberal, es posible afirmar que no todas las garantías sociales fueron derogadas. Por ejemplo, en Guatemala ocurrió que tras el golpe militar al presidente JACOBO ARBENZ, efectivamente se promovió una revolución pro-oligárquica incluso en el tema de tierras, con la defensa a la propiedad individual liberal[146]. Así, las constituciones de Guatemala de 1956 y 1965 –de perfil anti-social– eliminaron las iniciativas de la función social de la propiedad, retornando a un régimen absoluto de propiedad privada, aunque conservaron la expropiación por razones de utilidad colectiva e interés públicos, y autorizaron la enajenación de bienes nacionales a particulares sin consideración a sus calidades, pero mantuvieron en líneas generales las garantías sociales a la familia, la infancia, la educación y el trabajo (Torre Villar & García Laguardia, 1976). Sin olvidar que en 1962 se expide la Ley de transformación agraria, la cual procura una explotación capitalista de la tierra a partir de la eliminación de las tierras ociosas.

Para el caso de Colombia, el economista ABSALÓN MACHADO CARTAGENA asegurar que "*nunca se adelantó un proceso serio y adecuado de redistribución de la propiedad rural que facilitara los procesos de crecimiento y desarrollo con equidad, convivencia y justicia social*" (Machado Cartagena, 2000, pág. 81), en el mismo sentido SAFFON señala que "*since the 1960s, there have not been any meaningful attempts by the State to carry out reforms aimed at equitably redistributing land ownership and/or at offering landless peasants access to vacant land*" (Saffón, 2010, pág. 126).

Este periodo crítico del constitucionalismo conllevó, en términos de la eficacia de los valores sociales, y particularmente de la eficacia de la redistribución de la tierra, a tener un resultado

[146] Sobre la reforma agraria del presidente ARBENZ se puede consultar a (Gleijeses, 1992).

muy deficiente o casi nulo. De hecho algunas propiedades que habían sido legalmente adjudicadas por el Estados fueron posteriormente revocadas[e2].

Luego de esta página oscura en la historia del Estado en gran parte de América Latina, llega una ola de restablecimiento del Estado Constitucional, la cual alcanza a Guatemala y a Colombia, a través de los textos constitucionales de 1985 y 1991 respectivamente, por lo cual, es posible interpretar estos textos como documentos transicionales y pacificadores en la medida que recuperaron valores democráticos y civiles del núcleo esencial del liberalismo, como lo sería la participación democrática de todos los grupos, incluidos los de izquierda, y además las garantías sociales.

En el contexto expuesto, este aparte pretende documentar y sostener que el Constitucionalismo Social a pesar de la contra ola del anti-constitucionalismo, fue de nuevo reconocido en Guatemala y Colombia a partir de dos mecanismos constitucionales. Primeo, la inclusión en el catálogo de derechos la protección especial a población rural campesina e indígena, las garantías sociales y la función social de la propiedad[147]. Segundo, por la incorporación de las garantías del derecho internacional de los derechos humanos al constitucionalismo a través de la figura del bloque de constitucionalidad en Guatemala y Colombia.

A pesar de lo dicho no se pretende desconocer las diferencias de grado y de enfoque, las cuales se pueden sistematizar de la siguiente manera y que se desarrollan en la Tabla 5:

i) La cláusula de Estado Social en Guatemala no es explícita, pero la justicia social es reconocida como un principio del régimen económico y social, mientras en Colombia si es reconocida como elemento dogmático fundante y es reiterada en términos de un orden político, económico y social justo.

[147] Aunque con un poco menos fuerza en Guatemala que en Colombia.

ii) La dignidad humana en Guatemala se extrae del mandato del Estado de elevar el nivel de vida de los habientes en general, y en Colombia se reconoce explícitamente y se acentúa en términos de mejorar la calidad de vida de los campesinos.

iii) Guatemala reconoce el derecho a la alimentación específicamente para la población infantil y las personas ancianas conforme a la redacción textual del artículo 51, y por su parte Colombia la reconoce con especial protección para mujeres embarazadas desempleadas o desamparadas, para niños, en casos de indigencia y como mandato de protección a la producción de alimentos.

iv) El derecho a la educación es incluido en ambas constituciones y con especial protección para niños, pero en la colombiana se destaca que cumple una función social.

	Principio	Constitución Política de 1985	Constitución Política de 1991
Disposiciones dogmáticas	Cláusula de Estado Social de Derecho	†	✔
	Prevalencia del interés social sobre el particular	✔	✔
Garantías liberales	Dignidad humana	†	✔
	Libertad	✔	✔
	Derecho de Defensa y acceso a la justicia	✔	✔
	Libertad de locomoción	✔	✔
	Igualdad	✔ Formal	✔ Formal y material
Garantías sociales generales	Protección de personas en debilidad manifiesta	†	✔
	Protección de la familia	✔	✔
	Derecho al trabajo	✔	✔
	Previsión social (pensiones)	✔	✔
	Derecho a la alimentación	✔	✔
	Derecho a la educación	✔	✔
	Derecho y protección de la vivienda	✔	✔
	Derecho a la salud	✔	✔
Limitaciones propiedad	Protección a la propiedad	✔	✔
	Función social de la propiedad	†	✔
	Acceso a la propiedad de trabajadores agrario	†	✔
	Expropiación	✔	✔
Garantías sociales a indígenas	Protección de grupos étnicos	✔	✔
	Protección de tierras	✔	†
	Asistencia crediticia y técnica	✔	†
	Acceso a la propiedad rural	✔	†
	Bilingüismo	†	✔
Bloque Constitucionalidad	Cláusula de derechos innominados	✔	✔
	Prevalencia de tratados de derechos humanos	✔	✔

Convenciones:
✔: Reconocimiento explícito
†: Reconocimiento implícito, por vía de mandatos o por el régimen general de protección.

Tabla 5. Constitucionalismo Social en las constituciones actuales de Guatemala y Colombia

v) En relación al derecho y protección a la vivienda, en Guatemala se incorpora el mandato de promover la vivienda popular a través de asistencia técnica y crediticia, y con mayor fuerza la vivienda para comunidades indígenas. En Colombia se reconoce el derecho a la vivienda digna.

vi) La propiedad privada se reconoce y protege en ambas normas, pero en Guatemala se acentúa que no puede haber confiscación por razones de actividades o delito político.

La función social de la propiedad tiene una consagración directa y amplia en la Constitución colombiana de 1991, en particular el propio texto expresamente establece y define que "***la propiedad es una función social***" con lo cual parece supera la idea de la propiedad como una facultad y la entiende como un hecho conforme al concepto de DUGUIT[148]. Por su parte Guatemala no la incluyó expresamente pero si establece que el Estado garantizará las condiciones para que se pueda usar y gozar de los bienes con el propósito de alcanzar el progreso individual y el desarrollo nacional, y para ello ordena otorgar asistencia técnica, y como mandato establece que el Estado debe evitar la concentración de los bienes y medios de producción.

vii) En Guatemala es posible a los trabajadores agrarios acceder a la propiedad a partir de programas de desarrollo rural que fomentan la propiedad privada y que se acompañan de asistencia técnica. En Colombia se consagra expresamente como un derecho de los trabajadores agrarios, el cual va acompañado de otros derechos sociales como acceso a la salud, vivienda, seguridad social, el crédito, las vías de comunicación, y la asistencia técnica en pos de mejorar la calidad de vida de los campesinos.

viii) La expropiación es reconocida en ambos ordenamientos la cual opera por utilidad pública, beneficio social o interés público, pero en Guatemala explícitamente se anuncia que recae sobre tierras ociosas.

En este punto se debe hacer el siguiente razonamiento. Dado que mejorar las condiciones de vida de la población es una obligación del Estado, todas las medidas destinadas a ese fin serían una expresión del interés social y público, el cual prevalece sobre el individual. Ahora, como la función social de la propiedad y los programas de redistribución contribuyen a mejorar las condiciones de la población rural (campesina e indígena) vulnerable, es entonces posible acudir

[148] Como se desarrolló en el aparte de "justificación teórico-histórica originaria"

a la expropiación particularmente de las tierras ociosas para distribuirla en respuesta al interés social de mejorar la vida de la población[149].

ix) Se destaca Guatemala frente a Colombia en que en el nivel constitucional hay un reconocimiento explícito de garantías sociales a la población indígena, lo cual se debe a que la población indígena es del 60%, mientras que en Colombia la población indígena es del 3.4%, la protección a estas comunidades se da por remisión a las medidas sociales generales, aunque se reconoce el deber de proteger la diversidad étnica y cultural[150]. En este mismo aspecto, en Guatemala se reconocen las lenguas indígenas como parte del patrimonio cultural pero no como un mandato para que el Estado se relacione con las comunidades a partir de la propia lengua, como garantía del acceso a los derechos y servicios estatales, ni se promueve el aprendizaje de una segunda lengua a los grupos indígenas. Mientras en Colombia se reconoce que las lenguas de los grupos indígenas son las oficiales en su territorio y promueve una enseñanza bilingüe a esta población.

Ahora bien, en términos generales se puede evidenciar la pervivencia los valores del Constitucionalismo Social en las actuales constituciones de Colombia y Guatemala, aunque con mayor fuerza en la colombiana en la medida que el reconocimiento se expresa como principio, derecho y como mandato, mientras que la Constitución de Guatemala de 1985 lo hace principalmente como mandatos.

Como hemos venido demostrando, el Constitucionalismo Social es posible reconstruirlo a partir de su razón teórico-histórica, normativa constitucional y legal originaria, y su restablecimiento actual. Por otra parte, no se puede olvidar que las constituciones actuales fortalecen el Constitucionalismo Social a partir de la figura del bloque de constitucionalidad, por lo cual es necesario reconstruir el Constitucionalismo Social desde dicho ámbito.

---

149 Idéntico razonamiento opera para la restitución de tierras como medida de reparación, toda vez que la recuperación de las tierras usurpadas debe ser considerada un tema de interés social y por lo tanto prevalente sobre otros intereses, sin pasar por alto que es una obligación internacional del Estado.

150 La protección a las comunidades étnicas y afrodescendientes en Colombia se consolida en tres espacios diferentes al texto constitucional: i) nivel legal con la Ley 70 de 1993, ii) la jurisprudencia de la Corte Constitucional, tales como la T-376 de 2012, T-380 de 1993, T-282 de 2011, entre otras, y ii) la aprobación de tratados internacionales como el Convenio 169 de la OIT.

2.3.4 Fortaleza del Constitucionalismo Social por medio de los derechos humanos.

Como se ha mencionado, se considera que la categoría de Constitucionalismo Social es una categoría de análisis más amplia e integradora que la de derechos humanos económicos, sociales y culturales, y por tal razón se argumenta que los valores sociales del derecho internacional se integran y complementa con los del constitucionalismo. Conforme a esta idea, se intentará reconstruir en qué medida los elementos teóricos y normativos revisados del constitucionalismo tiene reconocimiento en la normatividad internacional, y ello se logra por medio de un abordaje en primer lugar de los derechos sociales y derecho a la propiedad en el derecho internacional.

Para avanzar en la labor de consolidación valorativa del Constitucionalismo Social, este aparte pretende revisar los aportes del derecho internacional de los derechos humanos a la categoría de análisis propuesta, a partir de una revisión sistemática de las fuentes normativas y de sus aportes a la vigencia de los derechos económicos y sociales.

En primer lugar, la categoría de dignidad humana está presente en la mayoría de documentos internacionales, y se entiende como un valor fundante de todos los derechos humanos reconocidos. En otras palabras, todos los derechos humanos se desprenden de la dignidad humana[151].

Por su parte, los derechos sociales que están reconocidos en el derecho internacional de los derechos humanos son: i) Derecho al trabajo digno, ii) derecho a la seguridad social, iii) derecho a la alimentación, iv) derecho a la vivienda, v) derecho a la salud, vi) derecho al agua, vii) derecho a la educación y viii) derecho a la cultura[152], y los mismos están reconocidos en[153]:

---

[151] A manera de ejemplo, esta categoría es incluida en la Carta de las Naciones Unidas de 1945, Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, los preámbulos de los Pactos de 1996, y Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, entre otros. Ver a: (Alzina de Aguilar, 2011)

[152] En este punto se sigue a GUILLERMO ESCOBAR ROCA, diferencia los derechos sociales no a partir de su dimensión social ni de la función compensadora de las personas débiles, sino principalmente a partir de su faceta prestacional, por lo tanto considera que el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales también reconoce típicos derechos de defensa que no tienen mayor dimensión prestacional, tales como el derecho a escoger trabajo, el derecho a asociarse y sindicalizarse, y la participación en la vida cultura (Escobar Roca, 2013, pág. 3).

Documento	Observaciones Generales
Declaración Universal de Derechos Humanos	Recoge los 8 derechos sociales mencionados
Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre	Tiene un reconocimiento amplio de los derechos sociales
Convención Americana sobre Derechos Humanos o "Pacto de San José"	Aunque no reconoce explícitamente los derecho sociales, si desarrolla un mandato de progresividad
Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales – "Protocolo de San Salvador.	Reconoce derechos sociales pero sin mayores mecanismos de garantía
Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales - PIDESC	Es el documento con mayor fuerza jurídica y además crea un comité para su seguimiento.
Observaciones Generales y Finales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales	Las cuales desarrollan los contenidos de los derechos humanos sociales

Tabla 6. Reconocimiento de los derechos sociales en el derecho internacional[154]

También la propiedad es reconocida en el derecho internacional de los derechos humanos, en los siguientes documentos:

Norma Internacional	Reconoce propiedad privada	Enunciado normativo
1948 Declaración Universal de Derechos Humanos	SI	Toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente […] Nadie será privado arbitrariamente de su propiedad (art. 17)
1948 Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre	SI	Toda persona **tiene derecho** a la propiedad privada correspondiente a las **necesidades esenciales de una vida decorosa**, que contribuya a mantener la **dignidad** de la persona y del hogar. (art. 23) (negrilla fuera del original)
1966 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos	NO	Su no inclusión se explica por la tensión y los bloques presentes en la Asamblea de las Naciones Unidas, en especial por la negativa del bloque soviético.[e3]

[153] Se aclara que esta disertación no tiene el propósito de desarrollar el contenido ni el alcance de cada derecho, dicha labor si bien es necesaria, excede el objetivo de este texto.

[154] Tabla construida a partir del análisis y sistematización realizada por (Escobar Roca, 2013, págs. 4, 5).

1969 Convención Americana sobre Derechos Humanos	SI	1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede **subordinar tal uso y goce al interés social**. 2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de **utilidad pública** o de **interés social** y en los casos y según las formas establecidas por la ley (Art. 21) (negrilla fuera del original)
1989 Convenio 169 OIT	SI	Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. Además, en los casos apropiados, deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia [...]

Tabla 7. La propiedad en el derecho internacional de los derechos humanos

En el derecho internacional la propiedad es reconocida como un derecho subjetivo pero no como una potestad absoluta. Sin embargo, llama la atención la expresión lingüística de la Declaración Americana, pues en ella se afirma que las personas tienen derecho a la propiedad con el propósito de suplir las necesidades esenciales de la vida. En esta formulación, la propiedad antes que un derecho absoluto, es una medida para garantizar la vida digna del ser humano[155].

Por su parte, la Convención Americana no reconoce una potestad absoluta sobre la propiedad, en la medida que el uso y goce puede subordinarse al interés social, y dicho interés social es válidamente interpretable como función social de la propiedad o por lo menos a que no permanezca ociosa. Así mismo permite la expropiación por razones de utilidad pública e interés social.

Retomando lo expuesto por (Leonhard & Wolpold-Bosien, 2001, pág. 8), el Pacato Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales reconoce el derecho a la alimentación, y su contenido incluye el "*perfeccionamiento o reforma de los regímenes agrarios*". Por lo tanto, parece razonable sostener que en el derecho internacional, a través del perfeccionamiento o reforma de los regímenes agrarios, se materializa la obligación de garantía

[155] Para el investigador ANDREW PAINTER, la Declaración Americana reconoce una dimensión prestacional del derecho de propiedad por parte del Estado, de hecho, afirma que el derecho internacional ofrece cierto sustento para ésta dimensión. En sus palabras: "At the international level, however, a universal right to property finds some legal support as a derivative of other more established social and economic rights" (Painter, 1996, pág. 178).

del derecho a alimentación la cual puede conllevar a expropiar la propiedad, a efectos de asignar un mínimo de propiedad que supla las necesidades básicas del ser humano, claramente con la respectiva indemnización.

Otro elemento oportuno a rescatar es el principio de indivisibilidad, integralidad e interdependencia de los derechos humanos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales. Normativamente este principio se fundamenta en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en la medida que ésta no estableció ninguna jerarquía o clasificación entre los derechos, ni es posible extraer la idea –de la jerarquía– de sus enunciados normativos. Por ejemplo, el preámbulo se expresa en términos de derechos iguales, y el artículo 28 propugna por un orden social e internacional donde todos los derechos y libertades son plenamente eficaces. Así mismo, los preámbulos de los pactos internacionales de 1966 señalan que los derechos reconocidos provienen de la dignidad propia o inherente a la persona sin diferenciar o clasificar su importancia. Por último, otros documentos internacionales como la Declaración sobre el Derecho al Desarrollo, la Conferencia de Teherán, y la Declaración de Viena explicitan el principio de indivisibilidad.

Adicionalmente, según este presupuesto teórico las normas internacionales no contienen aspiraciones morales, sino verdaderos derecho exigibles sin establecer preferencia o jerarquía alguna entre ellos, por lo tanto, son igualmente vinculantes los derechos civiles y políticos como los económicos, sociales y culturales, lo que es igual a afirmar que los deberes de respeto, protección y garantía vinculan al Estado frente a todos los derechos sin discriminación o preferencia. Los derechos humanos son un todo y no se pueden dividir o clasificar, y son igual de importantes porque provienen de la dignidad humana y contribuyen a ella. Así, por ejemplo, no es posible ejercer el derecho a participar democráticamente cuando se es analfabeta o cuando la principal prioridad es suplir las necesidades más fundamentales. Tampoco el derecho a la vida resulta garantizado cuando no se cuenta con las condiciones de salud y alimentación básicas.

El presupuesto de la integralidad e indivisibilidad de los derechos humanos es central porque evidencia que los programas y acciones de restitución de tierras en el marco del conflicto deben contener de manera integral los derechos de las personas víctimas. Por lo tanto, si todos

los derechos humanos son universales, indivisibles e interdependientes, no se explicaría que la justicia transicional o la restitución privilegie los civiles y políticos, sobre los sociales.

Adicionalmente, la prevalencia de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado es reconocida por Colombia[156] y Guatemala[157] en sus actuales constituciones[158]. Por lo tanto, los valores del Constitucionalismo Social no estarían limitados a los textos constitucionales sino que abarcarían los reconocidos en el derecho internacional, que incluso han sido ratificados por Colombia y Guatemala, y que se recogen en el siguiente cuadro.

[156] En Colombia en varias disposiciones de la Constitución Política de 1991, pero en especial en el artículo 93 el cual señala: "*Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia*".

[157] Constitución Política de 1985, artículo 46: "*Preeminencia del Derecho Internacional. Se establece el principio general de que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno*".

[158] *Cfr.* (Fix-Zamudio, 1993, pág. 231) y (Uprimny Yepes, 2004).

Tratado	Guatemala	Colombia
Convención Americana sobre Derechos Humanos	1978	1978
Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos	1992	1976
Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales e	1992	1976
Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador"	2000	1997
Convenio 169 de la OIT	1996	1991

Tabla 8. Principales tratados internacionales ratificados por Colombia y Guatemala

Recapitulando, el derecho internacional de los derechos humanos en tanto reconoce la dignidad humana, los derechos sociales, la propiedad como un derecho no ilimitado, la integralidad de los derechos humanos, y además se incorpora al derecho interno de Colombia y Guatemala a través de la figura del bloque de constitucional, constituye un referente de criterios cualitativos del Constitucionalismo Social que deben considerarse en la restitución de tierras en escenarios de conflicto.

2.3.5 Fortaleza teórica contemporánea del Constitucionalismo Social

La fortaleza teórica del Constitucionalismo Social contemporánea se encuentra en los intentos desde una parte del liberalismo de hacer compatibles la libertad con la necesidad de garantizar ciertas precondiciones necesarias para la efectiva materialización de la autonomía[159].

La libertad, entendida como la capacidad de autonomía para escoger los valores o las opciones que se consideran virtuosas, tiene dos dimensiones. Una dimensión negativa y una positiva. La negativa se relaciona con la protección y respeto a la autonomía, lo que es igual a la protección

[159] En este aparte sigo principalmente la exposición teórica desarrollada por (Escobar Roca, Martínez Soria, & García Manrique, 2013). También se puede consultar a la (1994) Comisión de Derechos Humanos & Valencia Rodríguez, Luís. The Right of Everyone to Own Property Alone as Well as in Association with Others, Distr. GENERAL: E/CN.4/1994/19. Recuperado el 18 de Febrero de 2015, de http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G93/857/15/PDF/G9385715.pdf?OpenElement.

y defensa de cualquier intromisión indebida por el Estado o por los particulares. La dimensión positiva se refiere a la capacidad de escoger, de tomar una decisión.

En principio, se asume que los derechos civiles y políticos son fundamentales en la medida que se constituyen en una garantía para la libertad negativa, mientras que los derechos sociales conllevan a un grado de coacción, la cual resulta contraria a la libertad, pues estos no serían una expresión de la libertad negativa sino una clara intromisión del Estado, o lo que es lo mismo, una coacción totalitaria (Cano Blandón, 2005, pág. 227). Por ejemplo, el Estado a través de garantías laborales se estaría entrometiendo indebidamente en la libertad y autonomía entre quien contrata una labor y quien la presta.

Los desarrollos teóricos en esta materia muestran que la libertad negativa en realidad entendida como total ausencia de coacción sería aplicable solamente en un escenario ideal de absoluta ausencia de intromisión de agentes externos en la autonomía individual. Quizás, el caso de una persona ermitaña que se encuentra una isla deshabitada, quizás allí nada ni nadie podría afectar su libertad negativa. Pero en realidad esa persona tendría alguna opción para escoger libremente? Parece que no. Por lo tanto, incluso la libertad negativa depende de la intervención del Estado tanto para su defensa, como para el posterior ejercicio autónomo. Así que, si bien la libertad es buena por cuanto la coacción es mala, un mínimo de coacción que habilite a las personas a ejercer la libertad sería aceptable[160].

Ahora, se supone que la libertad negativa defiende o protege un derecho, por lo tanto la misma supone la existencia de tal derecho, y a su vez, dicho derecho supone la capacidad de escoger. Por ejemplo, si se es propietario de un predio, la dimensión negativa del derecho se manifiesta en que nadie afecte o interfiera la propiedad, y su dimensión positiva en que el dueño pueda escoger si cede su derecho, lo vende o si constituye una hipoteca, o cualquier acto de disposición. En la medida que nadie se entrometa ilegítimamente en las el derecho, entonces el titular podrá decidir lo que más le parezca correcto.

---

[160] Sostiene ESCOBAR ROCA que este es un argumento central de HAYEK al aceptar un mínimo de coacción para garantizar la libertad como capacidad de autonomía (Escobar Roca, Martínez Soria, & García Manrique, 2013, pág. 13).

La crítica al anterior razonamiento es que si no se tiene un derecho, por lo tanto no se tiene nada que defender y menos algo que ejercer. Así, si no se es propietario, no hay como ejercer la libertad negativa y menos la positiva. Por lo tanto, teóricamente todos tienen el derecho a la libertad, que sería en verdad el potencial de la libertad, pues la realidad mostraría que ni siquiera se es libre. Por ejemplo, si una persona por sus condiciones socioeconómicas no tiene la posibilidad de escoger una profesión, entonces en realidad no tendría como materializar su libertad negativa, pues no existe la mínima posibilidad que un tercero le obstruya algo que no tiene.

Siguiendo lo expuesto, los derechos y garantías sociales deben ser entendidos como la posibilidad de otorgar a las personas el acceso a ciertos bienes básicos para que puedan ejercer las dos libertades. De otra manera, en la medida que se acceda a un mínimo de propiedad o de recursos, entonces la persona queda habilitada para defender su libertad negativa y seguir con autonomía y sin temor sus preferencias de vida.

Por lo tanto, en la medida que el Constitucionalismo Social protege al débil a través de la corrección de las desventajas objetivas que le impiden un mínimo ejercicio de la libertad, por medio de la protección de la dignidad humana en clave de derechos sociales y de reparto de bienes, se estaría contribuyendo a la defensa negativa de la libertad frente a la coacción de terceros, pero también, a la capacidad de escoger y decidir autónomamente.

En resumen, el Constitucionalismo Social encuentra un fuerte respaldo teórico desde el liberalismo, en la medida que este contribuye a la libertad en igual grado que lo hace el constitucionalismo liberal. Con ello se justifica y se reconoce su vigencia como un marco de protección a las personas.

De todo lo expuesto en el presente capítulo, baste decir y concluir que el Constitucionalismo Social es una categoría de análisis amplia e integradora por contar con un fuerte soporte teórico y normativo –internacional, constitucional y legal– lo cual le otorga plena suficiencia para sostener que sus elementos principales, tales como la dignidad humana, la protección del sujeto débil, la superación y corrección de las injusticias y eventualidades trágicas de la vida en sociedad, el reconocimiento de derechos sociales, la justicia distributiva y la función social de la

propiedad, tienen plena validez y aplicabilidad para evaluar comparativamente los casos de restitución de tierras en Colombia y Guatemala.

Conforme a lo expuesto en el presente capítulo, los elementos estructurales y diferenciadores entre el constitucionalismo liberal y social son:

	Constitucionalismo liberal	Constitucionalismo Social
Concepción de la sociedad	Desde el individualismo Garantías individuales Prevalencia del interés privado	Desde las relaciones continuas y la interdependencia de las personas. Garantías sociales Prevalencia del interés público y social
Papel del Estado	Mínimo Árbitro imparcial y neutro. El mercado tiene una capacidad intrínseca de asignar los recursos productivos a los sujetos más capaces.	Intervencionista Fomentar el progreso económico. Compensar a las personas marginadas y débiles. Principio de solidaridad Construcción de vías para la comunicación entre los productores y los consumidores. Asistencia técnica y financiera
Derechos fundamentales	Derechos civiles y políticos	Complemento a los derechos liberales con derechos económicos y sociales como expresión de la libertad del individuo y de la dignidad humana.
Enfoque de derechos humanos	Jerarquía de los derechos civiles y políticos	Integralidad e interdependencia de los derechos como un conjunto.
Igualdad y justicia formal	Formal: Todos los individuos tienen la capacidad de establecer con autonomía obligaciones jurídicas con otros individuos. Igualdad procesal y probatoria.	Material: No en términos de una igualdad en la distribución de bienes. En términos de otorgar una capacidad mínima real para ejercer la libertad. Igualdad procesal: Gratuidad de la justicia, asistencia, orientación legal y representación judicial, y rol pro sujeto débil de la administración y la justicia
Acceso a la propiedad	Prevalencia del código civil como régimen legal general. Principio de posesión inscrita. Supone un conocimiento general del derecho.	Prevalencia del derecho agrario y de sus objetivos propios Principio de posesión agraria
La propiedad	Derecho seguro, absoluto, ilimitado y perpetuo	Se reconoce pero se somete y protege en tanto cumpla una función social, de lo contario se interviene para distribuirse.
Justicia / Admon de Justicia	No aprueba un mercado de tierras ilegal. Corregir la ilegalidad de la adquisición Juez pasivo.	Justicia social o distributiva Garantizar a las personas vulnerables el uso y disposición de los derechos. Principios y fines hermenéuticos propios diferenciados del régimen general civil. Juez activo Ejercicio pleno de la ciudadanía

Tabla 9. Elementos estructurales y comparativos del constitucionalismo liberal y social[161]

[161] Estos son sus elementos estructurales principales, y de ellos se derivan aquellos que fueron presentados en la legislación agraria.

A partir de este cuadro se pueden obtener algunas conclusiones de lo que sería una restitución desde el perfil específico de cada uno de los valores constitucionales, con la idea de valorar la propuesta que más se adecue o se ajuste a un fenómeno de despojos y contexto de conflicto en países con estructuras históricas de exclusión.

En primer lugar, restitución de tierras en contextos de conflicto bajo el prisma del Constitucionalismo Liberal tendría dos importantes ventajas. El interés por no legitimar un mercado de tierras ilegal o fraudulento, y la necesidad de recuperar los bienes perdidos. Sin embargo, las desventajas serían: el Estado se limitaría a resolver las controversias a partir de una justicia imparcial y neutra, así que las víctimas de usurpaciones, y que además sufrieron otras victimizaciones de sus derechos, tendrían que acudir a un procedimiento judicial –especial u ordinario– en igualdad formal de condiciones procesales y en una lucha directa e individual para disputar el mejor derecho con los usurpadores y con todos los que tengan interés sobre el predio, y claro, los resultados del proceso en el mejor de los casos, sería la recuperación de los bienes para que el restituido los usufructúe de manera autónoma y por sus propios medios.

Por su parte, desde el Constitucionalismo Social, la restitución de tierras debe partir por reconocer la presencia de un sujeto débil y vulnerable, que podría incluso tener una doble condición de vulnerabilidad, la de campesino o indígena[162] y la de víctima de violaciones de derechos humanos. A partir de este reconocimiento, se deben implementar medidas especiales que compensen la desigualdad en lo procesal y en lo material, y para ello el Estado debe asumir una posición activa e intervencionista. La desigualdad procesal se debe compensar a partir de un sistema quasi-autónomo del derecho general, y en particular del derecho civil, donde existan medidas especiales pro sujeto débil, tales como la asistencia jurídica, principios probatorios flexibles, prevalencia de la relación material sobre la formal, la hermenéutica axiológica en cabeza del juez de proteger a la persona más desfavorecida, así como la gratuidad del acceso a la justicia. En lo material, la restitución además de recuperar el predio, debe otorgar medidas

[162] Seguramente a éstas sería posible agregar otras variables como mujer, menores de edad, adultos mayores, entre otras. Pues si se trata de reconocer las condiciones particulares del sujeto que se constituyen en desventajas objetivas, estas poblaciones exigirían consideraciones particulares y diferenciadoras de la categoría amplia de campesinado o de población rural. Sin embargo, esta disertación no incluye estas variables, pues profundizar en las afectaciones diferenciadas exigiría sin duda, plantear un problema de investigación distinto, y hubiera superado los fines de este estudio.

que permitan una adecuada explotación del predio, tales como asistencia técnica, acceso a créditos, acceso a vías y a mercados, pero también garantizar los derechos humanos de las víctimas en su integralidad. En últimas debe procurar que la persona acceda a una posición en su sociedad en la cual pueda ejercer adecuadamente su ciudadanía.

Por lo tanto, los valores del Constitucionalismo Social son claramente más coherentes y oportunos, además en una amplia manera vinculante en los procesos de restitución de tierras en escenarios de conflictos.

3. El conflicto despojador de tierras y el esfuerzo por la restitución

En este aparte se hará una contextualización general del conflicto armado interno en Colombia y Guatemala, procurando evidenciar las coincidencias antes que las diferencias, para así demostrar que el despojo de tierras causado por el conflicto tiene importantes elementos que permiten un análisis comparado. En la segunda parte se abordará la legislación creada para restituir las propiedades, y en la última parte se aplican los valores del constitucionalismo social, reconstruidos y sistematizados en el capítulo anterior. En todo caso, se realiza una descripción amplia y generalizante del conflicto en ambos países, ello es así, por cuanto el objeto de esta investigación es la restitución de tierras y no el conflicto.

3.1 Contexto general del conflicto armado interno y el despojo de las tierras

Ilustración 1. Colombia y Guatemala. Ubicación geográfica

Colombia y Guatemala son dos países latinoamericanos principalmente rurales, su economía históricamente ha estado ligada a la tierra a través de productos como el café, la quinua, la caña

de azúcar, entre otros. Para inicios y hasta mediados del siglo XX el mundo rural se caracterizó por formas de producción que distaban de ser capitalistas y de responder a un mercado libre de bienes y servicios. En realidad la productividad de las plantaciones rurales se fundamentaba en relaciones pre-modernas de explotación, bajo la cual, los trabajadores agrarios y con mayor fuerza la población indígena en Guatemala básicamente pertenecían a las haciendas como si fueran parte de ella, de hecho los trabajadores rurales ingresaban a los terrenos para trabajar en las plantaciones y recibían un pequeño fundo para su propio y básico sostenimiento pudiendo permanecer allí, generación tras generación. En dichas relaciones productivas no había libertad individual en el sentido liberal, pues los trabajadores no vendía su fuerza de trabajo al mejor demandante, sino que se vinculaban perpetuamente al terreno. De hecho, algunas medidas legislativas apoyaban esta forma de explotación a partir de sancionar la vagancia[163].

Otro elemento pre-moderno fue la poca o precaria claridad de los derechos de la tierra. En primer lugar, porque los predios baldíos no se podían adquirir por posesión ni por la simple ocupación, así que esto impidió consolidar derechos plenos y registrables. En segundo lugar, porque en el caso de Colombia, donde ha existido la prescripción adquisitiva extraordinaria del dominio, la posibilidad de acudir a un proceso y de registrar la usucapión no era muy alta en consideración a las calidades de la población rural, tales como el analfabetismo del mundo rural, –acentuado en la población rural femenina, afrodescendiente e indígena–, y la exclusión por no dominar el idioma estatal, por lo cual, las posibilidades de consolidar un derecho de dominio fueron muy limitadas para esta población. Mientras que las élites locales tuvieron plena capacidad de acceder a los trámites y procurar el reconocimiento de derechos a partir del simple registro, por sobre la relación material que tenían campesinos e indígenas. Esta situación estaba acompañada por altos índices de concentración de la propiedad, en los cuales no más del 10% de la población tenían el 70% de la tierra productiva, y en la mayoría de ocasiones sin ser explotadas[164].

---

[163] Congreso de la República de Guatemala. Ley contra la vagancia, Pub. L. No. Decreto Número 1996 (1934). Recuperado el 20 de Marzo de 2014, de http://www.afehc-historia-centroamericana.org/?action=fi_aff&id=2114

[164] La anterior situación se refleja en la medición que adelanta el Banco Mundial a través del indicador del coeficiente Gini, que para 1979 en Guatemala, "*fecha del último censo agropecuario, el 64,5% de las tierras estaba concentrado en apenas el 2,6% de las fincas; el coeficiente Gini para Guatemala era de 0,88. La fuerte expansión de la frontera agrícola durante las dos últimas décadas hizo crecer el área agropecuaria de alrededor de unos 32% pero no se tradujo por una reducción del nivel de desigualdad del acceso a la tierra*" (Mauro & Merlet, 2003, pág. 5). En el caso de Colombia, el coeficiente Gini para 2005 se calculó en 0,85 (Saffón, 2010, pág. 2010).

Los esfuerzos por modificar la situación descrita se concentraron en dos tipos de reformas, en primer lugar como ya se documentó, con reformas constitucionales de tipo social, las cuales fueron acompañadas por reformas laborales y a la tenencia de la tierra[165]. Con la reforma constitucional de 1936 y la Constitución de 1945[166], se establece el marco general para posteriores reformas legales.

Sin embargo, las élites reaccionaron radicalmente contra estas reformas, las cuales fueron satanizadas como comunistas. Ello llevó a golpes de Estado y a conflictos internos de no poca duración[167]. Las reacciones normativas en Colombia se dan con la Ley 100 de 1944, la cual pretendió fortalecer los contratos de tenencia en favor de los terratenientes, también con una dictadura terrorista que rigió desde 1948 a 1953, y en sí, con el uso de la figura excepcional del estado de sitio. En Guatemala la reacción se da con la Constitución de 1965, pues se retorna a una defensa absoluta de la propiedad. Así mismo, desde el aspecto político se adelantó una fuerte represión y exclusión de los movimientos sociales (estudiantiles, campesinos, indigenistas y de trabajadores)[168]. Y luego de las masacres y represión a las manifestaciones, parte de estos movimiento se van a la clandestinidad para asumir la lucha armada directa y resistente ante el Estado.

En Guatemala nace el Movimiento Revolucionario de 13 de noviembre en 1962 y el Ejército Guerrillero de los Pobres, entre otros. En Colombia las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia –FARC, el Ejército de Liberación Nacional -ELN en 1964, y Ejército Popular de Liberación –EPL en 1967, entre otros. El fenómeno de la subversión se extiende en muchas oportunidades apoyado por los movimientos sociales o partidos políticos sociales. Pero además, la confrontación armada se agrava con la conformación de grupos armados de

---

165 En Guatemala la United Fruit Company era la compañía extranjera con mayores propiedades, pero solo explotaba el 15% de sus 550,000 acres, y por lo tanto sintió afectado sus intereses con las políticas de reforma agraria pues el gobierno le expropió 400,000 acres, y la indemnizó a partir de bonos del Estado a los valores comerciales, los cuales tenían una diferencia bastante mayor frente al valor para la base de impuestos (Armon, Wilson, Palma Murga, & et al., 1997, pág. 23).

166 De hecho para el caso de Guatemala, desde la reforma constitucional de 1921 ya había incluido algunas cláusulas sociales en materia laboral (Torre Villar & García Laguardia, 1976, pág. 243).

167 Por ejemplo, el Golpe de Estado contra el presidente Jacobo Arbenz en 1954 fue auspiciado por la CIA y las principales ciudades guatemaltecas fueron bombardeadas con aviones norteamericanos. Ver: Discurso de Renuncia de Jacobo Arbenz 27 junio 1954. Disponible: https://www.youtube.com/watch?v=WXFihj4wD_k. Consultado 6 de septiembre de 2014.

168 El periodo conocido como el Frente Nacional en Colombia, que va desde 1958 hasta 1974 es un claro ejemplo de exclusión a la participación de partidos con tendencias sociales. *Cfr.* (Marquardt, 2011b, pág. 174 y ss)

derecha, también denominados paramilitares, que fueron apoyados por las fuerzas armadas regulares y poderes locales, para adelantar las acciones armadas más sangrientas e ilegales[169].

Como las guerrillas para ese momento tenían un gran apoyo en los sectores rurales y las villas de campesinos e indígenas, la estrategia militar fue arreciar contra los caseríos para cortar toda colaboración a los subversivos. En el caso de Guatemala se documentan las siguientes acciones[170]: En primer lugar, el enfrentamiento civil directo, involucrando a la población en los conflictos e incluso exterminando a comunidades indígenas completas, en segundo lugar, procurar la quema, el bombardeo y la destrucción de territorios y de las viviendas de la población para obligarlos a abandonar el territorio, y en tercer lugar, expropiar sus tierras por medio de mecanismos judiciales y administrativos con el propósito de desalojarlos. En últimas se trataba de una política clara que pretendió despoblar las zonas donde operaba militarmente los grupos armados. Ello condujo a un fenómeno amplio de desplazamientos forzados internos y de refugiados. En Guatemala se determinó que más de 1 millón se desplazaron internamente y 100.000 se refugiaron (principalmente en México), y Colombia registra aproximadamente 5,4 millones de personas en situación de desplazamiento forzado interno y 400.000 más en condición de refugiadas[171]. Incluso, como una forma de obstaculizar el retorno de esta población, se aplicaron estrategias de despojo administrativo, civil y de hecho.

Los despojos administrativos fueron cometidos por las entidades públicas encargadas de la reforma agraria. Así, el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria[172] –INCORA– y el Instituto Nacional de Transformación Agraria –INTA– creado en 1962[173], en uso de facultades discrecionales parar decretar y calificar la tierra de ociosa y/o para declarar la pérdida de los derechos sobre los predios agrícolas adjudicados –Unidades Agrícolas Familiares o Patrimonio

---

169 Al respecto ver a: (García Godos & Wiig, 2014, pág. 8 y ss)

170 En la historia de dicho país se conoció como la "Política de la Tierras Arrasada", sobre la cual existe significativa documentación multimedia. Al respecto ver: "Guatemala la Tierras Arrasada". Recuperado el 10 de Mayo de 2014, de: http://www.youtube.com/watch?v=BpAbZotVrJQ

171 No se pretende afirmar que los grupos armados ilegales de derecha fueron los exclusivos responsables de la totalidad de los desplazamientos forzados. Según lo muestra GARAY SALAMANCA: "*El principal actor desplazador son los grupos narco-paramilitares (con un 32% de los casos en el periodo 1980-julio 2010 y cerca del 40% entre los años 1980 y 2004); el segundo actor fundamental son las "Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia- Ejército del Pueblo" –FARC-EP- (27% y 16% en los periodos respectivos); el "Ejército de Liberación Nacional" –ELN- es el tercero (con 1,6% y 1,85), en tanto que a juicio de los mismos hogares desplazados, una alta proporción del resto fueron grupos armados ilegales no identificados (con más del 9%)*". (Garay Salamanca, 2012, pág. 18)

172 Ley 135 del 13 de diciembre de 1961. Congreso de la República.

173 Ley de Transformación Agraria, Decreto número 1551 de 7 de noviembre de 1962

Familiar Agrario–, decretaron la pérdida de los derechos sobre los predios adjudicados o sobre la posesión, en razón del abandono de los mismos, o por la ausencia de pago, e incluso por la simple mala conducta. También se presentó el fenómeno de desaparición o adulteración de los archivos históricos de las entidades públicas. Posteriormente, estas entidades en los niveles locales favorecieron a segundos ocupantes, como resultado de una política de repoblamiento alimentada por la estigmatización de las personas desplazadas, y desde luego, como una estrategia para evitar su retorno[174].

El uso de figuras del derecho civil fue otra forma de cometer despojos. Como se mencionó en el primer capítulo, el derecho civil en realidad no reguló equitativamente el mercado de la propiedad, pues difícilmente la población rural campesina e indígena estuvieron en la capacidad de acudir a sus procedimientos para obtener el reconocimiento de derechos. En realidad esta normatividad solo podía ser utilizada por las élites terratenientes para extender sus fundos, en ilegítimo aprovechamiento de las desventajas objetivas de la población campesina e indígena[175]. En Guatemala los despojadores utilizaron la figura de la titulación supletoria[176], y en Colombia, como lo expone SALINAS ABDALA, figuras de la prescripción extraordinaria del dominio, la venta sobre cosa ajena, la simulación, y en sí mismo, la prescripción de acciones civiles en casos como la lesión enorme. Otra forma de despojar civilmente fue por medio de decisiones judiciales civiles a través de procesos de embargo y remate.

Finalmente, se presentó el despojo de hecho, el cual consistió en procesos de repoblamiento liderado por los grupos paramilitares y por el ejército regular con el propósito de evitar el retorno de las poblaciones desplazadas. Este fenómeno que parece haber sido más claro en Guatemala que en Colombia terminaría afectando las posibilidades de restitución de tierras[177].

---

174 *Cfr.* (Painter, 1996, pág. 161 y ss) y (Comisión para el Esclarecimiento Histórico, 1999, pág. 43).

175 Gran parte de la población indígena, por lo menos en el caso de Guatemala hablan su propio idioma y no dominan el castellano.

176 La titulación supletoria es una figura que remplaza a la prescripción adquisitiva extraordinaria. La medida consiste en que pasado un tiempo de posesión sobre un predio se adelantaba el registro formal, luego se esperaba un periodo de tiempo adicional para finalmente ser reconocido como propietario. Esta figura está incluida en el Código Civil de 1933 y fue especialmente desarrollada en la Ley de Titulación Supletoria de 1979 (Mauro & Merlet, 2003, pág. 16).

177 Uno de los principales despojadores directos de las tierras fueron los miembros del ejército regular, quienes después de los desplazamientos usaban su fuerza política para ser adjudicatarios de dichos predios. (Coordinadora Nacional de Organizaciones Campesinas, 1995, pág. 3)

También existieron los simples abandonos forzados sin despojos. Se trató de los casos en que los predios abandonados permanecieron en dicha condición y a pesar de no ser explotados, no se decretó ninguna sanción administrativa sobre ellos, por lo que después de finalizar el conflicto las víctimas pudieron retornar sin afrontar oposición alguna.

El conflicto en Guatemala duró 36 años, contados a partir de 1960, con un periodo de agudización entre 1978 a 1984[178], y finaliza en 1996 cuando se firman los Acuerdos de Paz entre la Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca –URNG y el Gobierno de Guatemala. En Colombia hay cierta discusión sobre el inicio del conflicto armado interno, pues en ocasiones se cuenta desde la época de La Violencia (1943-1958), en otras desde el Frente Nacional y otras desde el surgimiento de las guerrillas de izquierda en 1964. Lo cierto es que a la fecha no se ha dado el fin del conflicto en la medida que aún existen grupos armados en la clandestinidad. Ahora, en relación al fenómeno de los paramilitares, Guatemala los disuelve en 1996 a través del Decreto número 143 de 1996, y Colombia al menos legalmente los reincorpora a la vida civil con la Ley 975 de 2009.

Para el caso de Colombia, autores como GARAY sostienen que le fenómeno de desplazamiento forzado y de despojo no es el resultado fortuito de los enfrentamientos armados, sino una estrategia masiva, sistemática y consolidada de las élites y los grupos empresariales para imponer la agroindustria como cultivos de palma, la minería y el narcotráfico. Éste último es un elemento diferenciador en el conflicto armado colombiano, pues desde los años 80s, además del enfrentamiento ideológico, los grupos paramilitares y guerrilleros buscaron financiamiento a través del mercado de los cultivos ilícitos. En el mismo sentido PALMA MURGA para el caso de Guatemala afirma que los despojos fueron incentivados por la presión de la expansión de la producción del latifundio cafetero, la cual solo se podía extender con "*la apropiación de tierras baldías, pero también como resultado de la sistemática destrucción de las que eran poseídas a título colectivo por pueblos y comunidades*" (Palma Murga, 1997, pág. 77).

[178] Particularmente en el gobierno golpista de Rios Montt.

3.2 La restitución de tierras en Guatemala

La preocupación por la restitución de tierras en Guatemala no surge como un tema de derechos propiamente, sino como resultado del fenómeno masivo de refugiados guatemaltecos en países de Centro América, en especial México. Ello generó dos momentos o contextos de discusión, diseño e implementación de la restitución de tierras, a partir de los cuales se presentará la situación en Guatemala. En el primer momento es posible agrupar los acuerdos internacionales para superar la situación y los acuerdos de paz entre el gobierno y la guerrilla. El segundo escenario es el desarrollo de figuras normativas internas específicas para facilitar la recuperación de los predios.

3.2.1 Acuerdos regionales y Acuerdos de Paz como marco orientador de la restitución de tierras

La presión y preocupación internacional por solucionar la situación de los 100.000 refugiados a partir del retorno a sus lugares de origen, se evidenció en la Conferencia Internacional sobre Refugiados Centroamericanos –CIREFCA– celebrada en Guatemala en mayo de 1989[179]. Este documento, denominado "*Principios y criterios para la protección y asistencia a los refugiados, repatriados y desplazados centroamericanos en América Latina*" tenía como propósito fundamental comprometer al Estado de Guatemala a facilitar el retorno de las personas.

Este documento tiene importantes particularidades desde el marco analítico desarrollado. En primer lugar, como se trataba de dar solución a la situación de refugiados masivos, su fortaleza jurídica se ubica en los derechos humanos y en particular en las normas internacionales sobre refugiados, como la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y el Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados de 1967. Así mismo, fundamentó las medidas de atención a la población refugiada a partir del principio de integralidad e interdependencia de los derechos humanos, lo que permitió afirmar, que tanto el Pacto

[179] *Cfr.* (Moreno Moreno, 2009, págs. 14, 15). En una línea más crítica, WALDMANN sostiene que el restablecimiento del Estado constitucional democrático en América Latina, luego del periodo de crisis de las dictaduras, se dio por el condicionamiento de la comunidad internacional, pero en particular, de la comunidad económica internacional representada en el Banco Mundial y el Fondo Monetario Internacional a la asignación de créditos únicamente a gobiernos democráticos (Waldmann, 2003, págs. 39,40).

Internacional de Derechos Civiles y Políticos como el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales debían ser garantizados conjuntamente en el proceso de retorno, así como lo dispuesto por la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Bajo esta lógica el documento reivindicó la protección y respeto de los derechos civiles y políticos y de los derechos económicos y sociales. Sin embargo, el documento no desarrolla una figura específica de restitución de tierras ni propone una hermenéutica particular pro sujeto débil, pero si establece que esta medida es necesaria para garantizar la repatriación voluntaria. Según esta fuente primaria:

> "59. *El principio de la voluntariedad libremente [del retorno […] [es] un elemento básico de la protección del refugiado se deriva (sic) de los Derechos Humanos fundamentales, de seguridad y del derecho a la libertad de movimiento y libre elección del lugar de residencia. En el contexto regional, en donde una gran mayoría de refugiados son de origen rural, es particularmente importante que* ***puedan retornar a sus actividades económicas habituales y recuperar sus tierras y bienes****"* (negrilla fuera del original).

Los mencionados principios para los refugiados de Centroamérica sostienen que el retorno debe estar acompañado de medidas destinadas a garantizar la re-integración de las personas a la vida económica, por lo tanto, el Estado debe facilitar y garantizar proyecto de desarrollo en las comunidades donde retornen los refugiados, y reconoce que los refugiados deben gozar de los derechos económicos, sociales y culturales para poder llevar una vida digna y productiva.

La Conferencia Internacional sobre Refugiados Centroamericanos es un primer referente muy importante pues aunque aborda el problema desde la categoría de refugiados, evidencia que la solución a este fenómeno no se limita al retorno mismo, sino a la integración plena de las personas retornadas a partir de la vigencia de sus derechos

humanos integrales, lo cual incluye la restitución de la tierra como una forma de inclusión económico-productiva y social.

La segunda fuente que abordó el tema de la restitución de tierras se encuentra en el conjunto de los Acuerdos de Paz, en particular: i) el Acuerdo General sobre Derechos Humanos, ii) el Acuerdo para el Reasentamiento de las poblaciones desarraigadas por el enfrentamiento armado, iii) Acuerdo sobre identidad y derechos de los pueblos indígenas, y iv) el Acuerdo sobre aspectos socioeconómicos y situación agraria.

Estos documentos sin duda constituyen un marco de reconocimiento de la restitución de tierras como reparación a las violaciones de los derechos humanos, desde un enfoque correctivo pero acompañado de un enfoque social y de garantía de inclusión social y económica.

Así el "Acuerdo General sobre Derechos Humanos"[180] estableció claramente que resarcir y asistir a las víctimas de las violaciones a los derechos humanos era un deber de las partes, en especial a aquellas víctimas que por su condición económica y social requerían una atención prioritaria. Así mismo estableció el deber del Estado de expedir leyes para evitar la repetición de violaciones a los derechos humanos.

El "Acuerdo para el Reasentamiento de las Poblaciones Desarraigadas por el Enfrentamiento Armado"[181], entre las medidas establecidas se cuenta[182]:

i) Vinculatoriedad y reparación de derechos humanos

a. Respeto integral de los derechos humanos de las víctimas

---

[180] Acuerdo General sobre Derechos Humanos del 27 de marzo de 1994. Gobierno de Guatemala & Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca (URNG). Recuperado el 20 de Junio de 2014, de http://www.guatemalaun.org/bin/documents/Acuerdo%20Derechos%20Humanos.pdf

[181] Acuerdo para el Reasentamiento de las Poblaciones Desarraigadas por el Enfrentamiento Armado del 17 de junio de 1994. Gobierno de Guatemala & Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca (URNG). Recuperado el 20 de Junio de 2014, de: http://www.guatemalaun.org/bin/documents/Acuerdo%20Derechos%20Humanos.pdf

[182] Las categorías que se utilizan a continuación para agrupar las medidas en favor de la población víctima, son propuestas desde los conceptos desarrollados en la investigación misma, por lo tanto, se aclara que no corresponden estrictamente al lenguaje de los documentos analizados.

ii) Restitución formal de la tierra

a. Formalización de la propiedad en clave de la posesión material histórica que han tenido las comunidades campesinas e indígenas.
b. Anular los despojos administrativos decretados por el Instituto Nacional de Transformación Agraria a través del uso abusivo de la figura del abandono voluntario y reconocer la imprescriptibilidad de los derechos de tenencia de la tierra de los campesinos e indígenas.
c. Devolver la tierra a poseedores originarios o reconocer compensaciones.

iii) Reparación del daño económico y de los Derechos económicos y sociales:

a. Reparación del daño económico de las poblaciones afectadas por medio de la provisión de infraestructura básica como vivienda, saneamiento, agua potable, almacenamiento rural, salud y educación.
b. Dar asistencia técnica y financiera para el desarrollo e implementación de los proyectos productivos que permitan superar las condiciones de pobreza y que faciliten la reintegración productiva de la población desarraigada
c. El retorno voluntario debe darse en condiciones de dignidad y seguridad.
d. Garantizar la seguridad alimentaria

iv) Justicia social, dignidad humana y justicia material

a. Procurar una solución duradera al reasentamiento y al conflicto bajo el marco de la justicia social.
b. Mejorar la calidad de vida de las poblaciones reasentadas.

El "Acuerdo sobre Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas"[183] estableció las siguientes medidas.

i) Vinculatoriedad y reparación de derechos humanos

a. Respetar la identidad de los pueblos indígenas, así como sus derechos políticos, económicos, sociales y culturales.
b. Incorporar los convenios internacionales sobre poblaciones indígenas

ii) Restitución formal de la tierra

[183] Acuerdo sobre identidad y derechos de los pueblos indígenas del 31 de mayo de 1995. . Gobierno de Guatemala & Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca (URNG). Recuperado el 20 de Junio de 2014 de: http://www.guatemalaun.org/bin/documents/Acuerdo%20Pueblos%20Ind%C3%ADgenas.pdf

a. Regularizar la situación jurídica de la posesión comunal de las tierras que carecen de títulos de propiedad.
b. Diseñar mecanismos adecuados para la población campesina, que faciliten el acceso a la legalización de la tierra y a su defensa, pues los existentes son de difícil acceso.
c. Establecer medidas legislativas y administrativas especiales para los trámites de reivindicación, restitución y compensación de los derechos de propiedad.
d. Para la protección de la propiedad se debe suspender los trámites de titulación supletoria, suspender los plazos de prescripción y establecer mecanismos de compensación cuando haya operado la prescripción

iii) Reparación del daño económico y de los DESC:

a. Los menciona pero no los desarrolla pues los remite al Acuerdo sobre aspectos socioeconómicos y situación agraria.

iv) Justicia social, dignidad humana y justicia material

a. La histórica condición de discriminación de los pueblos indígenas ha impedido el pleno ejercicio de los derechos y la participación política.
b. Informar a las comunidades indígenas en sus idiomas y contar con jueces bilingües e intérpretes judiciales.
c. Aumentar el número de juzgados para atender las reclamaciones de tierras con procedimientos ágiles y con la aplicación del derecho agrario con especial reconocimiento de las normas consuetudinarias.
d. Ofrecer servicios competentes de asesoría y gratuidad del servicio de intérpretes para las comunidades indígenas.

Por su parte el "Acuerdo sobre Aspectos Socioeconómicos y Situación Agraria"[184], incluyó las siguientes medidas:

i) Vinculatoriedad y reparación de derechos humanos

a. Se remite a los acuerdos ya firmados sobre derechos humanos y reasentamientos.

[184] Acuerdo sobre aspectos socioeconómicos y situación agraria del 6 de mayo de 1996. Gobierno de Guatemala & Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca (URNG). Recuperado el 20 de Junio de 2014, de: http://www.democraticdialoguenetwork.org/app/documents/view/es/488

ii) Restitución formal de la tierra

a. Promover la legalización, acceso y registro de los terrenos históricamente poseídos por los campesinos y los indígenas.
b. Desarrollar una legislación simple y accesible a la población rural vulnerable que permita acceder a la legalización de sus tierras.
c. Restituir o compensar a las personas que les fueron usurpadas las tierras a través del abuso de autoridad o de adjudicaciones ilegales.
d. Compensar a los agricultores que en los litigios sobre las tierras fueran desposeídos por causas no imputables a estos.
e. Aplicar procedimientos judiciales y no judiciales ágiles para solucionar los conflictos sobre la propiedad. Se incluye la conciliación como método de solución de conflictos.
f. Crea una dependencia de asistencia legal y resolución de conflictos que preste asesoría y asistencia legal a los campesinos y trabajadores agrícolas para proteger sus derechos. Dicha dependencia deberá intervenir en controversias sobre las tierras y en casos de litigios judiciales otorgará asesoría y asistencia legal gratuita a los campesinos y sus organizaciones.
g. Implementar una jurisdicción agraria y ambiental permanente.

iii) Reparación del daño económico y de los derechos económicos y sociales:

a. Facilitar el acceso de los campesinos a las tierras.
b. Constituir un Fondo de Tierras para financiar y facilitar el acceso a tierras.
c. Desarrollar proyectos productivos sostenibles que aumenten la productividad agrícola.
d. Fomentar la participación ciudadana en el desarrollo económico y social y generar una mayor equidad en la distribución de las riquezas
e. Procurar el goce efectivo del derecho al trabajo, la educación, la vivienda y demás derechos sociales.
f. Modificar la estructura de la tenencia y el uso de la tierra para garantizar a los campesinos un bienestar social y la garantía de su libertad y dignidad. En particular reformar la legislación sobre tierras ociosas para sancionar tal situación.

iv) Justicia social, dignidad humana y justicia material

a. Todas las fuerzas sociales deben contribuir a permitir una vida digna para toda la población.
b. El desarrollo socioeconómico debe ser procurado a partir de la justicia social.
c. El desarrollo económico debe procurar superar las situaciones de pobreza, extrema pobreza, desigualdad y marginación social y política, las cuales han sido la causa del conflicto.
d. El Estado tiene el deber constitucional de superar las iniquidades y deficiencias sociales.

Es necesario precisar que el lenguaje utilizado por los Acuerdos de Paz en relación a la población campesina e indígena no fue en términos de víctimas y victimizaciones de los derechos humanos y por lo tanto de víctimas que debían ser reparadas, salvo en el Acuerdo General sobre Derechos Humanos.

Si se adelanta una evaluación detallada a partir de los elementos del Constitucionalismo Social reconstruidos en esta disertación, tal parece que la Conferencia Internacional sobre Refugiados Centroamericanos en conjunto con los Acuerdos de Paz responden en gran manera a los criterios cualitativos propuestos. Pues se incluyó la justicia social y distributiva, la dignidad humana, la restitución como una medida de reparación, la necesidad de complementar la recuperación del vínculo jurídico formal desde el principio de integralidad e indivisibilidad de los derechos humanos, por lo cual se incluían medidas destinadas a reparar el daño económico y social por medio de la garantía a los derechos económicos y sociales. También defendió la implementación de un régimen y procedimiento jurídico especial, ágil, accesible y con garantías de asistencia técnica y judicial gratuita, incluso un servicio de intérpretes para los campesinos y las comunidades indígenas, defendiendo que dicho régimen debería separarse del sistema civil y abordarse desde el derecho agrario.

Idealmente este marco seguramente pasaría un estándar rígido desde el Constitucionalismo Social, y se constituiría en un derrotero fuerte para los subsiguientes desarrollos normativos concretos. Pero lastimosamente los Acuerdos se quedaron en un nivel de aspiración política y

moral, y no lograron alcanzar un nivel jurídico[185]. Así, para 1999, luego de que se discutieran y se aprobaran en el Congreso, se adelantó una consulta popular dirigida a emendar la constitución de 1985 a partir de los Acuerdos de Paz, sin embargo, el alto abstencionismo social no permitió su aprobación[186].

3.2.2 Estructura y operatividad legal de la restitución de tierras

La no aprobación de la consulta popular de los Acuerdos de Paz generó un efecto desesperanzador en la comunidad internacional, quien había apoyado las negociaciones y los acuerdos de paz, pero que además había financiado gran parte del proceso. No obstante, el esfuerzo se centró en las posibles medidas legislativas y gubernamentales como expresión de la voluntad política por parte del Estado de honrar los compromisos establecidos en el Conferencia Internacional sobre Refugiados Centroamericanos y los acuerdos de paz, por lo que resulta necesario revisar la legislación interna que se expidió para la superación del conflicto y la reparación y restitución de las víctimas.

En materia penal, la restitución no fue posible, toda vez que la Ley de Reconciliación Nacional expedida en 1996, si bien estableció el deber del Estado de asistir a las víctimas de violaciones de derechos humanos, y para ello creó la Secretaría de la Paz[187], también estableció la extinción de la responsabilidad penal a la mayoría de los delitos cometidos en el marco del conflicto armado, salvo en los casos de genocidio, tortura y desaparición forzada[188]. Con lo cual no fue posible investigar a los responsables de los desplazamientos forzados, en especial si se tiene en cuenta que el Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra relativo a la protección de las

---

185 En particular si se considera que en la Declaración de Contadora del 22 de agosto de 1995, los representes de los partidos políticos con representación en el Congreso de Guatemala y en el Parlamento Centroamericano se comprometieron a otorgar seguridad y firmeza legal a los acuerdos de paz entre el Gobierno Nacional y la URNG. El documento afirma que: "*Los partidos políticos reconocen la especial importancia que dentro de los acuerdos de la negociación de paz tienen aquellos compromisos que implican reformas constitucionales, y por tanto se comprometen a promoverlos ante el organismo legislativo para su aprobación*". IV Conferencia Centroamericana de Partidos Políticos. Declaración de Contadora. Isla de Contadora, Panamá, 22 de agosto de 1995. Recuperado el 15 de Enero de 2015, de: http://www.guatemalaun.org/bin/documents/Declaraci%C3%B3n%20de%20contadora.pdf

186 Al respecto ver: (Bailliet, 2003, pág. 171), (Moreno Moreno, 2009, pág. 17)

187 Entidad encargada de liderar las medidas y programas para el restablecimiento socio-económico de las víctimas.

188 Sobre las desapariciones forzadas existe una amplia documentación fílmica en Youtube.com, por ejemplo ver: International Committee of the Red Cross (ICRC) Guatemala: the missing, everybody's commitment. Recuperado el 10 de Junio de 2014, de: https://www.youtube.com/watch?v=40bl9c-OHbM.

víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional establece en su artículo 17 una prohibición a los desplazamientos forzados y estatuye que "*no se podrá forzar a las personas civiles a abandonar su* ***propio territorio*** *por razones relacionadas con el conflicto*"[189].

En 1997 se expide una primera reglamentación con alcance jurídico dirigida a atender las reclamaciones de tierras. Ello no se logró por medio de la constitución ni de la ley –según el compromiso de la Declaración de Contadora– sino de un decreto del ejecutivo, el Acuerdo Gubernativo No. 452 de 1997 por medio del cual se creó la Dependencia Presidencial de Asistencia Legal y Resolución de Conflictos sobre la Tierra – CONTIERRA[190].

El procedimiento que se diseñó fue básicamente un tipo de restitución administrativa con una filosofía de conciliación y mediación. Así, los desplazados y refugiados acudían a CONTIERRAS para solicitar el estudio de restitución de los predios, y CONTIERRAS prestaba la asistencia solo para mediar entre los actuales propietarios y los solicitantes, pues dicha entidad no tuvo el mandato para asistir a los solicitantes ante los procesos judiciales ordinarios, así que su esfuerzo de mediación se centró en buscar una salida amistosa o mecanismos de compensación de común acuerdo, pero si no se llegaba a una salida negociada, entonces la víctima debía acudir a las vías judiciales ordinarias, o renunciar a la pretensión de recuperar su tierra para así acceder a programas de asignación de tierras (Williams, 2008, pág. 483). La asistencia de CONTIERRA era gratuita.

Otra forma de recuperar las tierras fue a través de la Ley del Fondo de Tierras[191]. Esta Ley creó el Fondo de Tierras –FONTIERRAS. El objetivo principal era facilitar el acceso a la tierra y a

---

189 A la fecha la Ley Nacional de Reconciliación sigue vigente y ha impedido la efectividad del derecho a la justicia, muy a pesar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos en reiteradas ocasiones le ha señalado al Estado de Guatemala que las leyes de amnistías, indultos o extinción generalizada de la responsabilidad penal por violaciones a los derechos humanos es contraria a la parámetros de la Convención y a los pronunciamientos del alto Tribunal. Al respecto ver: Corte Interamericana de Derechos Humanos. Resolución: Supervisión de cumplimiento de sentencia (Agosto 21, 2014). En 11 casos contra Guatemala respecto de la obligación de investigar, juzgar y, de ser el caso, sancionar a los responsables de las violaciones a los derechos humanos. Recuperado el 20 de Abril de 2014, de http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/11_Casos_21_08_14.pdf

190 Acuerdo Gubernativo No. 452 de 4 de junio de 1997. Presidencia de la República: "Créase la Dependencia Presidencial de Asistencia Legal y Resolución de Conflictos sobre la Tierra – CONTIERRA". Ed. Diario de Centro América, Tomo CCLVI, Núm. 78, 1997, pp. 2321 y 2322.

191 Decreto número 24 del 16 de junio de 1999. Ley del Fondo de Tierras. Congreso de la República de Guatemala. Recuperado el 5 de Junio de 2014, de http://ns.fontierras.gob.gt/pdf/LFONTIERRAS.PDF

proyectos productivos a la población rural con el propósito de garantizar el acceso a mejores condiciones de vida en libertad, justicia, seguridad y paz. Los beneficiarios eran: i) Campesinos sin tierras, ii) campesinos sin tierra suficiente, y iii) Campesinos en situación de pobreza, y además incluyó un criterio de prioridad para la población desarraigada por causa del conflicto armado por el término de los primeros 10 años de vigencia de la ley.

Una de las fuentes de tierras del Fondo de Tierras fue por medio de la figura conocida como los excesos. Los excesos era la diferencia entre la extensión del predio privado registrado y la extensión real[192]. Para establecer dicha diferencia los funcionarios de FONTIERRAS debían ir al terreno y realizar las mediciones respectivas. Sin embargo, FONTIERRAS no contó con los medios suficientes para visitar y medir los predios, entre otras, porque los ocupantes les impedían el ingreso y porque el Decreto número 24 de 1999 no otorgó facultades directas para esta labor[193], por lo tanto era necesario acudir a un proceso legal ordinario para obtener autorización del juez civil. Ahora, en la medida que los excesos correspondieran a tierras originariamente ocupadas por las comunidades campesinas e indígenas despojadas, éstos serían restituidos.

En general, el Acuerdo Gubernativo No. 452 de 1997 ni Ley del Fondo de Tierras crearon un mecanismo jurídico viable y especial que respondiera al interés social y público, y prioritario de reparar con la restitución de tierras a las personas que habían perdido ilegítimamente sus propiedades[194]. Tampoco crearon una competencia preferente por medio de la cual los conflictos tramitados por CONTIERRAS[195] o por FONTIERRAS[196] detuvieran o

---

192 Esta figura estaba incluida desde la Ley de Transformación Agraria de 1962.

193 En uno de los casos documentados por Amnistía Internacional se informa que: "*Según FONTIERRAS, los propietarios de Secontí que aseguran ser también los dueños de Soledad Sayaxut no han permitido nunca que se lleve a cabo una medición. No han permitido a los técnicos de FONTIERRAS el acceso a Secontí ni a Soledad Sayaxut. Para preservar la seguridad de su personal, FONTIERRAS no realiza la medición de un terreno en disputa si no cuenta con el acuerdo de ambas partes*" (Amnistía Internacional, 2006, pág. 22)

194 WILLIAMS señala que todo dependía de la voluntad de los ocupantes actuales, pues no se reconoció un mandato legal para que el gobierno expropiar las tierras reclamadas (Williams, 2008, pág. 484).

195 Según lo documenta BAILLIET, para el 2001 esta entidad había recibido 1.103 reclamaciones (Bailliet, 2003, pág. 170). Por su parte Amnistía Internacional reporta que para diciembre de 2005 esta entidad adelantaba 1.052 casos de disputas (Amnistía Internacional, 2006, pág. 5)

196 El informe de LEONHARD y WOLPOLD-BOSIEN señala que si bien el Gobierno se había comprometido a desarrollar acciones legales para recuperar las tierras adjudicadas ilegalmente en zonas de colonización como el Petén y la Franja Transversal del Norte, según lo expresado por "*MINUGUA […] en entrevista con FIAN su preocupación por el "nulo avance en la recuperación de las tierras irregularmente adjudicadas en el Petén y la Franja Transversal del Norte". FIAN considera que existe el peligro que estos párrafos de los Acuerdos de Paz no se cumplan nunca, ya que la*

suspendieran los procesos judiciales ordinarios o incluso penales sobre el mismo predio, ello conllevó a que, al tiempo que las mencionadas instituciones adelantaban sus labores, los ocupantes de los predios adelantaban la titulación supletoria y las acciones civiles para legalizar los despojos[197].

Así mismo, la asistencia legal si bien podía ser gratuita, ella se limita a la mediación y no a juicios ordinarios, por lo tanto el campesinado y el indígena débil, vulnerable y marginado tuvieron que disputarse la titularidad de la tierra en el campo del individualismo puro y la igualdad formal de armas, es decir, el derecho civil y el derecho procesal civil, donde la desigualdad procesal era evidente, y donde prevalecen los principios formales y de registro sobre la posesión material de la tierra.

Lo anterior muestra que el Estado no asumió un papel serio de intervención ni de compensación de las desventajas objetivas de la población en materia de acceso a la justicia y al litigio. El Estado tuvo a un rol liberal limitado y de neutralidad en la medida que las disputas tenían que adelantarse en la justicia ordinaria.

Con relación a la naturaleza y contenido del derecho de propiedad, las normas expedidas después de los Acuerdos de Paz, no modificaron la concepción principalmente privada e individualista, y la única forma como se podía acceder a tierras fue por medio del Fondo de Tierras, el cual fue en gran parte financiado con recursos de la cooperación internacional, por lo que tras la fallida consulta popular de 1999 perdió una suma significativa de eta financiación.

Por otra parte, si bien la Constitución de Guatemala reconoce la prevalencia del derecho internacional, la figura del bloque de constitucionalidad no se ha consolidado en especial frente a los documentos del soft law. En Guatemala el valor jurídico de las normas de derecho humanos en la Corte de Constitucionalidad no es homogénea y ha variado entre reconocerles

---

reversión de las transferencias ilegales del pasado significa confrontarse con sectores que siguen siendo poderosos en el país". (Leonhard & Wolpold-Bosien, 2001, pág. 25)

197 En el citado informe de Amnistía Internacional se reportó que: "*A pesar de las conclusiones preliminares del INTA, de la falta de cooperación de los finqueros y de la solicitud pendiente de resolución presentada por FONTIERRAS ante la Procuraduría General de la Nación, un juez de lo civil emitió una orden de lanzamiento contra la comunidad de Soledad Sayaxut. Una orden de lanzamiento es en la práctica lo mismo que una orden de desalojo, pero tiene un nombre diferente porque la emite un juez de lo civil*". (Amnistía Internacional, 2006, pág. 22)

un valor constitucional o simplemente un valor supra-legal pero infra constitucional[198]. Sin embargo, en reciente sentencia de la Corte de Constitucionalidad Exp. 1822-2011 de 17 de julio de 2012 afirmó que:

> "*por vía de los artículos 44 y 46 [constitucionales], se incorpora la figura del bloque de constitucionalidad como un conjunto de normas internacionales referidas a derechos inherentes a las personas, incluyendo todas aquellas libertades y facultades que aunque no figuren en su texto formal, respondan directamente al concepto de dignidad de la persona, pues el derecho por ser dinámico, tiene reglas y principios que están evolucionando y cuya integración con esta figura permite su interpretación como derechos propios del ser humano […] Así, a juicio de esta Corte, el artículo 46 constitucional denota la inclusión de los tratados en el bloque de constitucionalidad, cuyo respeto se impone al resto del ordenamiento jurídico, exigiendo la adaptación de las normas de inferior categoría a los mandatos contenidos en aquellos instrumentos*"[199].

El reciente pronunciamiento de la Corte de Constitucionalidad parece fortalecer la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos limitada a documentos ratificados por el Estado, por lo cual, documentos del soft law[200] no han adquieren un reconocimiento como criterio interpretativo válido de las obligaciones generales de derechos humanos.

En Guatemala, los casos de restitución exitosos se limitaron a las propiedades abandonadas que no habían sido ocupadas. Y para los refugiados los programas terminaron concentrándose en compensaciones alternativas de tierras. Según datos para 2003 presentados por BAILLIET:

---

198 *Cfr.* (Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2010, pág. 19).

199 Corte de Constitucionalidad de Guatemala, No. Exp. 1822-2011 (Julio 17, 2012), M.P Chacón Corado, M. R.. Recuperado el 20 de Junio de 2014, de http://www.sistemas.cc.gob.gt/Sjc/

200 Tales como los Principios rectores de los desplazamientos internos - Principios Deng, los Principios sobre la restitución de viviendas y el patrimonio de los refugiados y las personas desplazadas - Principios Pinheiro, Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones- Principios Theo Van Boven, Conjunto al Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad - Principios Joinet

> "*In total, 41,670 refugees attained restitution or compensation of alternative lands (while the landless received credits) via FORELAP. total of* 36, fincas *(measuring 1,250* cahallerias) *were provided. Approximately half of the refugees had repatriated collectively, half of which received restitution of their original land or alternative land, while the rest purchased new land.* P. 166

Ahora, si se tiene en cuenta que los datos arrojados por la Comisión para el Esclarecimiento Histórico es de 1 millos de personas desplazadas internamente, 151 mil refugiados y de 440 villas destruidas, los resultados no parecen muy alentadores, y lo que se defiende en esta disertación es que ello se debe a la prevalencia de los valores liberales del constitucionalismo en el proceso a pesar del marco general amplio y social establecido en la Conferencia Internacional sobre Refugiados y los Acuerdos de Paz.

3.3 La restitución de tierras en Colombia

La restitución de tierras en Colombia se consolidó por una vía diferente a la guatemalteca. Colombia avanzó en el reconocimiento del derecho a la restitución no como el resultado de acuerdos políticos ni de paz, sino como resultado de la política de atención y solución al fenómeno de desplazamiento masivo. Es posible señalar dos etapas de dicha consolidación, la primera como consecuencia de la atención al fenómeno de desplazamiento masivo, y la segunda, con la expedición de una ley específica, la Ley 1448 de 2011, para reparar a las víctimas del conflicto y específicamente tramitar la restitución de las tierras usurpadas durante el conflicto.

3.3.1 El desplazamiento forzoso y la preocupación por las tierras

La primera etapa está relacionada con la protección de las tierras que dejaban abandonadas las personas desplazadas. En el periodo que va entre 1997 a 2005 se caracteriza el esfuerzo por diseñar una política que permitiera levantar un registro de las tierras abandonadas. Ello fue

posible primero con la Ley 378 de 1997 y posteriormente con el Decreto 2007 de 2001[201]. Básicamente el mecanismo busca restringir los actos de disposición sobre los predios de las personas desplazadas, y para ello se diseñó un mecanismo de protección individual y uno colectivo. El individual se activa cuando una persona víctima de desplazamiento forzado acude a una dependencia pública para informar sobre su situación y solicita la protección de sus predios. El colectivo se activa de manera oficiosa por las entidades del Estado cuando existe peligro de un desplazamiento masivo o cuando este ya se ha presentado. Los predios que son protegidos ingresan a un registro general conocido como el Registro Único de Predios y Territorios Abandonados, y se inscribe una medida de protección en el folio de matrícula del respectivo predio, la cual restringe cualquier acto que conduzca a la pérdida del bien, tales como la venta de cosa ajena, la usucapión e incluso las propias ventas por coacción.

En esta etapa la Corte Constitucional de Colombia tuvo un importante protagonismo, y tras un activismo judicial en materia de desplazamiento forzado, profiere la sentencia T-025 de 2004, en la cual declara el estado de cosas inconstitucional por la situación del desplazamiento forzado interno[202]. Entre otras afirmaciones esta decisión exigió por parte del Gobierno y de las entidades responsables de atender a la población desplazada, establecer una política de atención adecuada, oportuna, coherente y que respondiera al uso y goce efectivo de derechos. A partir de esta decisión la Corte Constitucional de Colombia implementó un novedoso sistema de seguimiento y monitoreo judicial dirigido a verificar la política pública para atender el fenómeno.

El fallo citado se destaca por reconocer un nivel de exigibilidad de los derechos sociales de la población en situación de desplazamiento como garanta de la dignidad humana. Por tal razón, el desplazamiento forzado exige del Estado obligaciones de tipo prestacional en favor de la población víctima. Así mismo, bajo esta línea, la Corte Constitucional defiende el concepto de

---

201 Estas disposiciones de prevención del despojo siguen vigentes en la medida que el conflicto armado no ha finalizado y se pueden presentar nuevos desplazamientos forzados.

202 El estado de cosas inconstitucional es una situación de vulneración masiva y generalizada de los derechos fundamentales que se presenta sobre un número significativo de personas, donde además se han consolidado prácticas dilatorias para reconocer los derechos, sumado a la carencia de acciones legislativas, administrativas y presupuestales concretas, donde la solución del problema requiere el compromiso conjunto de las entidades públicas y finalmente, se acentúa la congestión judicial por vía del recurso de amparo o de tutela. Ver. Corte Constitucional sentencia T-025 de 2005, M.P. Manuel José Cepeda Espinoza. Recuperado el 13 de Marzo de 2014, de: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm. *Cfr.* (Ramírez Cardona, 2013, pág. 10).

la subsistencia mínima, la cual incluye acceso a alimentos, agua potable, alojamiento, vivienda básica, vestidos apropiados y servicios médicos y sanitarios, pero también exige la materialización del derecho a la salud, a la educación básica hasta los 15 años, y la provisión de apoyo en términos de la estabilización socioeconómica, y finalmente el derecho al retorno. Así mismo, la sentencia T-025 de 2004 refuerza el nivel de vinculatoriedad de los derechos prestacionales para la población desplazada justamente por su condición de vulnerabilidad manifiesta, y exige del Estado una política clara para atender a la población y garantizar su dignidad humana.

Posteriormente la Corte Constitucional para evaluar el cumplimiento de las órdenes dadas en la sentencia T-015 de 2004, profiere varios autos de seguimiento. En especial se destaca el Auto 218 de 2006 en el que se reconoce como un derecho de las víctimas de desplazamiento, la protección de los bienes y tierras que dejaron en abandono. Otro pronunciamiento importante del tribunal constitucional colombiano lo constituye la Sentencia T-821 de 2007, en la cual la Corte reconoció como derecho de fundamental de las personas desplazadas la protección de sus tierras, y dado que la reparación es un derecho fundamental de las víctimas, entonces también lo es la restitución[203]. Así mismo, el auto 008 de 2009 se propugnó por el establecimiento e implantación de un mecanismo particular para atender las solicitudes de restitución de las víctimas[204].

El activismo de la Corte Constitucional de Colombia también se ha reflejado en el reconocimiento de las normas de soft law que se relacionan con el desplazamiento y la reparación de las víctimas de violaciones de derechos humanos.

---

[203] En dicha sentencia la Corte sostuvo: "*Las personas que se encuentran en situación de desplazamiento forzado y que han sido despojadas violentamente de su tierra (de la tierra de la cual son propietarias o poseedoras), tienen derecho fundamental a que el Estado conserve su derecho a la propiedad o posesión y les restablezca el uso, goce y libre disposición de la misma en las condiciones establecidas por el derecho internacional en la materia. En efecto, en estos casos el derecho a la propiedad o a la posesión adquiere un carácter particularmente, reforzado, que merece atención especial por parte del Estado. Ciertamente, si el derecho a la reparación integral del daño causado a víctimas de violaciones masivas y sistemáticas de derechos humanos, es un derecho fundamental, no puede menos que afirmarse que el derecho a la restitución de los bienes de los cuales las personas en situación de desplazamiento han sido despojadas, es también un derecho fundamental*". Ver. Corte Constitucional sentencia T-821 de 2007, M.P Catalina Botero Marino. Recuperado el 10 de Junio de 2014 de http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/t-821-07.htm

[204] También es posible destacar los autos 004 y 005 de 2009, en los cuales se entendió la protección de los derechos territoriales de las poblaciones indígenas como una forma de evitar su exterminio y desaparición cultural, y exigió una atención diferenciada para la población indígena y la población afrodescendiente víctima de desplazamiento forzado.

Un hecho normativo importante durante este primer periodo, es la expedición de la Ley 975 de 2005 o "Ley de Justicia y Paz". Esta ley, se promulgó para promover la desmovilización de los miembros de grupos ilegales –especialmente los paramilitares– bajo el deber de garantizar la verdad, la justicia y la reparación. Su filosofía es la de la justicia penal en términos de la rehabilitación y la paz a través de la dejación de armas y la reincorporación a la vida civil. Esta Ley parte de la versión del desmovilizado quien para acceder a los beneficios de una pena alternativa debe confesar a plenitud todos los crímenes cometidos, debe además pagar un mínimo de pena, reducida a 8 años y finalmente, debe reparar a las víctimas.

Por medio de la reparación de las víctimas que reconoce la Ley 975, y expresado en el incidente de reparación, se materializa el derecho a la restitución de tierras. Sin embargo, la víctima técnicamente depende del reconocimiento y aceptación por parte del victimario –en su versión libre– de haber cometido el despojo, pues de no ser así, le corresponde a la víctima probar suficientemente la ocurrencia del despojo a través de la coacción, la amenaza o cualquier otro medio ilegítimo. Si el victimario reconoce el despojo o si la víctima y la Fiscalía logran probarlo, entonces se ordenará una reparación integral, la cual incluirá la restitución del predio. Si no se logra tal cometido, el bien ingresará a un fondo para reparar a las víctimas de otras violaciones a los derechos humanos. En ese sentido, la víctima se enfrente casi en igualdad de condiciones a sus victimarios para demostrar que si fue despojada, lo cual desconoce la condición de vulnerabilidad que padece.

El procedimiento de la Ley de Justicia y Paz es efectivamente de tipo especial, sin embargo, la pregunta es bajo qué criterio se evalúa el despojo?. Este se evalúa bajo un criterio penal que implica cumplir con los elementos de todo tipo penal, un sujeto, una conducta antijurídica, un daño antijurídico y una víctima. El problema es que incluso el derecho penal es más estricto en la tipificación de un delito en comparación a la evaluación de legalidad que se hace en el derecho civil, pues puede que una conducta sea ilegal para el derecho civil, pero no para el penal.

3.3.2 La Ley de víctimas y restitución de tierras.

La segunda etapa de la configuración legal se da con la promulgación de la Ley 1448 de 2011, también conocida como "Ley de Víctimas y Restitución de Tierras". Si bien esta ley se expide en el marco de la justicia transicional, se caracteriza por implementar un sistema administrativo y judicial específico para la reparación a las víctimas y la recuperación de las tierras despojadas y abandonadas.

Lo anterior significa que actualmente en Colombia existen dos mecanismos especiales para la restitución de las tierras, por una parte el diseñado por la Ley de Justicia y Paz, y el diseñado por la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras, y cada uno tiene un perfil distinto. Sin embargo, la Ley 1592 de 2012 dejó bajo el trámite de la Ley de Justicia y Paz solo aquellos procesos que tuvieran medida cautelar con fines de restitución para el momento de su vigencia. Así que técnicamente las solicitudes de restitución presentadas con posterioridad deben ser tramitadas bajo los parámetros de la Ley 1448 de 2011.

La Ley 1448 de 2011 reconoció la necesidad de reparar a las víctimas del conflicto armado y para ello creó dos sistemas[205]. Uno de tipo administrativo que se enfoca en la reparación por vía administrativa de las violaciones a los derechos humanos y el derecho internacional humanitario diferentes al despojo u abandono de tierras un sistema administrativo, para ello creó la Unidad Administrativa Especial de Atención y Reparación a Víctimas. Esta entidad se encarga, entre otras funciones, de recibir las solicitudes de reparación presentadas por las víctimas, de valorar la ocurrencia de la victimización así como el daño sufrido, y finalmente de indemnizar económicamente a la víctima. También se encarga de adelantar los planes de retorno para la población desplazada o refugiada. El segundo sistema es el mecanismo para la restitución y formalización de tierras, el cual se cataloga como mixto, en la medida que el proceso integra una etapa administrativa y una judicial, la primera a cargo de la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas, y en la cual se busca documentar el despojo u abandono sufrido, y la segunda a cargo de los jueces especializados en restitución de tierras y en la cual se reconoce o no la restitución de los predios usurpados a las

[205] No se quieren desconocer las medidas diseñadas para la atención inmediata a la población sometida a desplazamientos forzados –contenidas en el título III de la Ley–, pero dichas medidas surgen por la situación de emergencia y no por el título de reparación.

víctimas. Se trata de un proceso especial, de única instancia y que en términos ideales debería adelantarse en seis meses.

Adicionalmente, y en consideración a las particularidades poblacionales de Colombia, la restitución diferencia y especifica claramente entre las víctimas campesinas no afro-descendientes ni indígenas, pues para estas poblaciones –étnicas y afrodescendientes- la restitución no tiene la concepción de recaer sobre un título jurídico en un predio, al mejor estilo liberal, sino en la recuperación del uso ancestral, cultural y comunitario del "territorio". Por ello, el procedimiento para recuperar los territorios de estas poblaciones fue regulado por el Decreto Ley 4633 de 2011 para comunidades indígenas y el Decreto Ley 4635 de 2011. Estas normas acentúan la dimensión comunitaria y ancestral de dichos grupos y frente al territorio, y profundizar el principio de explotación material por sobre el registral. Sin embargo, si bien establece un procedimiento especial para la etapa administrativa de la restitución de tierras, en lo judicial operara el procedimiento judicial común para la restitución de tierras.

Por otra parte, si se tiene en cuenta que las víctimas del conflicto armado sufren violaciones múltiples o multidimensionales, pues la afectación no se reduce a la vulneración del derecho a propiedad o a los derechos sociales, sino a derechos como la vida, la libertad, la integridad física, entre otros, se debe considerar que vulneraciones son reconocidas por el proceso de restitución de tierras y cuáles no. La restitución de tierras desarrollada en la Ley 1448 de 2011 no repara las múltiples violaciones sufridas por la víctima, sino que se concentra en las violaciones al predio y en la recuperación de la vocación productiva de la víctima con su fundo. De tal manera que las otras vulneraciones son cubiertas por el mecanismo transicional administrativo de reparación, a cargo de la Unidad Administrativa Especial de Reparación a las víctimas, el cual se fundamenta en el reconocimiento de una indemnización por el daño sufrido a derechos como la vida, la integridad física, la libertad personal, y el reconocimientos de medidas de satisfacción, rehabilitación y garantías de no repetición.

Ahora bien, el mecanismo para la restitución de tierras es de naturaleza especial y de única instancia que en términos legales se adelanta en seis meses. El proceso integra una etapa

administrativa de documentación del caso del despojo y una etapa judicial en la cual se reconoce o no la restitución de tierras[206].

	Etapa Administrativa	Etapa Judicial
Entidades responsables	Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras	Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Jueces o magistrados civiles especializados en restitución de tierras.
Duración	60 días (prorrogables por 30 más)	4 meses
Función	Investigación y documentación del caso: Víctimas, violaciones y predio	Representación judicial Intervención de opositores Decisión judicial

Ilustración 2. Colombia. Esquema general de la restitución de tierras

Sin embargo, dado que aún persiste el conflicto armado, la restitución de tierras no se implementa en todo el territorio del país, sino en aquellas regiones donde existen condiciones de seguridad que permita adelantar los procesos de documentación del caso y los retornos de la población. Si bien esto responde al contexto de este país, esta situación conlleva a que muchas solicitudes de restitución aún no puedan ser estudiadas y por lo tanto tampoco se podrían restituir.

Las características principales de esta ley se pueden resumir a partir de los criterios que se han venido desarrollando del Constitucionalismo Social.

i) Parte de la defensa del interés social y público sobre el privado, por lo tanto, se prioriza la restitución como medida de reparación sobre los posteriores derechos constituidos por terceros sobre el bien. Esto conlleva a reconocer la restitución como medida preferente de la reparación incluso sobre la compensación. En otras palabras, la restitución como expresión de un interés social no puede ser obstaculiza por los derechos de los individuos que ocupan el predio. En caso de que los derechos de los segundos ocupantes hayan sido adquiridos con buena fe exenta de culpa, entonces se les reconoce una compensación.

[206] Ver: (Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas, 2013).

ii) El Estado no asume un rol mínimo y menos neutro. Por una parte, se crea una entidad administrativa especial denominada "Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas" – Unidad de Restitución de Tierras–, entidad que asume en primer lugar la labor de investigación y documentación de los casos de despojo a partir de las denuncias formuladas por las víctimas, por la información de otras entidades o de manera oficiosa, para lo cual puede acudir directamente al predio con apoyo de la fuerza pública para realizar las mediciones y las identificación del predio solicitado en restitución. Por lo tanto, los actuales ocupantes no pueden negarse a dicha diligencia.

La Unidad de Restitución de Tierras además de documentar los casos, tiene el mandato legal de representar judicialmente a las víctimas que así lo deseen, lo que permite que la víctima sea acompañada durante la etapa judicial por un litigante experto y cualificado ante los jueces de restitución de tierras y particularmente en los casos donde se vincule un opositor a la restitución. En tal sentido, se compensa la desventaja objetiva de representación y defensa judicial de las víctimas ante los procesos judiciales.

También se crea una justicia especializada en restitución de tierras, la cual se encarga de resolver los casos presentados por las víctimas y de procurar el reconocimiento de las medidas que garanticen una reparación adecuada.

iii) En relación al enfoque de los derechos humanos, la ley incorpora la prevalencia de los tratados y convenios ratificados por Colombia sobre Derecho Internacional Humanitario y Derechos Humanos, lo cual acompañado de la fortaleza interpretativa reconocida por la Corte Constitucional a las interpretaciones dadas en declaraciones, resoluciones y las emitidas por los órganos de aplicación, constituye un soporte jurídico de la integralidad de los derechos humanos civiles, políticos, económicos y sociales.

iv) El enfoque de derechos en la restitución de tierras es amplio pero no ilimitado. La restitución por sí misma se fundamenta en un enfoque justicia correctiva, pero va acompañada de medidas y disposiciones que puede tomar el juez para el pleno ejercicio de los derechos restituidos, tales como acceso a programas de salud, de educación, empleo, entre otros. Además de la restitución misma, la ley establece el acceso a proyectos productivos para las

personas que una vez restituidas retornen voluntariamente al predio, así como el alivio de pasivos.

Adicionalmente, la ley, si bien habilita la restitución de derechos precarios como la posesión o la ocupación de baldíos, procura que estos se conviertan en derechos plenos de propiedad, pues reconoce el tiempo en que no hubo posesión ni explotación económica directa por causa del desplazamiento, para ser sumado a efectos de la prescripción adquisitiva del dominio, y a la explotación necesaria para la adjudicación de los baldíos.

Así mismo, la persona que además de haber sufrido el despojo u abandono de sus tierras sufrió otro tipo de victimización a sus derechos constitucionales y humanos, conforme a la idea del sufrimiento multidimensional, puede acudir a una reparación por indemnización a través de la Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas. Sin embargo, es necesario fortalecer el acceso sencillo a las garantías de derechos sociales para la población rural.

v) Igualdad procesal material. En consideración a la vulnerabilidad de las víctimas por su condición de campesinos, indígenas, afrodescendientes u otras comunidades étnicas, y además por sufrir violaciones complejas de sus derechos humanos, la ley estableció varios principios en pos de la igualdad procesal material. En primer lugar se establecieron presunciones de derecho y de hecho, las cuales una vez configuradas tienen el potencial de generar la nulidad del acto por medio del cual se produjo el despojo[207]. Segundo, las prescripciones de las acciones judiciales ordinarias no operan frente al proceso de restitución, esto quiere decir que si ha prescrito las acciones del derecho civil, en el marco de la Ley 1448 de 2001 dicha prescripción no opera, siendo posible revisar la legalidad de la adquisición del fundo. Tercero, la asistencia y representación judicial gratuita de la Unidad de Restitución de Tierras es otra medida coherente con el principio de igualdad procesal material. Cuarto, en materia probatoria prevalece la buena fe de la víctima y la prueba sumaria para demostrar el daño e incluso la relación con el predio –sea de propiedad, posesión u ocupación–. Así mismo, las pruebas aportadas por la Unidad de Restitución de Tierras se presumen fidedignas[208] También, se invierte la carga de la prueba, por

[207] Tales como los contratos traslaticios del dominio, las sentencias de embargo, actos administrativos. *Cfr.* (Ramírez Cardona, 2013, pág. 18)

[208] Es decir, que son confiables por sí mismas y son suficientes para tomar una decisión de fondo, salvo que las mismas sean controvertidas en el proceso judicial. Al respecto ver: Juzgado Primero Civil del Circuito

lo tanto, no es la víctima quien debe probar la ilegalidad del negocio, sino quien se opone a la solicitud de restitución. Quinto, el rol del juez es un rol proactivo en pos de la garantía de los derechos de las víctimas y de corregir la desigualdad entre la víctima y los opositores, y además, no está obligado ni limitado por el principio de congruencia. Sexto, bajo el principio de prevalencia constitucional, en el proceso se debe atender prioritariamente los casos en los cuales existan víctimas más vulnerables como las mujeres, los niños o personas discapacitadas.

vi) Como protección a la restitución de la propiedad, la ley impone una medida que prohíbe la enajenación del predio hasta por 2 años. Con esta medida se busca que la persona y el bien restituido no sea sometida a futuros despojos. Eventualmente la víctima puede solicitar al juez de restitución la autorización para levantar dicha medida de protección.

vii) Marco quasi-autónomo del derecho común. La Ley de víctimas se considera una ley especial que parte de un sistema de principios propios y diferentes al del derecho civil, en particular respondería a principios de la justicia transicional, tales como la verdad, la justicia, la reparación de las víctimas, la reconciliación, y la consolidación de la democrática[209]. También es un principio de este marco jurídico la interpretación pro-débil-víctima, a través de la cual se procurar garantizar en el mayor grado posible la reparación de los derechos vulnerados. La remisión normativa a otras leyes es excepcional, y en tales casos se debería privilegiar los principios del derecho agrario por ser un derecho pro sujeto agrario débil, antes que el derecho civil o procesal civil que es el derecho de los iguales[210]. Adicionalmente, el juez de restitución de tierras tiene la capacidad de suspender y acumular otros litigios judiciales que versen sobre el mismo bien, e incluso a través del poder preferente, el proceso de restitución de tierras acumula los otros procesos y el juez puede decidir integralmente sobre los mismos.

Especializado en Restitución de Tierras de Santiago de Cali. Sentencia Rad. 760013121001-2012-00089-00, (Abril 12, 2013), pp. 16, 17

209 En palabras de la Corte Constitucional: "*La naturaleza especial de este procedimiento [Acción de restitución de tierras] constituye una forma de reparación, en tanto a través de un procedimiento diferenciado y con efectos sustantivos no equivalentes a los propios del régimen del derecho común, se fijan las reglas para la restitución de bienes a las víctimas*...". Corte Constitucional. Sentencia C-820 de 2012. M. P. Mauricio González Cuervo. Recuperado el 23 de Abril de 2014, de: http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=50387. Ver también Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-579 de 2013. M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Recuperado el 23 de Abril de 2014, de: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/C-579-13.htm

210 Muestra de ello es que el artículo 94 de la Ley 1448 de 2011 rechaza instituciones propiamente civiles como la demanda de reconvención, la intervención excluyente o coadyuvante, las excepciones previas, ni la conciliación.

viii) La propiedad, incluso la legítimamente adquirida no conserva una protección absoluta en la medida en que prevalece la política de restitución. Sin embargo, esto no significa desconocer la propiedad privada, solo que se impone a quien hubiera adquirido el predio originalmente despojado un estándar más exigente, pues debe probar que actuó de buena fe exenta de culpa para acceder a una compensación[211].

Por otra parte, la función social de la propiedad en clave de reforma agraria no fue reconocida en la Ley 1448 de 2011, y esto tiene una implicación frente a los titulares de la restitución, pues la ley únicamente reconoce la restitución para personas que tenían la relación de propietarios, poseedores u ocupantes de predios baldíos, con lo cual excluyó a los campesinos y trabajadores agrarios que tenían relaciones precarias con la tierra como la tenencia o la aparcería, así que esta población igualmente vulnerable y víctima no puede acceder a la restitución ni a la propiedad, y si se reconoce la precariedad del registro de la propiedad rural, una política de función social de la propiedad en clave de reforma agraria debe complementar la restitución de tierras para garantizar la dignidad humana, el derecho a la alimentación y la libertad real de estas víctimas.

Para septiembre de 2014, la Unidad de Restitución de Tierras ha recibido aproximadamente 68.000 solicitudes de restitución, y se han proferido un poco más de 700 sentencias, en las cuales se ha restituido aproximadamente 31.000 hectáreas[212].

Ahora bien, este análisis, que ha sido formulado desde el Constitucionalismo Social no quiere desconocer ni ocultar las críticas que existen al proceso como tal, en especial las relacionadas con: i) La restitución de tierras excluyó los despojos y abandonos ocurridos antes del 1 de enero de 1991, lo cual deja en una clara desprotección y en un ámbito de lucha civil la disputa por la pérdida de tierras en ese periodo, ii) en la medida que el inicio de las investigaciones administrativas dependen de las condiciones de seguridad, la materialización del derecho de las

---

[211] Pareciera oportuno preguntarse si el estándar de buena fe exenta de culpa es coherente con la protección a la propiedad privada conforme a las normas internacionales de derechos humanos, particularmente la Convención Americana de Derechos Humanos en la cual "*Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley"* (Art. 23)

[212] El Tiempo. (2014, June 24). "Van más de 30.000 hectáreas restituidas": Ricardo Sabogal. Eltiempo.com. Bogotá. Recuperado el 16 de Septiembre de 2014, de http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-14160287

víctimas se condiciona a conceptos del Ministerio de Defensa, iii) las limitaciones que tienen los refugiados para acceder a algunos programas, tales como el retorno, en la medida que eventualmente tendrían que renunciar su estatus de protección internacional, iv) el proceso requiere mayor agilidad para atender las 68.000 solicitudes, por lo cual se afirma que se debería superar la lógica del caso a caso.

Finalmente, en relación al caso de Colombia, es necesario señalar que en el marco de los diálogos de paz entre el Gobierno de Colombia y las Fuerzas Armadas de Colombia desarrollados en la Habana Cuba, el primer punto acordado fue sobre el tema agrario, en un documento denominado "Hacia un nuevo campo colombiano: Reforma Rural Integral"[213]. Este documento propugna por la justicia social y la garantía de una vida digna a la población rural, la erradicación de la pobreza, la igualdad material a través de la distribución de tierras acompañada de medidas de vivienda, asistencia técnica y financiera, así como la provisión de servicios públicos y vías, salud, educación y agua potable. Se destaca que defiende la creación de una justicia agraria especializada y con un enfoque de protección y garantía de los derechos de la población más indefensa. También destaca la necesidad de garantizar el acceso a alimentos y a la nutrición[214].

Si se mira en términos históricos, el punto uno de los Acuerdos de la Habana no dice absolutamente nada nuevo, sino que reiteran la necesaria implementación de los valores del Constitucionalismo Social establecidos en las constituciones, las leyes agrarias-sociales y el derecho internacional. Aunque vale la pena advertir que la redacción del documento no utiliza el lenguaje de derechos económicos y sociales, a pesar de la fortaleza jurídica de estos derechos.

Un resumen del análisis desarrollado se sistematiza en la siguiente tabla.

---

[213] En sus contenidos es significativamente cercano al Acuerdo sobre aspectos socioeconómicos y situación agraria entre el Gobierno de Guatemala y la Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca.

[214] Gobierno de Colombia, & Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia. (2013, Mayo 26). Hacia un nuevo campo colombiano: Reforma Rural Integral. Recuperado el 09 de Abril de 2014, de https://www.mesadeconversaciones.com.co/comunicados/comunicado-conjunto-la-habana-26-de-mayo-de-2013

	Guatemala		Colombia	
	CIREFCA y Acuerdos de Paz	Acuerdo Gubernativo 452/1997	Jurisprudencia Constitucional	Ley 1448 de 2001
Defensa del interés social	✔	X	✔	✔
Estado intervencionista	✔	X	✔	✔
Integración derechos humanos	✔	X	✔	✔
Justicia correctiva	✔	✔	✔	✔
Medidas complementarias	✔	X	✔	✔
Saneamiento de la propiedad	✔	X	✔	✔
Insti. Especial (administrativa y judicial)	✔	✔ (Solo administrativa)	N.A	✔
Asesoría legal gratuita	✔	✔	N.A	✔
Marco jurídico quasiautónomo	✔	X	✔	✔
Igualdad material procesal	✔	X	N.A	✔
Representación judicial gratuita	N.A	X	✔	✔
Competencia preferente	N.A	X	N.A	✔
Propiedad como derecho relativo	N.A	X	N.A	✔
Función social de la propiedad	✔	X	N.A	X

Tabla 10. Evaluación comparada del Constitucionalismo Social en la restitución de tierras en Colombia y Guatemala

A partir del estudio realizado es posible concluir que el Constitucionalismo Social como criterio analítico para la evaluación de la restitución de tierras comparada en los casos de Colombia y Guatemala, aporta elementos significativos para determinar en qué medida la restitución considera la condición de vulnerabilidad y las desventajas objetivas de las víctimas, primero por ser en su gran mayoría campesinos y población indígena vulnerable, y por haber sufrido violaciones de derechos humanos, para incluir medidas que recuperen la dignidad humana, el pleno ejercicio de los derechos humanos y fundamentales integralmente, la igualdad material, la prevalencia del interés social y la implantación de medidas de redistribución agraria.

4. Conclusiones y recomendaciones

Esta investigación abordó el tema de la restitución de tierras a partir de posicionar un enfoque desde el constitucionalismo, y particularmente del Constitucionalismo Social como un marco analítico que aporta ampliamente elementos teóricos, conceptuales, históricos y normativos válidos que habilitan la evaluación tanto el diseño como la aplicación de las medidas de restitución de tierras en contextos de conflicto de países con situaciones estructurales de pobreza y marginalización de la población rural campesina.

Así mismo, la investigación evidenció una cierta prevalencia de enfoques limitados para el análisis de la restitución de tierras, en especial desde los derechos humanos, la justicia transicional, y enfoques del desarrollo, los cuales, si bien son por sí mismo valiosos, son también limitados como un criterio de los elementos de la restitución de tierras en un Estado Constitucional.

Los abordajes de la restitución de tierras han de reconocer, en la mayoría de casos y especialmente en Colombia y Guatemala, que se implementan bajo un contexto de Estados constitucionales, lo cual implica que las medidas para recuperar las tierras usurpadas en el conflicto no pueden sustraerse de dicho marco valorativo vigente y vinculante.

En ese sentido, abordar la restitución de tierras desde el constitucionalismo y sus valores, evidenció que los valores liberales ocultan y desconocen las calidades, condiciones especiales de desigualdad de la población rural y además víctima, por lo que si prevalecen el individualismo, la igualdad formal, la justicia correctiva, los derechos civiles y políticos, entonces el funcionamiento y los resultados de la restitución de tierras favorecerán el blanqueamiento de las transacciones y apropiaciones ilegales sobre la propiedad rural. Por lo tanto, la restitución de tierras en Estados constitucionales y en escenarios del conflicto o post-conflicto no debe limitarse a los valores del constitucionalismo liberal del siglo XIX, sino que debe partir especialmente de los valores teóricos-vigentes del Constitucionalismo Social para garantizar el restablecimiento de la dignidad humana, por el ejercicio y goce efectivo de la ciudadanía de los despojados y la recuperación efectiva de los predios y propiedades afectados.

Para el caso de Guatemala, a pesar de las tensiones sociales e históricas, y los 36 años de conflicto civil armado, la restitución parece haber sido más una medida de respuesta a la presión internacional por los refugiados, por lo que en definitiva no reconoció ni se vinculó a gran parte de los criterios cualitativos del Constitucionalismo Social, excluyendo cualquier idea de la restitución como un interés social mayor y coherente con la función social de la propiedad, dejando las disputas sobre los predios a la justicia ordinaria.

Para el caso de Colombia, los antecedentes de la Ley 1448 de 2011, en especial el marco de protección legal, internacional y jurisprudencial, le otorgó un perfil jurídicamente más vinculante a la garantía de los derechos de las víctimas de desplazamiento forzado, y en especial de su derecho a la restitución de tierras. Por ello, la citada ley incluyó sistemáticamente los criterios del Constitucionalismo Social a la reparación y a la restitución de tierras, lo que desde un punto de vista normativo, es más favorable a las pretensiones de restitución de las tierras.

En últimas, se logró demostrar y verificar la hipótesis de trabajo, según la cual la inclusión de los valores sociales del constitucionalismo en la restitución de tierras en contextos de conflictos son coherentes con la necesidad de restablecer la plena dignidad humana de las víctimas y la plena capacidad de libertad y autonomía en su proyecto personal, a través del restablecimiento de los derechos en su integralidad, y de la defensa de la persona en su dimensión social.

A título de recomendaciones es posible señalar las siguientes:

Guatemala debe fortalecer la vigencia del derecho internacional de los derechos humanos, a partir de una reforma legislativa o de un papel más activo de la Corte de Constitucionalidad, en el cual se reconozca un mayor grado de vinculatoriedad interna a los documentos del soft law, en especial los "Principios sobre la restitución de viviendas y el patrimonio de los refugiados y las personas desplazadas", los "Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones", el "Conjunto al Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad", y los "Principios rectores de los

desplazamientos internos", así como de las obligaciones de reparación desarrolladas en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

Guatemala debe reconocer que desde el derecho internacional de los derechos humanos, el perfeccionamiento o reforma a los regímenes agrarios es una forma de cumplir con el deber de garantía del derecho a la alimentación de la población rural vulnerable, y que ello permite expropiaciones a la propiedad, para así asignar un mínimo de propiedad que supla las necesidades básicas de la población rural.

Así mismo, el país centroamericano debe superar la impunidad en materia de despojos, y expedir una ley que establezca un marco especial para tramitar de manera adecuada, justa y pronta todas las solicitudes de restitución de tierras. Para ello debe reconocer que la restitución de tierras un escenario de conflicto responde a una obligación internacional del Estado, y por lo tanto a un interés social y público superior a la protección individual de la propiedad.

Para el caso de Colombia, se recomienda en primer lugar ampliar el principio pro-homine del artículo 27 de la Ley 1448 de 2011 al del indubio pro-débil del Constitucionalismo Social, el cual es axiológicamente más amplio y permite establecer una hermenéutica más fuerte y efectiva en pos de la garantía de los derechos de las víctimas. Así mismo, se recomienda consolidar y llevar a buen término el proceso de paz con las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia, para que ello permita la implementación generalizada de la restitución de tierras en todo el territorio nacional. Por último, se recomienda que una vez firmado el Acuerdo de Paz final, se procure un proceso de validación democrática muy eficaz que conlleve a su aprobación, para así fortalecer jurídicamente los documentos, pero en especial el Acuerdo "Hacia un nuevo campo colombiano: Reforma Rural Integral" que conlleve a la implementación de programas de distribución agraria a la población rural en general y a las víctimas no titulares de la acción de restitución de tierras, porque su relación previa a la violación de sus derechos era la de mera tenencia.

Bibliografía

Fuentes primarias

Colombia

(1821) Constitución de la República de Colombia, Rosario de Cúcuta, Bruno Espinosa, Impresor del Gobierno general, 1821. Ed. por: Marquardt, Bernd (Ed.), El bicentenario del constitucionalismo moderno en Colombia, Edición auténtica y comentada, Documentos del primer siglo, Bogotá, Ed. Universidad Nacional de Colombia, Unijus, 2009, pp. 645-714; y Marquardt, Bernd (Ed.), Constitutional Documents of Colombia and Panamá, Documentos Constitucionales de Colombia y Panamá, 1793 - 1853, Berlín & Nueva York, Editorial De Gruyter, 2010, pp.97-117. Versión electrónica: http://modern-constitutions.de/CO-00-1821-08-30-es-i.html

(1821) Ley del 13 de octubre de 1821. Ed. Por: Pérez Salazar, Honorio, en: Derecho agrario colombiano. Bogotá, Ed. Temis, 1975, pp. 1-4

(1832) Constitución del Estado de la Nueva Granada, dada por la Convención Constituyente en el año de 1832, 22º de la independencia, Bogotá, Tipografía de Bruno Espinosa, 1832, Lugar: Biblioteca Nacional de Colombia, Bogotá, Fondo Pineda, VFDU 1-495, pieza 5. Ed. por: Marquardt, Bernd (Ed.), El bicentenario del constitucionalismo moderno en Colombia, Edición auténtica y comentada, Documentos del primer siglo, Bogotá, Ed. Universidad Nacional de Colombia, Unijus, 2009, pp.875-926; y Marquardt, Bernd (Ed.), Constitutional Documents of Colombia and Panamá, Documentos Constitucionales de Colombia y Panamá, 1793 - 1853, Berlín & Nueva York, Editorial De Gruyter, 2010, pp.217-242. Versión electrónica: http://modern-constitutions.de/CO-00-1832-02-29-es-e.html

(1843) Constitución Política de la República de la Nueva Granada, reformada por el Congreso en sus sesiones de 1842 y 1843, Bogotá, Imprenta del Gobierno, por José A. Cualla, 1843, Lugar: Biblioteca Luis Ángel Arango del Banco de la República, Bogotá, Sala de Libros Raros y Manuscritos. Ed. por: Marquardt, Bernd (Ed.), El bicentenario del constitucionalismo moderno en Colombia, Edición auténtica y comentada, Documentos del primer siglo, Bogotá, Ed. Universidad Nacional de Colombia, Unijus, 2009, pp.963-996, y Marquardt, Bernd (Ed.), Constitutional Documents of Colombia and Panamá, Documentos Constitucionales de

Colombia y Panamá, 1793 - 1853, Berlín & Nueva York, Editorial De Gruyter, 2010, pp.249-269. Versión electrónica: http://modern-constitutions.de/CO-00-1843-04-20-ese.html

(1858) Constitución política para la Confederación Granadina, sancionada el día 22 de mayo de 1858, Bogotá, Imprenta de la Nación, 1858, 48 pp. Lugar: Biblioteca Nacional de Colombia, Bogotá, Fondo Antiguo, F. Vergara 3. Otro lugar: Biblioteca Luis Ángel Arango del Banco de la República, Bogotá, Sala de Libros Raros y Manuscritos. Ed. por: Marquardt, Bernd (Ed.), El bicentenario del constitucionalismo moderno en Colombia, Edición auténtica y comentada, Documentos del primer siglo, Bogotá, Ed. Universidad Nacional de Colombia, Unijus, 2009, pp.1103-1126.

(1863) Constitución Política para los Estados Unidos de Colombia, manuscrito, 1863, 51 p. Lugar: Biblioteca del Congreso, Bogotá. Versiones impresas: Constitución de los Estados Unidos de Colombia, sancionada el 8 de mayo de 1863, Bogotá, Imprenta y Estereotipia de Medardo Rivas, 1871, 45 p. Lugar: Biblioteca Luis Ángel Arango, Casa Gómez Campuzano, Bogotá. Constitución i leyes de los Estados Unidos de Colombia, espedidas en los años de 1863 a 1875, Bogotá, M. Rívas, 1875. Lugar: Biblioteca Luis Ángel Arango, Sala de Libros Raros y Manuscritos, Bogotá. Ed. por: Marquardt, Bernd (Ed.), El bicentenario del constitucionalismo moderno en Colombia, Edición auténtica y comentada, Documentos del primer siglo, Bogotá, Ed. Universidad Nacional de Colombia, Unijus, 2009, pp.1177-1226.

(1886) Constitución política de la República de Colombia, 1886, 73 pp. Lugar: Biblioteca Nacional, Fondo Antiguo, F Caro 1982. Versión escrita en mano, 36 pp.: Biblioteca del Congreso, Bogotá. Ed. por: Marquardt, Bernd (Ed.), El bicentenario del constitucionalismo moderno en Colombia, Edición auténtica y comentada, Documentos del primer siglo, Bogotá, Ed. Universidad Nacional de Colombia, UNIJUS, 2009, pp.1257-1294.

(1936) Acto legislativo No. 1 del 05 de agosto de 1936, reformatorio de la Constitución, en Diario Oficial No. 23.263, Bogotá, 1936, pp.333-337. Ed. por Restrepo Piedrahita, Carlos (Ed.), Constituciones políticas nacionales de Colombia, 3ª Ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2004, pp.478-488.

(1944) Ley 100 del 31 de diciembre de 1944. Congreso de la República. Recuperado el 10 de marzo de 2014 de: http://www.redjurista.com/documents/l0100_44.aspx

(1961) Ley 135 del 13 de diciembre de 1961. Congreso de la República.

(1973) Ley 4 del 4 de marzo de 1973. Congreso de la República de Colombia. Ed. Diario Oficial, año CX, No. 33828, pp. 145. Recuperado el 20 de junio de 2014 de: http://juriscol.banrep.gov.co/contenidos.dll/Normas/Leyes/1973/ley_4_1973

(1997) Ley 387 del 18 de julio de 1997. Ed. Agencia de las Naciones Unidas para los Refugiados –UNHCR–ACNUR, 2009

(2004) Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-025 de 2005, M.P. Manuel José Cepeda Espinoza. Recuperado el 1 de Agosto de 2014 de: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/t-025-04.htm

(2005) Ley 975 del 25 de julio de 2005. Congreso de la República. Diario Oficial No. 45.980 de 2005.

(2011) Ley 1448 del 10 de junio de 2011. Congreso de la República de Colombia. Ed. Ministerio de Justicia y del Derecho, República de Colombia, "Ley de víctimas y restitución de tierras y sus decretos reglamentarios, 2012, pp. 17-108

(2007) Corte Constitucional de Colombia. Sentencia T-821 de 2007, M.P Catalina Botero Marino. Recuperado el 10 de Junio de 2014 de http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2007/t-821-07.htm

(**2012)** Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-820 de 2012. M. P. Mauricio González Cuervo. Recuperado el 20 de Mayo de 2014, de: http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=50387

(2013) Corte Constitucional de Colombia. Sentencia C-579 de 2013. M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Recuperado el 11 de Junio de 2014, de: http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/C-579-13.htm

(2013) Juzgado Primero Civil del Circuito Especializado en Restitución de Tierras de Santiago de Cali. Sentencia Rad. 760013121001-2012-00089-00, (Abril 12, 2013), pp. 16, 17

(2013) Gobierno de Colombia, & Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia. (2013, Mayo 26). Hacia un nuevo campo colombiano: Reforma Rural Integral. Recuperado el 10 de Mayo de 2014, de https://www.mesadeconversaciones.com.co/comunicados/comunicado-conjunto-la-habana-26-de-mayo-de-2013

Guatemala

(1934) Ley contra la vagancia, Decreto Número 1996 del 08 de mayo de 1934. Congreso de la República de Guatemala. Recuperado el 14 de Febrero de 2014, de http://www.afehc-historia-centroamericana.org/?action=fi_aff&id=2114

(1945) Constitución de la República de Guatemala decretada por la Asamblea Nacional Constituyente en 11 de marzo de 1945. Ed. por: García Laguardia, Jorge Mario, Constituciones iberoamericanas, Guatemala, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2006, Disco compacto.

(1952) Ley de Reforma Agraria, Decreto 900 del 17 de junio de 1952, 45 pp. Lugar: Biblioteca de Congreso de la República de Guatemala. Recuperado el 20 de febrero de 2014, de: http://www.congreso.gob.gt/archivos/decretos/1952/gtdcx900.pdf

(1954) Discurso de Renuncia de Jacobo Arbenz 27 junio 1954. Recuperado el 6 de septiembre de 2014, de: https://www.youtube.com/watch?v=WXFihj4wD_k.

(1962) Ley de Transformación Agraria, Decreto número 1551 del 7 de noviembre de 1962. Congreso de la República de Guatemala. Recuperado el 30 de Mayo de 2014, de https://www.rgp.org.gt/docs/legislacion_registral/Ley%20de%20Transformacion%20Agraria.pdf

(1979) Ley de Titulación Supletoria, Decreto número 49 del 26 de julio de 1979. Congreso de la República de Guatemala.

(1994) Acuerdo General sobre Derechos Humanos del 27 de marzo de 1994. Gobierno de Guatemala & Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca (URNG). Recuperado el 20 de Junio de 2014, de http://www.guatemalaun.org/bin/documents/Acuerdo%20Derechos%20Humanos.pdf

(1994) Acuerdo para el Reasentamiento de las poblaciones desarraigadas por el enfrentamiento armado del 17 de junio de 1994. Gobierno de Guatemala & Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca (URNG). Recuperado el 20 de Junio de 2014, de: http://www.guatemalaun.org/bin/documents/Acuerdo%20Derechos%20Humanos.pdf

(1995) Acuerdo sobre identidad y derechos de los pueblos indígenas del 31 de mayo de 1995. Gobierno de Guatemala & Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca (URNG). Recuperado el 20 de Junio de 2014 de:

http://www.guatemalaun.org/bin/documents/Acuerdo%20Pueblos%20Ind%C3%ADgenas.pdf

(1995) IV Conferencia Centroamericana de Partidos Políticos. Declaración de Contadora. Isla de Contadora, Panamá, 22 de agosto de 1995. Recuperado el 15 de Enero de 2015, de: http://www.guatemalaun.org/bin/documents/Declaraci%C3%B3n%20de%20contadora.pdf

(1996) Acuerdo sobre aspectos socioeconómicos y situación agraria del 6 de mayo de 1996. Gobierno de Guatemala & Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca (URNG). Recuperado el 20 de Junio de 2014, de: http://www.democraticdialoguenetwork.org/app/documents/view/es/488

(1996) Ley de Reconciliación Nacional, Decreto número 145 de 27 de diciembre de 1996. Congreso de la República de Guatemala. (1996). Recuperado el 4 de Abril de 2014, de http://www.libertopolis.com/wp-content/files/Ley_de_Reconciliacin_Nacional_Dto-_Ley_145_96.pdf

(1997) Acuerdo Gubernativo No. 452 de 4 de junio de 1997. Presidencia de la República: "Créase la Dependencia Presidencial de Asistencia Legal y Resolución de Conflictos sobre la Tierra – CONTIERRA". Ed. Diario de Centro América, Tomo CCLVI, Núm. 78, 1997, pp. 2321 y 2322.

(1999) Decreto número 24 del 16 de junio de 1999. Ley del Fondo de Tierras. Congreso de la República de Guatemala. Recuperado el 16 de Julio de 2014, de http://ns.fontierras.gob.gt/pdf/LFONTIERRAS.PDF

(2003) Acuerdo Gubernativo Número 258 de 2003. Programa Nacional de Resarcimiento. Congreso de la República de Guatemala.

Fuentes internacionales

(**1948)** Novena Conferencia Internacional Americana. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948). Recuperado el 23 de Mayo de 2014, de http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/declaracion.asp

(1951) Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951

(1967) Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados de 1967

(**1969)** Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José) (1969). Recuperado el 30 de Abril de 2013, de http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf

(1989) Conferencia Internacional sobre Refugiados Centroamericanos (CIREFCA). Principios y criterios para la protección y asistencia a los refugiados, repatriados y desplazados centroamericanos en América Latina. Guatemala, 29 al 31 de mayo de 1989. Recuperado el 24 de Febrero de 2014, de: https://www.oas.org/dil/esp/cirefca_89-9_esp.pdf

(1994) Comisión de Derechos Humanos & Valencia Rodríguez, Luís. The Right of Everyone to Own Property Alone as Well as in Association with Others, Distr. GENERAL: E/CN.4/1994/19. Recuperado el 18 de Febrero de 2015, de http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G93/857/15/PDF/G9385715.pdf?OpenElement.

(1997) Comisión de Derechos Humanos, & Joinet, L. La cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (civiles y políticos), Pub. L. No. Distr. General E/CN. 4/Sub. 2/1997/20/Rev.1 2 (1997). Recuperado el 8 de Abril de 2014, de http://www.derechos.org/nizkor/doc/joinete.html

(**2005)** Asamblea General, & Van Boven, T. Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones, Pub. L. No. A/RES/60/147 (2005). Recuperado el 30 de Noviembre de 2013, de http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N05/496/45/PDF/N0549645.pdf?OpenElement

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Velásquez Rodríguez (June 29, 1988). Recuperado el 18 de Abril de 2014, de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala (November 25, 2003). Recuperado el 19 de Junio de 2014, de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_101_esp.doc

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Tibi Vs. Ecuador (September 7, 2004). Recuperado el 19 de Junio de 2014, de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Lori Berenson Mejía (November 25, 2004). Recuperado el 19 de Junio de 2014, de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_119_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Almonacid Arellano vs. Chile, No. Serie C No. 154 (September 26, 2006). Recuperado el 19 de Junio de 2014, de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_154_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Trabajadores del Congreso cesados (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú, No. Serie C No. 158 (November 24, 2006). Recuperado el 19 de Junio de 2014, de http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_158_esp.pdf

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Resolución: Supervisión de cumplimiento de sentencia (Agosto 21, 2014). En 11 casos contra Guatemala respecto de la obligación de investigar, juzgar y, de ser el caso, sancionar a los responsables de las violaciones a los derechos humanos. Recuperado el 19 de Junio de 2014, de http://www.corteidh.or.cr/docs/supervisiones/11_Casos_21_08_14.pdf

Fuentes secundarias

Abramovich, V. (2004). Líneas de trabajo en derechos económicos, sociales y culturales: herramientas y aliados. En J. Zalaquett, *Grupo de Reflexión regional – Temas de Derechos Humanos en Debate*. Santiago de Chile: Instituto de Defensa Legal y Centro de Derechos Humanos.

Aguilar Rubiano, B. A. (2010). *¿Entre los máximos y los mínimos de la justicia? revolución, justicia transicional y ciudadanía (Tesis de Maestría)*. Bogotá: Universidad del Rosario. Obtenido de http://repository.urosario.edu.co/bitstream/10336/2312/1/52384410-2011.pdf

Aguilera Portales, R., & Espino Tapia, D. R. (2010). Repensar a Leon Duguit ante la actual crisis del Estado Social. *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política. Universidad Carlos III de Madrid*(12), 49-71.

Albán, Á. (2011). Reforma y contrarreforma agraria en Colombia. *Revista de Economía Institucional. Universidad Externado, 13*(24), 327-356.

Alcántara Sáez, M. (1992). Las transiciones a la democracia en España, América Latina y Europa Oriental. Elementos de aproximación a un estudio comparativo. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales*, 9-42. Recuperado el 7 de 9 de 2012, de http://revistas.cepc.gob.es/getData.ashx?MAVqs=~aWQ9MzU0MzEmaWRlPTEwMzcmdXJsPTE1Jm5hbWU9UkNFQ18xMV8wMDcucGRmJmZpbGU9UkNFQ18xMV8wMDcucGRmJnRhYmxhPUFydGljdWxvJmNvbnRlbnQ9YXBwbGljYXRpb24vcGRm

Alvarenga, I. P. (1977). *Temas de Derecho Agrario*. San Salvador: Editorial Universitaria Centro Americana. Recuperado el 09 de 02 de 2013, de Instituto de Derecho Agrario. Facultad de Derecho, Universidad de la República de Uruguay: http://www.fder.edu.uy/contenido/agrario/contenido/doctrina/alvarenga_concepto.pdf

Alvarez Alonso, C. (1999). *Lecciones de historia del constitucionalismo*. Madrid: Marcial Pons.

Alvarez Tafur, E. F. (11 de Noviembre de 2012). Lecciones para el constitucionalismo colombiano. *UN Periódico*(161), pág. 2. Obtenido de http://www.unperiodico.unal.edu.co/dper/article/lecciones-para-el-constitucionalismo-colombiano.html

Alzina de Aguilar, J. P. (2011). Human Dignity according to International Instruments on Human Rights. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*(22), 1-24. Obtenido de http://www.reei.org/index.php/revista/num22/notas/human-dignity-according-to-international-instruments-on-human-rights

Amado Rivadeneyra, A. (2011). El influjo del sistema Interamericano de Derechos Humanos en las Américas. *Revista Jurídica de Derecho Público. Universidad Católica de Guayaquil*, 43-58.

Ambos, K. (2009). El marco jurídico de la justicia de transición. En K. Ambos, E. Malarino, & G. Elsner, *Justicia de transición informes de América Latina, Alemania, Italia y España* (págs. 23-129). Berlin & Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung.

Amnistía Internacional. (2006). *Guatemala ¿Tierra de injusticia?* Guatemala: Amnistía Internacional. Obtenido de http://www.amnesty.org/es/library/info/AMR34/003/2006

Arango Rivadeneira, R. (2004). Constitucionalismo, Estado social de Derecho y realización íntegral de los derechos. En R. Arango Rivadeneira, *Derechos, constitucionalismo y democracia.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Arcondo, A. (1980). El conflicto agrario argentino de 1912. Ensayo de interpretación. *Desarrollo Económico. Instituto de Desarrollo Económico y Social, 20*(79), 351-381. Obtenido de http://www.jstor.org/stable/3466435

Arenas Meza, M. (2010). La contribución de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a la eliminación de las «Leyes de Amnistía» en América Latina: un paso decisivo en la lucha contra la impunidad. En *200 años de Iberoamérica (1810-2010): Congreso internacional* (págs. 2175-2189). Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela.

Armon, J., Wilson, R., Palma Murga, G., & et al. (1997). *Guatemala 1983-1997. ¿Hacia dónde va la transición?* (Vol. 38). Guatemala: Flacso Guatemala.

Atienza, M. (2011). El Derecho como argumentación. En *Jurisdicción y argumentación en el Estado constitucional de Derecho* (págs. 1-86). México D.F: Universidad Nacional Autónoma de México.

Atkinson, B. (2009). *Tierras: Promoting Peaceful Solutions to Land Conflicts in Alta Verapaz.* Guatemala: MercyCrops & JADE. Recuperado el 29 de 10 de 2012, de http://dspace.cigilibrary.org/jspui/bitstream/123456789/22434/1/TIERRAS%20Pro

moting%20Peaceful%20Solutions%20to%20Land%20Conflicts%20in%20Alta%20Verapaz.pdf

Atuahene, B. (2010). Property and Transitional Justice. *UCLA Law Review Discourse, 58*(65), 65-93. Recuperado el 20 de January de 2015, de http://www.uclalawreview.org/pdf/discourse/58-4.pdf

Bailliet, C. (2003). Property restitution Guatemala: a transnational dilemma. En S. Leckie, *Returning home: Housing and Property Restitution Rights of Refugees and Displaced Person* (págs. 165-197). New York: Transnational Publishers.

Betancur Cuartas, J. (1996). Reflexiones sobre el derecho a la propiedad. En C. Lleras Restrepo, *Constitución económica colombiana* (págs. 183-186). Bogotá D.C: El Navegante Editores.

Bolívar Jaime, A. P. (2009). El derecho a la reparación integral y programas de reparación en perspectiva comparada. En R. Uprimny Yepes (Ed.), *Reparaciones en Colombia: Análisis y propuestas* (págs. 85-139). Bogotá: Universidad Nacional de Colombia. Facultad de Derecho Ciencias Políticas y Sociales. UNIJUS.

Buarque De Holanda, S. (1955). *Raídes del Brasil.* (E. De Champourcin, Trad.) México - Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.

Buitrago Gúzman, M. R. (2009). Análisis comparado de los inicios del Constitucionalismo Social. En B. Marquardt, *Constitucionalismo Comparado: Acercamientos metodológicos, históricos y teóricos* (págs. 391-422). Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.

Bustos Bottai, R. G. (2009). *Derechos sociales: Exigibilidad y justicia constitucional (Tesis Doctoral).* Salamanca: Universidad de Salamanca.

Cano Blandón, L. (2005). Fundamentalidad y exigibilidad de los derechos sociales: Una propuesta argumentativa. *Estudios de Derecho. Universidad de Antioquia, LXII*(140), 215-240.

Cassel, D. (2007). La Corte Interamericana de Derechos Humanos. En D. P. Foundation, *Víctimas sin mordaza: el impacto del Sistema Interamericano en la Justicia Transicional en Latinoamérica: Los casos de Argentina, Guatemala, El Salvador y Perú* (págs. 197-217). Washington, México: DPLF; The United States Institute of Peace; Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal.

Castellanos Morales, E. N. (2006). Justicia transicional en Colombia: Experiencias nacionales e internaciones como referentes. *Revista Pensamiento Jurídico, 16*, 321-264.

Centre on Housing Rights and Evictions. (2005). *Defensa del Derecho a la vivienda de la población desplazada en Colombia.* Bogotá: Centre on Housing Rights and Evictions. Obtenido de http://www.cohre.org/sites/default/files/colombia_-_defending_the_housing_rights_of_displaced_persons_2005_esp.pdf

Ciurlizza Contreras, J. (2008). Prólogo. En Y. Salinas Abdala, *Protección y garantía del derecho a la propiedad y a las posesiones de las víctimas del conflicto armado interno* (págs. 15-17). Bogotá: Procuraduría General de la Nación.

Collier, A. (1996). Trends: Recent Developments in Compensation for the Violation of Property Rights. *Human Rights Brief. American University, 3*(2), 2-3. Obtenido de http://digitalcommons.wcl.american.edu/hrbrief/vol3/iss2/3/

Comisión para el Esclarecimiento Histórico. (1999). *Guatemala: Memoria del Silencio. Conclusiones y Recomendaciones.* Guatemala: UNOPS.

Coordinadora Nacional de Organizaciones Campesinas. (1995). *Democratización del uso, tenencia y propiedad de la tierra.* Guatemala: Coordinadora Nacional de Organizaciones Campesinas. Recuperado el 17 de 9 de 2014, de http://pudl.princeton.edu/sheetreader.php?obj=qb98mg70n

Couture, E. J. (1979). *Estudios de Derecho Procesal Civil. Tomo I.* Buenos Áires: Ediar.

Crow, J. A. (1992). *The Epic of Latin America.* Berkeley: University of California Press.

Cuervo, J. I. (Noviembre - Diciembre de 2006). La reparación integral en la jurisprudencia de la Corte Interamericana. *Revista Pensamiento Jurídico*(17), 117-146.

De Greiff, P. (2005). Los esfuerzos de reparación en una perspectiva internacional: el aporte de la compensación al logro de la justicia imperfecta. *Revista Estudios Socio-Jurídicos. Universidad del Rosario, 7*(99), 153-199.

De Greiff, P. (2006). Introduction: Reparing the past: Compensation victims of human rights violations. En P. De Greiff, *The Handbook of Reparations* (págs. 2-18). Oxford; New York: Oxford University Press.

De Greiff, P. (2008). Justicia y Reparaciones. En C. Díaz Gómez, *Reparaciones para las víctimas de la violencia política* (págs. 301-340). Bogotá: Centro Internacional para la Justicia Transicional.

De Greiff, P. (2009). Una concepción normativa de la justicia transicional. En A. Rangel, *Justicia y Paz. ¿Cuál es el precio que debemos pagar?* (págs. 19-73). Bogotá: Intermedio.

Dulitzky, A. E. (2008). Pobreza y derechos humanos en el Sistema Interamericano. Algunas aproximaciones preliminares. *Revista IIDH*(48), 1-18.

Duthie, R. (2014). Transitional Justice, Development, and Economic Violence. En D. N. Sharp, *Justice and Economic Violence in Transition* (págs. 165-201). New York: Springer.

Escobar Roca, G. (2005). *Introducción a la Teoría de los Derechos Humanos.* Madrid: Trama.

Escobar Roca, G. (2013). *Lección 1: Marco internacional de los derechos sociales. Curso de Derechos Sociales.* Madrid: Máster en Derechos Humanos, Estado de Derecho y Democracia en Iberoamérica. Universidad de Alcalá.

Escobar Roca, G. (2013). *Lección 2: Marco constitucional de los derechos sociales (1). Curso de Derechos Sociales.* Madrid: Universidad de Alcalá. Master en Derechos Humanos, Estado de Derecho.

Escobar Roca, G., Martínez Soria, J., & García Manrique, R. (2013). *Lección 2: Marco constitucional de los derechos sociales (1). Curso de Derechos Sociales.* Madrid: Universidad de Alcalá. Master en Derechos Humanos, Estado de Derecho y Democracia en Iberoamérica.

Escobar Roca, G., Rey Martínez, F., & Durán, M. L. (2013). *Lección 3: Marco constitucional de los derechos sociales (2). Curso de Derechos Sociales.* Madrid: Universidad de Alcalá. Master en Derechos Humanos, Estado de Derecho.

Fernández Sarasola, I. (2001). Constitucionalismo y propiedad: En torno a las "Lecciones de Historia del Constitucionalismo",. *Historia constitucional: Revista Electrónica de Historia Constitucional, 2*, 213-227.

Fernández, M. (2014). *Lección II. Historia del Derecho Internacional Humanitario.* Madrid: Máster en Derechos Humanos, Estado de Derecho y Democracia en Iberoamérica. Universidad de Alcalá.

Fioravanti, M. (1996). *Los Derechos Fundamentales: Apuntes de historia de las constituciones.* Madrid: Trotta.

Fix-Zamudio, H. (1993). La evolución del derecho internacional de los derechos humanos en las constituciones latinoamericanas. *Revista Derechos y Libertades. Instituto Bartolome de las Casas*(1), 225-236.

Garay Salamanca, L. J. (2012). Características del abandono y despojo violento de tierras en Colombia. En L. J. Garay Salamanca, & F. Vargas Valencia, *Memoria y reparación:*

elementos para una justicia transicional pro víctima (págs. 15-33). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Garay Salamanca, L. J., & Vargas Valencia, F. (2012). Restitución y memoria del despojo violento en Colombia: Hacia una justicia transicional para las víctimas. En L. J. Garay Salamanca, & F. Vargas Valencia, *Memoria y repración: elementos para una justicia transicional pro víctima* (págs. 55-108). Bogotá: Universidad Exterando de Colombia.

García Godos, J., & Wiig, H. (2014). *The Colombian Land Restitution Programme: Process, results and challenges, with special emphasis on women.* Oslo: Norwegian Institute for Urban and Regional Research. Obtenido de http://www.nibr.no/filer/2014-14.pdf

García Villegas, M. (2007). *Teoría constitucional: Surgimiento del constitucionalismo moderno.* (M. García Villegas, Ed.) Bogota: Universidad Nacional de Colombia (documento de trabajo).

García Villegas, M., Jaramillo P., J. F., Rodríguez Villabona, A. A., & Uprimny Yepes, R. (2012). *El Derecho frente al Poder: Surgimiento, desarrollo y crítica de la constitucióin y el constitucionalismo modernos (Documento de Trabajo).* Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.

Geiss, R., & Bulinckx, N. (2006). Cuadro comparativo de los tribunales penales internacionales e internacionalizados. *Review of the Red Cross*(861), 1-22. Recuperado el 20 de Febrero de 2014, de http://www.icrc.org/spa/resources/documents/article/review/6u3nxv.htm

Gleijeses, P. (1992). La Reforma Agraria de Arbenz. En J. Cambranes, *Quinientos años de lucha por la tierra* (págs. 349-377). Ciudad de Guatemala: Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales.

Goebertus Estrada, J., & Maya Calle, M. C. (2007). *Desplazados sin tierras: ¿justicia transicional sin restitución? (Tesis de Grado).* Bogotá: Universidad de los Andes.

Gómez Colomer, J. L., Planchadell Gargallo, A., & Et al, .. (2010). *Introducción al derecho procesal. Parte general del dereho jurisdiccional.* Castellón de la Plana: Universitat Jaume.

Gongora Mera, M. E. (2011). *Inter-American Judicial Constitutionalism.* San José de Costa Rica: Inter-American Institute of Human Rights.

Gray, D. C. (2010). Extraordinay Justice. *Alabama Law Review, 62*(1), 55-109.

Jaksic, I. (2001). *Andrés Bello: Pasión por el orden.* Santiago de Chile: Editorial Universitaria S.A.

Jemio-Ergueta, Á. (1973). La Reforma Agraria de Bolivia. *Nueva Sociedad*(7), 19-37.

Kalmanovitz, P. (2010). Justicia Correctiva Vs. Justicia Social en casos de conflicto armado. *Revista Estudios Socio-Jurídicos. Universidad del Rosario, 12*(2), 59-85.

Leonhard, R., & Wolpold-Bosien, M. (2001). *Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Política Agraria en América Central.* Heidelberg: FIAN International Secretariatadf. Obtenido de http://www.fao.org/eims/secretariat/right_to_food/showDocument.asp?doc_id=215436&main=false&name=AH266.pdf

López Guerra, L. (1998). Los Derechos de Propiedad. *Derechos y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, 3*(6), 107-127.

López Medina, D. E. (2006). *Interpretación Constitucional* (2 ed.). Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla.

Losano, M. G. (1982). *Los grandes sistemas jurídicos: introducción al derecho europeo y extranjero.* Madrid: Debate.

Luhmann, N. (2005). *El derecho de la sociedad* (2 ed.). México: Herder.

Machado Cartagena, A. (Mayo/Agosto de 2000). ¿Reforma Agraria o Reforma Rural? *Revista Análisis Político*(40), 81-95.

Marquardt, B. (Septiembre - Diciembre de 2007). El mito del sistema de Westfalia: una re-evaluación de la cesura de 1648 en la historia del Derecho Internacional Público. *Revista Pensamiento Jurídico*(20), 103-133.

Marquardt, B. (2009). El Estado de la doble revolución ilustrada e industrial (1776 - 2008). En *Historia Universal del Estado* (Vol. 3). Bogotá, Colombia: Universidad Nacional de Colombia & La Carreta.

Marquardt, B. (2009a). *Historia Universal del Estado* (Vol. 1). Bogotá, Bogotá D.C., Colombia: Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales y La Carreta Editores E.U.

Marquardt, B. (2011a). *Los dos siglos del Estado Constitucional en América Latina (1810-2010)* (Investigaciones jurídico-políticas de la Universidad Nacional de Colombia No. 5 ed.). Bogotá, Colombia: Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, UNIJUS.

Marquardt, B. (2011b). *Los dos siglos del Estado Constitucional en América Latina (1810-2010)* (Serie Investigaciones Jurídico-Políticas de la Universidad Nacional No. 6 ed.). Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales, UNIJUS.

Marquardt, B. (2011c). *El bicentenario del constitucionalismo moderno en Colombia, Edición auténtica y comentada, Documentos del primer siglo.* Bogotá D.C: Universidad Nacional de Colombia & Ibañez.

Marquardt, B. (2011d). La era de la estatalidad anti-constitucional en Colombia (1949-1990). *Revista Pensamiento Jurídico*(32), 15-60.

Marquardt, B. (2014). Democracia social: Una aproximación teórica e histórica al Estado Constitucional Social en perspectiva comparada. En B. Marquardt, *Constitucionalismo Científico: Entre el Estado y el mercado* (págs. 3-68). Bogotá: Temis.

Mauro, A., & Merlet, M. (2003). *Acceso a la tierra y reconocimiento de los derechos sobre la tierra en Guatemala.* Coalición Internacional para el acceso a la tierra. Recuperado el 8 de Septiembre de 2014, de http://www.landcoalition.org/sites/default/files/legacy/legacypdf/kpguatemala03s.pdf?q=pdf/kpguatemala03s.pdf

McCreery, D. (1990). State Power, Indigenous Communities, and Land in Nineteenth-Century Guatemala 1820- 1920. En C. A. Smith, *Guatemalan Indians and the State, 1540 to 1988* (págs. 96-115). Austin: University of Texas Press.

Merryman, J. H. (1971). *La tradición jurídica romano-canónica.* México D.F: Fondo de Cultura Económica.

Meyer, T. (2007). *The Theory of Social Democracy.* Cambridge UK; Malden MA: Polity.

Montaner, C. A. (2000). Culture and the Behavior of Elites in Latin America. En L. E. Harrison, & S. P. Huntington (Edits.), *Culture Matters: How values shape human progress* (págs. 56-64). New York: Basic Books.

Moreno Moreno, D. F. (2009). *La democratización y la construcción de la paz como procesos interdependientes que hicieron posible la resolución del conflicto interno en Guatemala (años 1983-1999) (Tesis de Grado).* Bogotá: Universidad Colegio Mayor de Cundinamarca.

Nino, C. S. (2003). *Introducción al Análisis del Derecho.* Buenos Aires: Editorial Astrea.

Ochoa Carvajal, R. H. (1999). Liberalismo y Propiedad. *Revista Estudios de Derecho, LVIII*(131-132), 89-108.

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. (2010). *Tendencias jurisprudenciales de la Corte de Constitucionalidad de Guatemala en materia de derechos humanos.* Guatemala: Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos.

Ordoñez Cifuentes, J. E. (2000). *Dos ensayos entorno al derecho social en Mesoamérica: México - Guatemala.* México: Universidad Nacional Autónoma de México. Instituto de Investigaciones Jurídicas.

Osuna Patiño, N. (2006). *Constituciones Iberoamericanas: Colombia.* México D.F: Universidad Nacional Autónoma de México.

Pabón Ortiz, A. D. (2010). *Problemas de pocos y olvido de muchos. Justicia Transicional en Bolivia ¿Es posible juzgar al pasado? (Tesis de Master).* Salamanca: Instituto de Iberoamérica. Universidad de Salamanca.

Painter, R. A. (1996). Property Rights of Returning Displaced Persons: The Guatemalan Experience. *Harvard Human Rights Journal*, 145-183.

Palma Murga, G. (1997). El Acuerdo Socioeconómico y situación agraria y la problemática de la tierra en Guatemala. En J. Armon, & E. al., *Guatemala 1983-1997. ¿Hacia dónde va la transición?* (págs. 72-86). Guatemala: Flacso Guatemala.

Pérez Salazar, H. (1975). *Derecho agrario colombiano.* Bogotá: Temis.

Pérez Salazar, M. (1999). La Genealogía del Liberalismo: Una lectura económica del "Segundo tratado sobre el Gobierno Civil" de John Locke. *Revista de Economía Institucional. Universidad Externado de Colombia, 1*, 59-88.

Poblete Troncoso, M. (1939). El contenido social de las constituciones de América. *Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 5*(17-20). Recuperado el 2 de Agosto de 2012, de http://www.analesderecho.uchile.cl/index.php/ACJYS/article/view/4132/4025

Polanyi, K. (1989). *La gran transformación: crítica del liberalismo económico.* Madrid: Ediciones de la Piqueta.

Proyecto Protección de Tierras y Patrimonio de la Población Desplazada. (2010). *Notas sobre el derecho a la restitución y experiencias internacionales de restitución de bienes.* Bogotá: Agencia Presidencial para la Acción Social y la Cooperación Internacional – ACCIÓN SOCIAL. Recuperado el 12 de Septiembre de 2014, de http://www.restituciondetierras.gov.co/media/descargas/publicaciones/INTERNORESTITUCIONTIERRASENBAJA.pdf

Ramírez Cardona, O. H. (2013). La restitución de tierras. Acción constitucional para la protección de un derecho social fundamental. *Revista de Derecho Público. Universidad de los Andes*(31), 1-28. Recuperado el 15 de Febrero de 2014, de http://derechopublico.uniandes.edu.co/index.php?option=com_content&view=articl

e&id=384%3Ala-restitucion-de-tierras-accion-constitucional-para-la-proteccion-de-un-derecho-social-fundamental&catid=35%3A31&Itemid=94&lang=es

Ramos Bermúdez, M. (2004). *Justicia Agraria: La experiencia colombiana.* San José de Costa Rica: IICA. Recuperado el 4 de Septiembre de 2014, de http://repiica.iica.int/docs/B0077e/B0077e.pdf

Rawls, J. (2002). *La justicia como equidad: Una reformulación.* Barcelona: Paidós.

Rengifo Gardeazabal, M. (2011). *Teoría General de la Propiedad.* Bogotá D.C: Universidad de los Andes & Temis.

Restrepo Piedrahita, C. (2004). *Constituciones políticas nacionales de Colombia.* Bogotá: Universiad Externado de Colombia.

Reyes Posada, A. (Septiembre - Diciembre de 1987). La violencia y el problema agrario en Colombia. *Revista Análisis Político*(2), 30-46.

Romero Tobón, J. F. (2014). Constitucionalismo Social en América Latina: Los casos de Argentina, Bolivia, Colombia, Cuba y Uruguay desde el lente de la revolución pasiva y la tragedia. En B. Marquardt, *Constitucionalismo Científico: Entre el Estado y el mercado* (págs. 69-100). Bogotá: Temis.

Saffon, M. P. (Julio - Diciembre de 2010). The Project of Land Restitution in Colombia: An Illustration of the Civilizing Force of Hypocrisy? *Revista Estudios Socio-Jurídicos, 12*(2), 109-194. Recuperado el 7 de Diciembre de 2011, de http://redalyc.uaemex.mx/redalyc/src/inicio/ArtPdfRed.jsp?iCve=73315636005

Saffon, M. P. (2011). Enfrentando los horrores del pasado. Estudios conceptuales y comparados sobre justicia transicional. En A.A.V.V, *Justicia Transicional* (págs. 11-78). Bogotá: Siglo del Hombre Editores; Universidad de los Andes; Pontificia Universidad Javeriana-Instituto Pensar.

Salinas Abdala, Y. (2008). *Protección y garantía del derecho a la propiedad y a las posesiones de las víctimas del conflicto armado interno.* Bogotá D.C: Procuraduría General de la Nación.

Schwebel, C. (2011). Welfare Rights in Canadian and German Constitutional Law. *German Law Journal, 12*(11), 1901-1940. Recuperado el 20 de 09 de 2012, de http://www.germanlawjournal.com/pdfs/Vol12-No11/PDF_Vol_12_No_11_1901-1940_Schwebel%20FINAL.pdf

Semana.com. (15 de Noviembre de 2014). Víctimas, según Harvard. *Revista Semana*. Recuperado el 16 de Noviembre de 2014, de http://www.semana.com/nacion/articulo/victimas-segun-harvard/409227-3

Suescún, A. (2001). *Derecho y sociedad en la historia de Colombia* (Vol. II). Tunja: Universidad Pedagógicay Tecnológica de Colombia.

Teitel, R. (2011). Transitional Justice and the transformation of Constitutionalism. En T. Ginsburg, & R. Dixon, *Comparative Constitutional Law* (págs. 57-78). Cheltenham; Northampton: Edward Elgar.

Tocqueville, A. d. (1996). *El Antiguo Régimen y La Revolución*. México: Fondo de cultura económica.

Tomuschat, C. (2005). Reparación: El caso de Guatemala. *Cuadernos del Conflicto*, 15-17.

Torre Villar, E. d., & García Laguardia, J. M. (1976). Desarrollos nacionales. Las cláusulas económico-sociales. En *Desarrollo histórico del constitucionalismo hispanoamericano* (págs. 235-254). México: Universidad Autónoma de México.

Toscano Franca Filho, M. (2006). Historia y Razón del Paradigma Westfaliano. *Revista de Estudios Políticos, Centro de Estudios Constitucionales*, 87-111.

Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas. (2013). *La etapa administrativa de la restitución de teirras en Colombia: El Registro de tierras despojadas y abandonadas. Ed. Alvarez Tafur, E.* Bogotá: UAEGRTD & Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural.

Uprimny Yepes, R. (2004). Bloque de constitucionalidad, derechos humanos y nuevo procedimiento penal. En A.A.V.V, *Reflexiones sobre el nuevo Sistema Procesal Penal: Los grandes desafíos del Juez Penal Colombiano* (págs. 25-72). Bogotá: Consejo Superior de la Judicatura & Escuela Judicial Rodrigo Lara BOnilla.

Uprimny Yepes, R., & Saffon, M. P. (2007). *Plan Nacional de Desarrollo y reparaciones, propuesta de un programa nacional masivo de reparaciones administrativas para las víctimas de crímenes atroces en el marco del conflicto armado*. Bogotá: Dejusticia & Codhes.

Uprimny Yepes, R., & Sánchez, N. C. (2010). Los dilemas de la restitución de tierras en Colombia. *Revista Estudios Socio-Jurídicos, 12*(2), 305-342. Recuperado el 14 de Junio de 2011, de http://revistas.urosario.edu.co/index.php/sociojuridicos/article/view/1373

Uprimny Yepes, R., & Uprimny Yepes, I. M. (2008). *Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario: Módulo de formación autodirigida.* Bogotá D.C: Consejo Superior de la Judicatura.

Urioste Fernández de Córdova, M. (2011). *Concentración y extranjerización de la tierra en Bolivia.* La Paz, Bolivia: Fundación Tierra.

Villamar, Z., & Gallegos Olvera, J. (2011). *Hacia una concepción moderna de la Justicia Social: Una mirada desde América Latina.* México D.F: Fundación Friedrich Ebert.

Vivas Barrera, T. G. (2014). Un ejercicio de Derecho Comparado en materia de Derechos Humanos. *Revista Entramado. Universidad Libre de Cali, 10*(1), 176-189.

Waldmann, P. (2003). *El Estado anómico: Derecho, Seguridad Pública y vida cotidiana en AMérica Latina.* Caracas: Nueva Sociedad.

Waldron, J. (1985). What Is Private Property? *Oxford Journal of Legal Studies, 5*(3), 313-349.

Williams, R. (2008). El derecho contemporáneo a la restitución de propiedades dentro del contexto de la justicia transicional. En C. Díaz, *Reparaciones para las víctimas de la violencia política: Estudios de casos y análisis comparado.* Bogotá: Centro Internacional para la Justicia Transicional (ICTJ).

Woodward, R. L. (1990). Changes in the Nineteenth Century Guatemalan State and its Indian Policies. En C. A. Smith, *Guatemalan Indians and the State, 1540 to 1988* (págs. 52-71). Austin: University of Texas Press.

Zagrebelsky, G. (2011). *El derecho dúctil* (Décima ed.). Madrid: Trotta.

Anexos

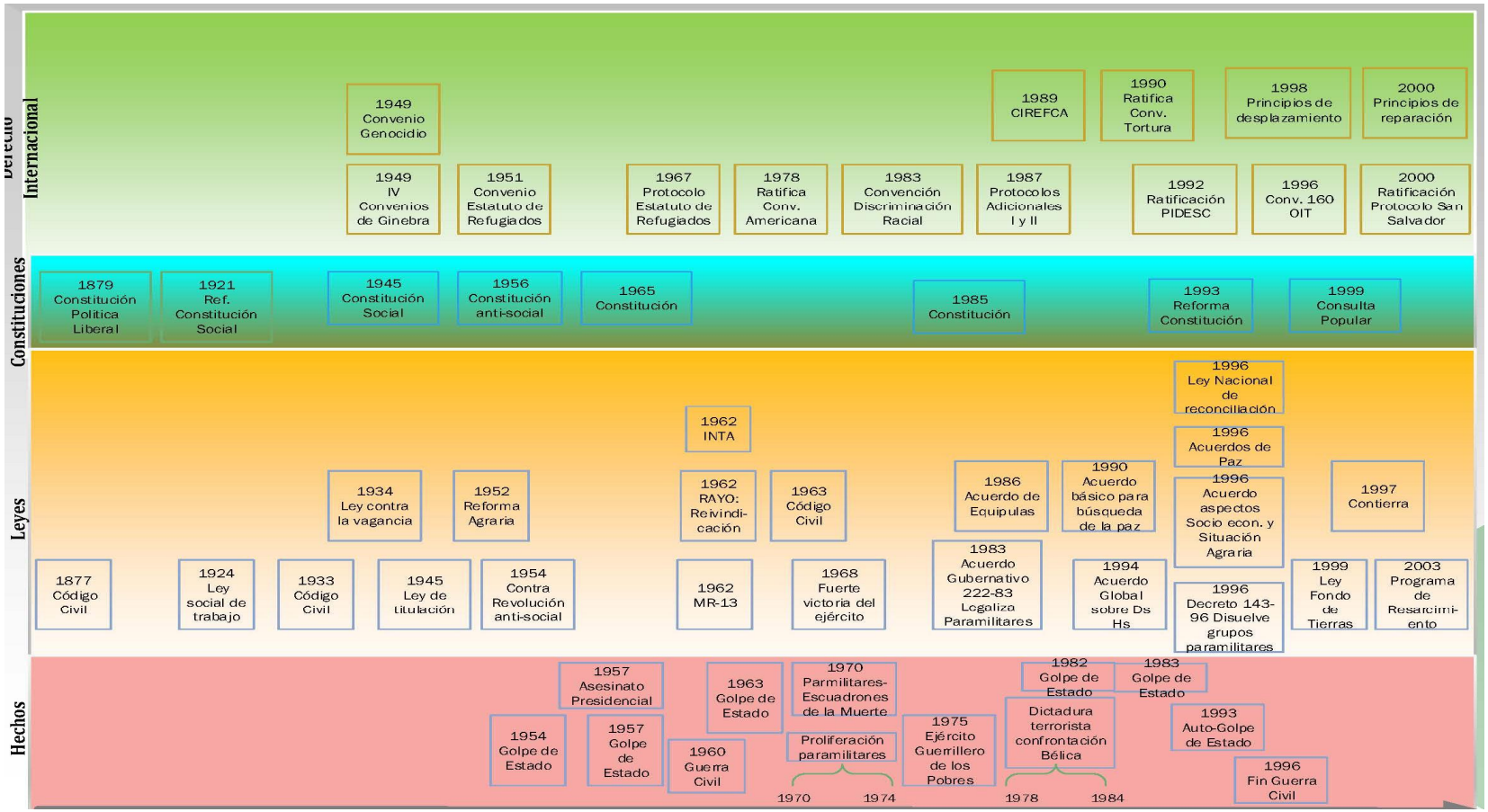

Ilustración 3. Línea de tiempo general de Guatemala

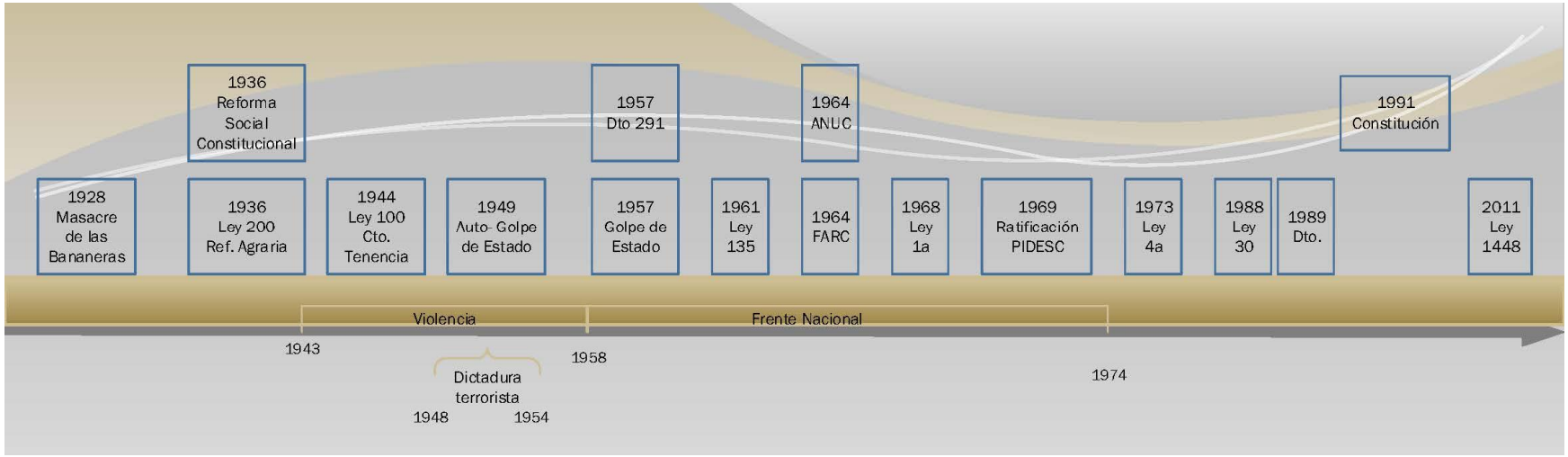

Ilustración 4. Línea de tiempo general de Colombia