

**CAUTELA ANTICIPADA COMO MECANISMO DE ALIVIO ANTE A LOS
EFECTOS NOCIVOS COLATERALES DE LA LEY DE VÍCTIMAS Y
RESTITUCIÓN DE TIERRAS EN COLOMBIA ***

Directora: *Milena Acevedo Prada* **

Yudy González Barbosa ***

Laura Lorena Pinto Tavera ****

Resumen

El presente documento pretende un análisis de los artículos 76 y 77 de la Ley 1448 de 2011 (ley de víctimas y restitución de tierras), porque al parecer conllevan una diferencia abismal entre las posibilidades que tiene la víctima reclamante de tierras de obtener el registro del bien durante la etapa administrativa, y el éxito casi garantizado a la misma víctima en el proceso judicial de restitución de tierras. Consideramos que con dicho panorama se somete a los beneficiarios de la ley a un aparente juego de probabilidades casi incomprensibles. Por otra parte, pretendemos examinar la aparente desprotección en la que pueden quedar los terceros de buena fe (específicamente durante la etapa procesal), ya que la ley les impone una pesada actividad probatoria para acreditar su buen obrar por medios diferentes a los legales y convencionales, que podría dar como resultado unos aparentes efectos nocivos

* Artículo resultado de investigación del proyecto denominado: “Tercero de buena fe, víctima de la inconsistencia legislativa. Cautela anticipada, antídoto para la inocencia de la Ley 1448 de 2011”. Trabajo de tesis para optar al título de pregrado de las estudiantes Yudy González Barbosa y Laura Lorena Pinto Tavera, de la Facultad de Derecho de la Universidad Pontificia Bolivariana de Bucaramanga, bajo la dirección de la docente Milena Acevedo Prada. Las autoras agradecen la colaboración previa del Semillero de investigación en Derecho Procesal y Probatorio “PROCEDE”, adscrito al grupo de investigación CIPJURIS de la Facultad de Derecho de la Universidad Pontificia Bolivariana seccional Bucaramanga, que construyó la iniciativa sobre la cual se consolidó el proyecto de investigación cuyo resultado se presenta.

** Abogada egresada de la Universidad Autónoma de Bucaramanga, especialista en Derecho Administrativo y en Derecho Procesal de la Universidad Santo Tomás de Bucaramanga, docente investigadora adscrita al grupo de investigación CIPJURIS de la Facultad de Derecho de la Universidad Pontificia Bolivariana seccional Bucaramanga, estudiante de los cursos independientes para el programa de Doctorado en Derecho de la Universidad de Buenos Aires – UBA en convenio con el Instituto Latinoamericano de Altos Estudios ILAE. milena.acevedo@upb.edu.co

*** Abogada egresada de la Universidad Pontificia Bolivariana de Bucaramanga. Asesora Jurídica de la Secretaría de Infraestructura del Municipio de Floridablanca – Santander. Estudiante de la Especialización en Derecho Contractual y Teoría de la Responsabilidad de la Universidad Pontificia Bolivariana de Bucaramanga. yudynac2@hotmail.com

**** Abogada egresada de la Universidad Pontificia Bolivariana de Bucaramanga. Abogada asesora externa de la Secretaría General y Jurídica de la Dirección de Tránsito y Transporte de Floridablanca – Santander. Estudiante de la Maestría en Derecho de la Universidad Pontificia Bolivariana de Bucaramanga. lau.pitav@gmail.com

colaterales a personas que no tuvieron injerencia en los actos de violencia que pudieron generar el despojo o desplazamiento de víctimas.

Palabras clave

Medida cautelar anticipada, restitución de tierras, buena fe, presunciones procesales, víctima, oposición.

Abstract

This document seeks an analysis of Articles 76 and 77 of Law 1448 of 2011 (law of victims and land restitution), because apparently involve a huge difference between the possibilities of the claimant victim of land to obtain registration either during the administrative stage, and almost guaranteed success to the same victim in the judicial process of land restitution. We believe that with this scenario, beneficiaries of the law are subjected to an apparent game of almost incomprehensible odds. Moreover, we intend to examine the apparent lack of protection for the bona fide third parties (specifically during the procedural stage) because the law imposes a heavy evidentiary to prove their good work by means different than legal and conventional which could result in some apparent side effects harmful to people who had no interference in the acts of violence that could generate the dispossession or displacement of victims.

Key words

Preliminary injunction, land restitution, bona fide, procedural assumptions, the new victims, opposition.

Metodología

La presente investigación se realizó utilizando el método analítico descriptivo, partiendo del examen del criterio general de las medidas cautelares desde su concepción más amplia, para después profundizar y analizar sobre la medida cautelar innominada, concretamente la cautela anticipada y su posible aplicación en el procedimiento administrativo contemplado en la ley 1448 de 2011, sobre ésta última, también se efectuó un examen deductivo tendiente a identificar implicaciones, consecuencias, ventajas o desventajas de su aplicación objetiva, en un sistema de justicia transicional heterogéneo jerarquizado entre normas de derecho público.

Introducción

La implementación de la Ley 1448 de 2011 ley de víctimas y restitución de tierras, además de generar expectativas frente a su efectividad y el cumplimiento de su altruista propósito, conlleva varios interrogantes sobre posibles efectos nocivos colaterales que pueden redundar en perjuicio de terceros de buena fe. Se hace necesario entonces analizar los aparentes perjuicios que puede derivarse de su puesta en marcha pero al mismo tiempo, buscar y/o proponer alternativas que permitan alivianar su impacto, para que se pueda

cumplir no solo el legítimo y necesario propósito de restaurar a las víctimas, sino que se logre una limpia implementación que no se convierta en semilla de nuevos resentimientos o formas aleatorias de violencia social.

Es preciso evidenciar que en atención a los fines esenciales del Estado, se distinguen unas condiciones básicas de vida para los habitantes de Colombia. Así, la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo son la normalidad sobre la cual debe erigirse la sociedad. No obstante, tales condiciones tan solo pueden presentarse, pues son consecuencia directa del respeto irrestricto de un conjunto de derechos generales, es decir, que la regulación es el camino idóneo para dirigir la comunidad a una vida con estándares más humanos.

El conflicto armado nacional ha significado el menoscabo de las prerrogativas de una gran cantidad de residentes del país, donde la violencia ha sido el medio por el cual las estructuras estatales se ven reducidas tanto en su actuar como en su credibilidad frente a los integrantes de la sociedad. El Estado social y de derecho, como medida de supervivencia, debe garantizar todos los mecanismos que permitan la normalización de las relaciones de quienes son víctimas, de quienes los victimizaron y de todos y cada uno de quienes temieron verse avocados a ser uno u otros. Así, los progresos que se realicen en el marco de la revitalización del país, no deben extraviarse de los mandatos generales de la modalidad estatal asumida desde la constitución misma, pues es en marco de tales parámetros que realmente se puede llegar a un mejor escenario social. En tal contexto, debe primar para todo el que interviene en la reconstrucción del país, una visión que propenda por el interés general.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional ha destacado¹ que la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Declaración Americana de los Derechos del Hombre², direccionaron el derecho internacional hacia una tendencia que propendiera por el desarrollo de instrumentos legales garantistas de la tutela judicial efectiva, y sobresale principalmente, lo concerniente a la reparación integral debida, con ocasión a los daños sufridos por un actuar antijurídico, que se enmarca conjuntamente con el logro y satisfacción del derecho a la verdad y a la justicia de las víctimas, como directrices principales, que en estos casos deben ser escudriñadas, con miras a la correcta aplicación de una protección efectiva y plena. De manera similar se pronunció la Comisión Interamericana de Derechos Humanos³.

Otros sistemas internacionales de protección de derechos humanos, han adoptado un esquema similar respecto a la materia, motivo por el que han sido explorados en la

¹ COLOMBIA, Corte Constitucional. Sentencia C – 454 del 7 de junio de 2006, Magistrado Sustanciador: Jaime Córdoba Triviño.

² La *Convención Americana Sobre Derechos Humanos* en su artículo 25 consagra que: “Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales”

³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (Arts. 27.2, 25 y 8, Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987, Serie A No. 9, párrafo. 24.

construcción argumentativa de este principio en la jurisprudencia nacional, siendo un ejemplo de ello, La Asamblea General de las Naciones Unidas, que por consenso a través de la resolución 40/34 del 29 de noviembre de 1985, suscribió la "Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder", la cual en su numeral cuarto consagró de la siguiente manera, el derecho de las víctimas a la tutela judicial efectiva: "Las víctimas serán tratadas con compasión y respeto por su dignidad. Tendrán derecho al acceso a los mecanismos de la justicia y a una pronta reparación del daño que hayan sufrido, según lo dispuesto en la legislación nacional". (Subrayado fuera de texto).

Otro ejemplo de ello es el sistema continental europeo, que por medio de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, *en su artículo 47 reconoció el derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial*, tras estipular:

"Toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido violados tiene derecho a la tutela judicial efectiva respetando las condiciones establecidas en el presente artículo. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa y públicamente y dentro de un plazo razonable por un juez independiente e imparcial, establecido previamente por la ley (...)"

Aterrizando el discurso al entorno jurídico colombiano, se puede resaltar que jurisprudencialmente ha sido reconocida como un principio y un derecho fundamental de aplicación inmediata, cuya característica principal es la efectividad⁴ y su fuente primigenia se constituye en "los artículos 229 y 29 de la carta magna, sin perjuicio de su ampliación por la vía del artículo 93, que ha permitido el ingreso de las fuentes internacionales que consagran esta garantía"⁵.

Este último punto, explica la lógica de haber ilustrado primeramente las fuentes internacionales de dicha institución, que fungen como argumentos iniciales del análisis efectuado por la Corte Constitucional, sobre su implementación en la legislación nacional. Más aún cuando en Sentencia C - 426 de 2002, la Corte Constitucional Colombiana expresó:

"Cabe puntualizar que el fundamento del derecho a la protección judicial efectiva no sólo se encuentra en los artículos 1, 2, 29 y 229 de la Constitución Política. También aparece consagrado en las normas de derecho internacional, concretamente, en los tratados y declaraciones de derechos que han sido suscritas y ratificadas por Colombia. Así, por ejemplo, el artículo 25 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos declara que: "Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen

⁴ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, Sala de revisión, Sentencia C-037 de 1996, 05 de febrero de 1996. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, P.E.-008

⁵ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena, Sentencia C 454 de 2006, 07 junio de 2006. M.P. Jaime Córdoba Triviño. D-5978.

sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales”. En igual medida, el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos declara que: “Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con todas las garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil.”

Para abordar el estudio de las fuentes que consagran la tutela judicial efectiva, ahondaremos sus bases constitucionales, a partir de extractos jurisprudenciales que permitan identificar la labor hermenéutica desplegada por el máximo tribunal constitucional al desarrollar el principio bajo examen, de los cuales hemos tomado como punto de partida el artículo 229 de la carta fundamental, sobre el que se pronunció el Tribunal Constitucional en Sentencia C - 207 de 2003, en los siguientes términos:

*“El artículo 229 de la Constitución Política consagra expresamente el derecho de acceso a la administración de justicia, también llamado derecho a la tutela judicial efectiva, el cual se traduce en la posibilidad reconocida a todas las personas residentes en Colombia de poder acudir en condiciones de igualdad ante los jueces y tribunales de justicia, para propugnar por la integridad del orden jurídico y por la debida protección o el restablecimiento de sus derechos e intereses legítimos, con estricta sujeción a los procedimientos previamente establecidos y con plena observancia de las garantías sustanciales y procedimentales previstas en las leyes. Por su intermedio, se le otorga a los individuos una garantía real y efectiva, previa al proceso, que busca asegurar la realización material de éste, previniendo en todo caso que pueda existir algún grado de **indefensión**⁶ frente a la inminente necesidad de resolver las diferencias o controversias que surjan entre los particulares -como consecuencia de sus relaciones interpersonales-, o entre éstos y la propia organización estatal.” (El fin último de la intervención estatal en la resolución de los conflictos entre particulares es la materialización de las pretensiones o excepciones presentadas en el proceso, una intervención real.*

Con alusión a la razón que permite entender la forma en que el artículo 29 Constitucional actúa como pilar de esta institución, basta retomar nuevamente la sentencia C - 426 de 2002, de la Corte Constitucional, que explica:

“Teniendo en cuenta su importancia política, la jurisprudencia constitucional le ha venido reconociendo al acceso a la administración de justicia el carácter de derecho fundamental de aplicación inmediata, integrándolo a su vez con el núcleo esencial del derecho al debido proceso. Esto último, por cuanto la proclamación del derecho a la tutela judicial efectiva es, como quedó expresado, el medio a través del cual se asegura el acceso al servicio público de la administración de justicia -cuando se dan las circunstancias requeridas-, de manera que, sin su

⁶ La Corte Constitucional aclaró que: “se entiende por *indefensión* la ausencia del derecho a alegar y la imposibilidad de defender en juicio los propios derechos”.

previo reconocimiento, no podrían hacerse plenamente efectivas el conjunto de garantías sustanciales e instrumentales que han sido estatuidas para gobernar y desarrollar la actuación judicial”.

Cabe anotar que esta providencia a su vez reitera en este sentido lo anotado por la sentencia T-268/96, siendo Magistrado Sustanciador el Dr. Antonio Barrera Carbonell:

“El acceso a la justicia se integra al núcleo esencial del debido proceso, por la circunstancia de que su garantía supone necesariamente la vigencia de aquél, si se tiene en cuenta que sin él no es posible asegurar el cumplimiento de las garantías sustanciales y de las formas procesales establecidas por el legislador...”

Finalizado este breve análisis de los orígenes que a la luz de la Carta amparan la tutela judicial efectiva o también llamado derecho de acceso a la administración de justicia, se pasará a estudiar su campo de acción. Para ello es importante entender que la tutela judicial efectiva comprende diversas aristas, que dinamizan su concepción y permiten que esta se haga extensiva a diferentes aspectos relacionados con el debido proceso, pues como se vio anteriormente, la jurisprudencia ha entendido que el derecho de acceso a la administración de justicia hace parte del núcleo esencial del artículo 29 de la Constitución Política, motivo por el que se hace celebre relacionar el principio de legalidad como componente de esta amplia figura, reiterado por el Corte Constitucional en la reiterada Sentencia C – 426 de 2002:

“(…) Como parte del derecho de acceso a la administración de justicia se encuentra la necesidad de que el ordenamiento jurídico consagre las acciones y los recursos necesarios para garantizar a las personas la posibilidad de resolver ante los jueces las situaciones que las afecten, a la luz del ordenamiento jurídico. Este componente del derecho de acceso se refiere no solo a la necesidad de que se establezcan los mecanismos judiciales adecuados para la solución de las distintas controversias, sino que comprende la garantía de que tales mecanismos habrán de estar al alcance de todos aquellos que en un momento dado requieran acudir a los mismos, sin que se presenten exclusiones injustificadas”.

Desde tal perspectiva es posible entender, que el debido proceso no es un principio rector exclusivo de los procesos judiciales, sino que debe ceñirse en todas las actuaciones que surte el Estado, más aún en trámites administrativos que es lo que nos atañe, específicamente frente a etapas que debe surtir la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Tierras Despojadas, descritas en el artículo 76 de la ley 1448 de 2011, para efectuar el registro de tierras despojadas y abandonadas forzosamente. Entonces, bajo la premisa de que el debido proceso debe guardarse y garantizarse incluso en la vía gubernativa o administrativa, puede predicarse que el principio de tutela judicial efectiva, se hace extensivo igualmente a trámites meramente administrativos y no exclusivamente, a procesos judiciales.

Se debe comprender que por su carácter constitucional, este principio irradia en materia de cautelas, porque no sólo puede aplicarse restrictivamente en aquellas medidas cautelares que se interponen en los estrados judiciales con carácter de previas o anticipatorias, sino

que también debe resguardarse en las medidas innominadas, que para nuestra propuesta revisten la característica específica de ser anticipadas, pues se espera que su solicitud se realice sin mediar proceso de registro del predio ante la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas (en adelante UAEGRTD), y menos aún, sin necesidad de admisión de la solicitud en el posterior trámite judicial, puesto que la medida cautelar propuesta se pretende, desde el recibo mismo de la solicitud de registro realizada por la Víctima ante la referida Unidad Administrativa Especial.

Según el Centro Internacional para la Justicia Transicional (ICTJ), *“La justicia transicional es un conjunto de medidas judiciales y políticas que diversos países han utilizado como reparación por las violaciones masivas de derechos humanos. (...) No es un tipo especial de justicia sino una forma de abordarla en épocas de transición desde una situación de conflicto o represión del Estado. Al tratar de conseguir la rendición de cuentas y la reparación de las víctimas, la justicia transicional proporciona a las víctimas el reconocimiento de sus derechos fomentando la confianza ciudadana y fortaleciendo el Estado de derecho.”*⁷

Gran parte de los autores nacionales e internacionales, se refieren a la justicia transicional como un elemento relativamente nuevo, que sirve para afrontar el legado de graves violaciones a derechos humanos ocurridas en situaciones excepcionales, y que permite dar: (i) terminación a un conflicto y (ii) transición hacia un escenario de no violencia.

De acuerdo con lo anterior, uno de los propósitos de la justicia transicional es reconocer los derechos de las víctimas, esto significa que el Estado debe dar a estas el lugar que merecen en la sociedad de forma que su dignidad sea recuperada mediante la verdad, justicia y reparación.

Para el logro efectivo de lo mencionado, existen a nivel internacional los siguientes instrumentos: Reparación de víctimas a través de un proceso o vías administrativas, comisiones de verdad, amnistías, tribunales internacionales y los tribunales mixtos, mapeo, estrategia de investigación, depuración de la institucionalidad, consultas y participación de las víctimas.⁸

Una vez esbozado el concepto, finalidades e instrumentación de la justicia transicional, es preciso referir su proyección en la Ley 1448 de 2011 en la que se logra ver reflejada en cuanto a la verdad que les asiste a las víctimas en el momento probatorio de la buena fe del poseedor del predio, la reparación que obtienen ya sea porque les fue: regresado su predio, concedida la restitución por equivalencia, o pagada la compensación económica propuesta como indemnización.

⁷ ICTJ, Centro Internacional para la Justicia Transicional. “¿Qué es la justicia transicional?”. *ICTJ centro internacional para la justicia transicional*. 2009. New York-U.S.A. Recuperado de: <http://ictj.org/es/que-es-la-justicia-transicional> (10.06.2014)

⁸ FORER, Andreas. “Concepto y alcance de la justicia transicional”. *IV Congreso Internacional de Derechos Humanos, Justicia transicional, experiencias compartidas sobre procesos de paz*. 2013. Bogotá. Universidad Autónoma de Colombia. Recuperado de: <https://www.youtube.com/watch?v=zL91-uYnAxE> (10.06.2014)

Hasta el momento y desde un plano estrictamente teórico, se logra demostrar que existe el reconocimiento de los derechos a la verdad y reparación que la justicia transicional establece para el logro efectivo de la dignidad de las víctimas en la ley 1448 de 2011. En el caso de la justicia, concepto que es bastante abstracto e indeterminado, consideramos que debe enfocarse desde los instrumentos o mecanismos utilizados para lograr la justicia transicional, para ello la ley nos ofrece dos etapas, la primera es la vía administrativa y la segunda la judicial, temas que desarrollaremos a continuación.

1. Aspectos y elementos fundamentales de la Ley 1448 de 2011, ley de víctimas y restitución de tierras.

La ley 1448 de 2011 se alza en el ordenamiento jurídico nacional como el ejemplo idóneo de justicia transicional; se trata pues de una disposición que pretende servir de puente para la normalización de condiciones de personas que se hayan visto afectadas por el conflicto armado interno que ha vivido Colombia durante sus últimos años, es una herramienta que responde directamente a las previsiones garantistas prescritas por la Constitución nacional, elemento que sin duda se presenta como afrenta a condiciones jurídicas clásicas en diversos ordenes, tal y como puede observarse frente a lo que sucede al respecto del modo de adquirir el dominio de la prescripción en lo que concierne a su modulación en marco de la ley bajo examen, es también una apuesta ambiciosa para diezmar los estragos de la guerra y reordenar el asunto de tierras en el país. Como materialización de lo anterior, la norma describe una postura clara de parte del Estado frente a las víctimas, les concede una grilla de derechos particularísimos a su situación y unos mecanismos judiciales y extrajudiciales que pueden emprenderse para la realización de las prerrogativas mencionadas, sobre el ultimo aparte se ahondara en el entendido que es el entramaje jurídico que deberá evaluarse para determinar la eficacia de la normatividad.

Esta ley, reconocida públicamente como de restitución de tierras y reparación de víctimas, no busca únicamente la ejecución de esas dos acciones, es un verdadero punto de partida de la atención estatal frente a este actor importante dentro del conflicto interno, ello se observa en su descripción general, donde se indica que lo buscado es la atención, asistencia y reparación integral al grupo social especial, sobresale entonces en el marco de la propuesta manifiesta en el presente documento, las implicaciones jurídicas especiales en lo que respecta a la reparación integral, como forma genérica de la restitución de tierras en marco de norma.

Así pues el artículo 69 de la ley 1448 de 2011 señala que la reparación ofrecida a los destinatarios de la normatividad se circunscribe a la restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición, se trata pues de una restricción al ejercicio de acción, el cual se encaminara solo a los escenarios producto de las diferentes modalidades de reparación.

Frente a la restitución de tierras, elemento mediáticamente prioritario en lo que respecta a la valorización de la ley y clave para elucubrar nuestra propuesta, ésta diseña un mecanismo de reclamación complejo pues interviene una autoridad administrativa a modo de antesala para presentar la solicitud judicial, un requisito de procedibilidad y un proceso instruido por un juez especial, donde rigen un conjunto de disposiciones de orden probatorio particular,

que hacen de dicho escenario una absoluta excepción de la intervención estatal propia de un Estado respetuoso con el derecho al debido proceso.

Este dispositivo que propone resarcir daños de contenido material, como la restitución de bienes inmuebles que han sido objeto de despojo, guarda por objetivo principal el ofrecimiento a las víctimas del restablecimiento de la propiedad o de la posesión, pero que no se limita solo a estos porque también ofrece una pretensión secundaria a la que se ha denominado restitución por equivalencia o el reconocimiento de una compensación económica a la que se accede cuando la primera no puede concederse o cuando la víctima no puede retornar al inmueble por razones de seguridad, es ahí cuando se le ofrece la posibilidad de un terreno de condiciones similares o compensación económica.

Sin embargo, la absoluta realización de dicha pretensión solo puede presentarse dentro de un sistema jurídico flexible, la ley por sí misma no lo conseguiría, pues ella no responde primariamente a las condiciones generales de interpretación de fenómenos jurídicos estructurados por leyes ordinarias, lo que busca es exclusivamente la realización de los derechos de las víctimas del conflicto, no solo por su naturaleza transicional anteriormente señalada, sino porque surge ante la necesidad de enfrentar una circunstancia fáctica especialísima de singular interés para la nación, argumento que si bien no es suficiente para aprobar desde el seno de la academia normatividad cualquiera que se aleje de los cánones básicos (entiéndase la dinámica general para cada sector del derecho), sí permite que su principal criterio de aplicación sea de tinte constitucional, por el cual se busque la concepción de un procedimiento sistémico, expedito e integral de reparación. Es necesario suministrar al respecto de la norma una interpretación garantista y amplia del principio de buena fe para que el relato de las víctimas sea considerado fidedigno, en lo referente a sustentar su condición de tales y la ocurrencia de los hechos.

Puede sostenerse entonces, que el sistema de justicia transicional en el ámbito civil, es decir, en los diferentes escenarios en que tal cuerpo normativo debería regir en totalidad las situaciones presentadas, es heterogéneo, se halla jerarquizado entre normas de derecho público, en especial aquellas de carácter constitucional y normas de derecho privado, supeditadas a la realización de los fines últimos de la ley.

1.1. Del ejercicio de graduación de la prueba, una verdadera desigualdad probatoria

En términos probatorios la Ley de víctimas y restitución de tierras, demarcó situaciones procesales que tienden a favorecer generosamente a las víctimas del conflicto armado colombiano, todas ellas sustentadas principalmente por el principio constitucional de la buena fe, a todas luces una postura decente en lo que respecta al valor de las víctimas del conflicto, pero contraria al balance general de cualquier diligencia judicial.

Así sobresale la implementación de la inversión de la carga de la prueba, a través de la cual es posible inclusive que a un tercero como lo es el Estado frente al proceso, pueda verse llamado a probar hechos dentro de la actuación diseñada en la ley, que acarrea la inversión de la carga de la prueba en la contraparte de la víctima, o en el propio Estado.

En esta arista se hace necesario llamar la atención, teniendo en cuenta que en un escenario real muy a pesar que esta figura – inversión de la carga de la prueba – específicamente prueba de la buena fe, se deja ver como punto a favor de las víctimas del desplazamiento, pero también puede ser su talón de Aquiles, porque si el proceso de restitución se interpone contra el despojador o victimario, los resultados son coherentes y acordes con el objetivo de la Ley, en cambio, si contra quien se formula la solicitud de restitución es un tercero (propietario, poseedor u ocupante) de buena fe, la inversión referida lo deja inerme, sin probabilidad de triunfo en su actuación de oposición, a causa de la dificultad que genera probar esta circunstancia específica. Crítica directa que realizamos a una parte de la aplicación de la ley 1448 de 2011.

1.2.Presunciones especiales de la Ley 1448 de 2011, correcta interpretación de su alcance.

Ante el interrogante ¿Son aplicables las presunciones contenidas en el artículo 77 de la Ley 1448 de 2011 al procedimiento administrativo previsto por la misma como requisito de procedibilidad para acceder al proceso de restitución? La respuesta que llegare a brindarse debe erigirse sobre el apotegma señalado en el artículo 27 del código civil que expresa “*cuando el sentido de la ley es claro*”, aludiendo a la interpretación gramatical de la norma, donde se indica que en aquellos casos en los que el sentido común y general de la disposición sea apreciable, bastara al interprete ajustarse al tenor literal, tal y como sucede con el mandato evaluado, y es que la descripción legal de las dos categorías de prescripciones señaladas, cuando indican que: “*para efectos probatorios dentro del proceso de restitución, se presume...*”, evidencia que su aplicación es exclusiva de la etapa judicial, atendiendo además que el proceso un escenario independiente de aquellas actividades que sean anteriores a él, sean estas o no necesarias para que el mismo pueda iniciarse. Por consiguiente, no es dable al intérprete considerar que el procedimiento administrativo regulado por la ley como requisito de procedibilidad, hace parte del proceso judicial, atendiendo la naturaleza de cada una de las etapas.

Tampoco se puede esgrimir que la norma adhiere el trámite previo (administrativo) al proceso judicial, pues es específica al delimitar el campo de sus efectos, sin embargo, en virtud del Decreto No. 4829 de 2011 perviven las presunciones del artículo 77 de la Ley 1448 de 2011 en el trámite administrativo previo, sin que al parecer en la práctica la UAEGRTD realice valoración probatoria que permita dar aplicación a las presunciones referidas.

Ante lo anterior consideramos correcto preguntar: ¿por qué si existe un Decreto Reglamentario que contempla la posibilidad de hacer extensivas las presunciones del artículo 77 de la Ley de víctimas y restitución de tierras durante el trámite administrativo la Unidad de Restitución de Tierras no concentra parte de su actividad en realizar una adecuada valoración probatoria antes de presentar la solicitud judicial de restitución? ¿Acaso escenarios tan distantes entre un momento y otro, no conllevan a un desgaste judicial innecesario además de las implicaciones económicas y psicológicas en contra de los opositores de buena fe?

1.3. Requisito de procedibilidad, un camino incierto, complejo y desventurado para la víctima.

La prueba es clave en todo proceso judicial, a través de ella se desencadena el convencimiento del juzgador, así la mecánica en la que se desarrolle dentro de la actuación procesal permitirán en mayor o en menor medida un sistemas garantista con respecto a las partes, sin embargo, el trámite judicial de restitución de tierras incluye un camino sin espinas al reclamante, brindándole una alta probabilidad de salir adelante en su pretensión (restitución, restitución por equivalencia, o compensación económica), donde existe un alto grado de favorabilidad para el solicitante en comparación con su contraparte, a la que le resulta sumamente complicado (por no decir imposible), desestimar la mala fe que por mera presunción de la ley se le impone, quedando así a brazos cruzados, pues debe demostrar por medios distintos a los legales y convencionales, su calidad de actual propietario, poseedor u ocupante de la tierra, lo que implica el triunfo casi que garantizado en favor de la víctima reclamante. No obstante, tal escenario idílico – pues a nuestro juicio terminara siéndolo –, solo sucede luego de sortear el camino pantanoso previo que existe, donde puede quedar atascada la víctima antes de llegar a la senda limpia y sin espinas que le permitiría un final feliz.

Sea lo primero hacer mención al requisito de procedibilidad que debe agotar el desplazado o la víctima para lograr acceder a la jurisdicción, requisito este con estipulaciones que desde nuestro punto de vista resultan contrarias de cara a las garantías que ofrece la ley en el trámite judicial de restitución.

Dicho requisito consiste en el registro del terreno ante la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas. Entidad que procede al trámite de inscripción del predio objeto de restitución sea de oficio o a solicitud de parte, mediante un procedimiento en el que se incluye comunicación al actual propietario, poseedor u ocupante del predio cuyo registro se solicita, con el objetivo que pueda suministrar pruebas documentales que demuestren su condición de propietario, poseedor u ocupante de buena fe, conforme a la ley, y así dentro de un plazo de sesenta (60) días que puede prorrogarse por treinta (30) días más, la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas decida si realiza el registro o no.

Así las cosas, el registro procede sin obstáculos cuando no existe pronunciamiento sobre la inscripción solicitada en el comunicado por parte del actual propietario, poseedor u ocupante, dando paso directo al proceso judicial de restitución, señalando que debe existir un impecable proceso de comunicación y así evitar a futuro posibles nulidades o argumentos de la contraparte referidos a vicios en el procedimiento en su etapa administrativa, sobre la procedencia del registro o al real agotamiento del requisito de procedibilidad.

Pero si por ejemplo, el actual propietario del predio cuyo registro se pretende, luego de la comunicación realizada por la UAEGRTD, allega el registro de su derecho (certificado de libertad y tradición), es decir, prueba su buena fe de acuerdo a la ley sustancial, la consecuencia será que no procede el registro, por tanto, la presunta víctima del desplazamiento se queda sin requisito de procedibilidad para poder acudir a la etapa

judicial para la restitución del bien objeto de despojo y de iniciarla, su solicitud será rechazada.

Otra situación que se puede presentar es que el opositor allegue prueba siquiera sumaria de su propiedad, demostrando su buena fe, y pese a ello, la UAEGRTD proceda a realizar el registro y así saltar a la etapa procesal, pero de ser así ¿cuál es el objetivo de pedir al opositor documentación que demuestre su buena fe en la etapa administrativa? ¿Acaso cuando se pasa a la etapa procesal estos documentos no se presumen nulos?

Se presenta entonces una discordancia pues la Ley dota a la víctima de altas probabilidades respecto a la prueba en el trámite judicial, que prácticamente le prometen un triunfo (por la presunción de mala fe), y de la misma manera en la etapa administrativa le brinda al actual propietario, poseedor u ocupante la posibilidad de demostrar de acuerdo con la ley sustancial la buena fe de su calidad. Al respecto invitamos a reflexionar sobre esta Pregunta:

¿Cuál es sentido de la ley al permitir presentar pruebas en la etapa administrativa si las mismas pruebas en la etapa procesal se presumen con vicios de ausencia de consentimiento y causa ilícita?

2. Los nuevos perjudicados del proceso de restitución de tierras, un efecto colateral de la aplicación del trámite de restitución.

En lo correspondiente a la identificación de los elementos jurídicos primordiales dentro del marco normativo de restitución de tierras vigente en el país, se señaló un supuesto de hecho alarmante, el relativo a la actuación judicial que por las circunstancias fácticas de un caso concreto, termina dirigiéndose contra un propietario o poseedor ajeno al conflicto, que de buena fe adquirió dicha condición.

Lo anterior es llamativo porque transporta a una persona que actúo de conformidad a los requerimientos legales válidos en lo que respecta la negociación jurídica de bienes inmuebles, a un escenario judicial donde su derecho de defensa se haya sesgado, debido a la existencia de una serie de presunciones de difícil afrenta, que necesariamente restringen a una sola la excepción que pueda proponer en el proceso, la que en caso de prosperar – circunstancia a todas luces improbable por la naturaleza del hecho que debe conseguir acreditar en las postrimerías de la diligencia –, no garantizaría de ningún modo su permanencia en el bien inmueble.

Ahora bien, para dar claridad sobre este punto que consideramos álgido pues es aquí de donde parte nuestra propuesta de implementar una medida cautelar anticipada, esbozaremos un ejemplo:

El señor A como víctima de desplazamiento, acude la UAEGRTD a realizar el respectivo registro del bien, registro que la UAEGRTD materializa, una vez efectuó la comunicación de la solicitud al actual propietario, poseedor u ocupante del bien cuyo registro se pretende, corrobore que el bien se encuentra ubicado en una zona georeferenciada, y confirme los hechos de violencia o despojo en el término que propone la Ley.

Si bien la UAEGRTD cuenta con un término máximo de noventa (90) días, reportes de prensa conducen a establecer, que las solicitudes de registro se encuentran represadas en el la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas⁹, de forma que puede pasar a años sin que la Unidad resuelva, tiempo en el cual, el actual propietario, poseedor u ocupante, una vez enterado de la solicitud, y a fin de evitar perder el predio, ya sea porque es el victimario o despojador, o porque lo adquirió de él (inclusive sin saberlo), decida venderlo, y el comprador que en este caso sería de buena fe, lo adquiere sin sospecha alguna del proceso que se avizora contra su propiedad, posesión u ocupación.

Es en este punto, donde este tercero de buena fe pasa a ser también perjudicado, entonces el proceso de restitución no será víctima vs victimario, sino víctima vs nuevo afectado. Puede ocurrir también (hipotéticamente hablando), que la persona que ejerza posesión sobre el bien cuyo registro se pretende, al momento de darse apertura al procedimiento administrativo referenciado, haya llegado a tal condición tras una negociación previa con el testaferro del violento, siendo el comprador, desconocedor de la sombra enfermiza detrás del predio, no acudiendo ante el llamado de la autoridad administrativa, como una buena porción de la población pues desconoce el alcance de la ley, con resultados lamentables en el proceso de restitución, pues en esta circunstancia especial (comprar a una persona judicializada por el delito de testaferro), es absolutamente imposible tener éxito en la oposición procesal, siendo inclusive improbable, que alcance una posible compensación económica.

Sin temor podemos manifestar que en las condiciones descritas, la actuación judicial es para el demandado una caminata al borde de un peñasco inconmensurable, pues el conseguir probar la buena fe dentro de un escenario donde los medios habituales contentivos de dicha condición interna del actuar de las personas no tienen ningún valor, son antes contrarios de todo lo que normalmente representan, hacen de la ocurrencia de una posible intervención exitosa un verdadero imposible.

Más aún, aunque consiguieran demostrar su buena fe, refiriéndonos claramente al tercero poseedor o propietario de buena fe, ajeno al conflicto quien detentaba para sí el bien objeto de restitución, no podría permanecer en él, tiene que necesariamente trasladarse de allí a cambio de un bono monetario para la adquisición de una nueva propiedad, es decir que todo aquello que haya erigido en el bien, una vida, su propia historia, tendrá que hacerlas a un lado, como si acaso él hubiese ocasionado todo el daño al anterior propietario, poseedor u ocupante, sin que se discuta si el Estado cuenta con la capacidad económica de compensar a todos aquellos colombianos de bien que serán desterrados de sus domicilios.

⁹ Sólo un 1,7 % de solicitudes de restitución de Tierras han sido falladas. “Gerardo Vega de la Fundación Forjando Futuro, afirmó que la ley de víctimas es una “buena ley, pero mal aplicada”. Agregan las ONG que de 360.000 solicitudes esperadas se han presentado 54.063, de las cuales los jueces han fallado 964, mientras que el 28.3% están en trámite y un 70% de las solicitudes están represadas en la Unidad de Restitución de Tierras.” Fecha de la publicación: 26 de marzo de 2014, en: <http://www.caracol.com.co/noticias/judiciales/8203solo-un-17--de-solicitudes-de-restitucion-de-tierras-han-sido-falladas/20140326/nota/2146837.aspx>

No son solo afectados por verse avocados en un proceso judicial en el que seguramente van a verse vencidos, sino lo son también y principalmente porque van a ser desplazados del lugar en el que viven. Es posible afirmar entonces que: el Estado está desplazando legítimamente (con amparado en la ley), convirtiéndose también en victimario.

3. Medidas cautelares, una posible alternativa.

La doctrina nacional parece no presentar mayores disensiones respecto a la esencia del concepto de las medidas cautelares, razón por la que la mayoría de tratadistas que han abordado el estudio de esta figura coinciden en los lineamientos básicos sobre los que se cimienta. Tenemos, por ejemplo a Miguel Enrique Rojas Gómez, quien indica que su naturaleza, gira en torno a la preservación de derechos y realidades jurídicas y que por eso consisten en: *“Adoptar de manera oportuna precauciones (...) encaminadas a evitar, que entre tanto se produzcan, respecto de la inicial situación fáctica o jurídica, alteraciones que puedan impedir o dificultar el cabal cumplimiento de la decisión que al final se adopte. (...) Es el método idóneo para proteger, a quien busca la tutela jurisdiccional, de las consecuencias adversas que puede producirle el transcurso del tiempo o eventuales actos fraudulentos (...) con una medida que garantice el mantenimiento de la situación inicial o con una que la modifique provisionalmente”*¹⁰

Por su parte, Jorge Parra Benítez, las define como *“actos judiciales dirigidos a asegurar el cumplimiento de una obligación o deber de origen judicial, legal o convencional”*, cuyo fin es *“garantizar que la decisión adoptada en el proceso pueda ser ejecutada”*.

Precisiones acordes con la definición han sido enseñadas por la Corte Constitucional en Sentencia C-379 de 2004, en la cual resaltó:

“Para la Corte, las medidas cautelares, son aquellos instrumentos con los cuales el ordenamiento protege, de manera provisional, y mientras dura el proceso, la integridad de un derecho que es controvertido en ese mismo proceso. De esa manera el ordenamiento protege preventivamente a quien acude a las autoridades judiciales a reclamar un derecho, con el fin de garantizar que la decisión adoptada sea materialmente ejecutada. Por ello, esta Corporación señaló, en casos anteriores, que estas medidas buscan asegurar el cumplimiento de la decisión que se adopte, porque los fallos serían ilusorios si la ley no estableciera mecanismos para asegurar sus resultados, impidiendo la destrucción o afectación del derecho controvertido”.¹¹

Conforme a lo dilucidado, las medidas cautelares objeto de regulación en nuestro ordenamiento procesal civil constituyen un instrumento de protección frente al posible desobedecimiento por parte del sujeto procesal contra el cual se impetran determinadas pretensiones, de las decisiones que se tomen en el marco de un proceso, generando confianza en las personas no solo acerca de la resolución de sus conflictos, sino sobre su

¹⁰ ROJAS GÓMEZ, Miguel Enrique. *El Proceso Civil Colombiano*. Cuanta edición. Universidad Externado de Colombia, Bogotá. Página 373.

¹¹ COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia C-379 de 2004 Magistrado Ponente Alfredo Beltrán Sierra. D – 4974.

acatamiento de manera definitiva. De no existir estas, no queda la menor duda que sería un desgaste en vano lograr un fallo favorable a los intereses de la parte actora, sin que al efecto cuente con los mecanismos idóneos para garantizar su respeto.

Es en el anterior punto, donde se acude como disposición idónea a las medidas cautelares a fin de conseguir la sujeción de la parte al fallo y zanjar la incertidumbre respecto de si se obtendrá o no su cumplimiento, todo esto en procura de la igualdad y el equilibrio procesal. En ese orden de ideas, también puede conceptualizárseles como instrumentos que tiene la parte, para evitar “*los efectos nocivos del excesivo tiempo que se utiliza en las tramitaciones de los procesos civiles*”¹², pues a pesar de que a lo hora de hablar de la naturaleza del “proceso”, siempre se ha dicho que es el procedimiento que se concretizó para administrar justicia y que dentro de sus más importantes características y principios están la caducidad, la preclusión, la igualdad entre las partes, la lealtad que le asiste a los sujetos procesales y un sin número de elementos ulteriores, se ha olvidado comentar que hay uno que si bien no está positivizado, la costumbre lo ha llevado a tener fuerza material de ley (por lo menos para los despachos judiciales), este es el *paquidémico y tardío proceder y resolver del proceso*.

Por ello, la cautela busca asegurar la ejecución de lo que en un futuro será la providencia que dirima la cuestión de fondo. De este modo, las clásicas medidas nominativas como el embargo, el secuestro y la inscripción de la demanda pretenderán que los bienes objeto del proceso o garantías (personales y reales) del acreedor, no afronten una situación jurídica que ponga en riesgo la efectiva puesta en escena del decisium, violando así la tutela judicial efectiva.

Sin embargo, conforme a los principios esbozados (igualdad y equilibrio procesal) no es justo amparar de forma exclusiva al demandante dejando a su suerte al demandado y a aquellos que puedan resultar perjudicados por el abuso de las cautelas, por lo que para evitar situaciones tan adversas aparecen en nuestro ordenamiento las contracautelas, también conocidas como cauciones, que precisamente procuran impedir el ejercicio arbitrario de las medidas cautelares que devengan en la lesión de derechos de otras personas, como es el caso en que se ha proferido sentencia absolutoria o se ha llegado a secuestrar bienes pertenecientes a terceros diferentes del extremo procesal pasivo.

La razón de ser de las medidas cautelares es la obtención de decisiones efectivas, en tanto que puedan ser ejecutadas y cumplidas, y además la de contrarrestar los efectos nocivos que el paso del tiempo comporta, es decir, que se encuentran sustentadas en el logro del acceso eficaz a la administración de justicia¹³ permitiendo que el proceso sea realmente el mecanismo idóneo para garantizar los derechos sustanciales no solo en lo que a su reconocimiento y otorgamiento atañe, sino al cumplimiento de lo ordenado, entiéndase de otra manera, a la concreción de las decisiones judiciales.

¹² LÓPEZ BLANCO Hernán Fabio, *Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano, Parte General*, Tomo I, Dupré Editores, Bogotá, Undécima Edición, 2012, página 1091.

¹³ La Corte Constitucional Colombiana en la sentencia C-379 de 2004 establece que las medidas cautelares tienen amplio sustento constitucional, puesto que desarrollan el principio de eficacia de la administración de justicia.

Por esto hablamos de su búsqueda por “precaver y prevenir las contingencias que puedan sobrevenir sobre las personas, bienes o sobre los medios de prueba mientras se inicia un proceso o se adelanta”¹⁴; así como el de “asegurar que los fines del proceso puedan cumplirse a cabalidad”¹⁵. Lo anterior, sumado a lo ya expuesto citando al tratadista Rojas¹⁶, puesto que la medida cautelar, tratándose de una figura que salvaguarda la debida aplicación de la tutela efectiva, también tiene como finalidad la de evitar innovar, es decir, que se mantengan ciertas situaciones jurídico-fácticas en su estado actual, todo esto en aras de proteger y garantizar los derechos que le asisten a la parte solicitante y como se verá con la medida propuesta, los derechos de terceros que no han sido llamados al proceso.

Las anteriores precisiones nos permiten concluir y hacer hincapié en que la cautela tiene una connotación **instrumental**, toda vez que por sí misma no tiene sentido, dado que su existencia se debe a la de un proceso presente o futuro, al que se proyecta dotar de garantía¹⁷. Otro aspecto a resaltar es que el decreto de las medidas cautelares tiene lugar únicamente cuando de por medio hay una solicitud de parte, “*se dice lo anterior porque en lo que concierne al decreto de la medida cautelar, impera el talante dispositivo, pues sin excepción toda medida cautelar requiere petición de parte, es decir el juez no puede decretar cautelas oficiosamente, en conclusión, la cautela es eminentemente rogada*”¹⁸. Sin que deban confundirse ciertos poderes que sobre estas se le ha conferido al juez en ejercicio de sus facultades inquisitivas, porque sin lugar a excusas debe ser el extremo activo de la litis quien le pida al funcionario judicial su decreto, debido a que este es la persona que conoce a ciencia cierta si una decisión que le sea favorable está realmente asegurada, o por el contrario requiere de la garantía de la medida cautelar para la protección de sus derechos, pues el juez apenas entrará a conocer la situación objeto de controversia y no le es posible determinar una circunstancia así.

Por otra parte, toda medida cautelar debe respetar siquiera estos dos elementos: el "fumus bonis iure" apariencia de buen derecho y el "periculum in mora" riesgo por la demora del trámite. De esta forma la inclusión de estos presupuestos, refuerzan la razonabilidad de las medidas cautelares tal como lo refiere Luz E. Hernandez puesto que pese a que “*aunque no haya plena seguridad sobre el derecho reclamado y sobre la necesidad de la medida, existe*

¹⁴ LÓPEZ BLANCO Hernán Fabio, *Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano, Parte General*, Tomo I, Dupré Editores, Bogotá, Undécima Edición, 2012, página 1090.

¹⁵ Ídem, página 1091.

¹⁶ ROJAS GÓMEZ, Miguel Enrique. *El Proceso Civil Colombiano*. Cuanta edición. Universidad Externado de Colombia, Bogotá. Página 373.

¹⁷ LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. *Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano, Tomo I, parte general*, Bogotá, Dupré Editores, 2009, p. 1074, que acertadamente considera que: “por sí mismas no tienen razón de ser. Dado su carácter asegurativo sólo se justifican cuando actúan en función de un proceso al cual acceden o accederán debido a que el hecho de que se puedan practicar antes de iniciado un proceso no les quita la característica”.

¹⁸ VILLAMIL PORTILLA, Edgardo. *XXXIII Congreso Colombiano de Derecho Procesal*. “Algunos apuntes acerca de las cautelas en el Código General del Proceso”. P. 171

*un elevado grado de certeza suficiente para ordenarla con tranquilidad a sabiendas de su carácter esencialmente provisorio”.*¹⁹

3.1. Clasificación

3.1.1. Nominadas e innominadas

Sabido lo anterior debemos abordar la distinción entre las medidas cautelares nominadas e innominadas, pues es importante hacer alusión a los dos sistemas de regulación de las medidas cautelares, un sistema atípico y otro típico con excepciones de atipicidad.

Respecto del sistema atípico, se puede resaltar que deja a total consideración del juez el decreto de una medida que el legislador jamás previó de manera nominativa a petición de parte, debido a que por lo menos en la mayoría de ordenamientos jurídicos que le implementan, no opera el poder oficioso del juez, tal como se observa en el ordenamiento Francés y en parte el Alemán.

En tanto al sistema típico con excepciones de atipicidad que Parra Quijano²⁰ ha denominado mixto, someramente se observa que a pesar de ser típico, permite que ante casos excepcionales o residuales se decreten medidas que a luz de la ley positiva son innominadas, pues como lo dijo Andrea Proto Pisani en su obra, este sistema tiene las ventajas de la tipicidad y la necesidad de un margen de atipicidad necesaria pues el legislador no puede contemplar el 100% de los casos que son adelantados en los estrados judiciales, atendiendo al avance y la diversidad de situaciones que se presentan.

Las medidas cautelares nominadas, son entonces, aquellas que la ley prevé para casos concretos, como lo son el embargo, el secuestro, el registro de la demanda, en algunos declarativos o en los ejecutivos, teniendo asidero en la legislación colombiana en el respectivo libro cuarto del Código de Procedimiento Civil y el Código General del Proceso. Contrario a lo que podría llegar a pensarse, las medidas cautelares innominadas están regladas, pero no son taxativas, debido a que la ley estima su uso, facultando al juez para que las decreta a petición de parte o implemente en lugar de la medida que se ha pedido, por una más adecuada y menos lesiva siempre que la situación lo permita. Siendo así que se usa por mandato legal, pero se “escoge” en consideración a la parte, la situación y el operador judicial, mirando como mínimo el respeto a las garantías judiciales.

Ahora, en relación con la situación propia de nuestro país, si bien no aparecen como una novedad dentro del ordenamiento jurídico, lo cierto es que las cautelas innominadas no han sido objeto de regulación y apenas de manera incipiente eran permitidas en expresos y escasos asuntos, lo anterior ha dado un giro, con ocasión de la promulgación de la ley 1564 de 2012 o Código General del Proceso, que abre la posibilidad para que en los diferentes procesos declarativos se sirva paso a su decreto.

¹⁹ HERNANDEZ Luz Eugenia, Medidas cautelares en procesos de alimentos; en Publicación en revista universitaria. Revista Holística Jurídica. Universidad de San Buenaventura. seccional medellín. issn 0124-7972. n° 4 – julio de 2008.

²⁰ PARRA QUIJANO Jairo, Medidas Cautelares Innominadas; en XXXIV Congreso Colombiano de Derecho Procesal, Ediciones Libre, Bogotá, 2013, páginas 301 a 318.

3.1.2. Previas o preventivas, anticipatorios y anticipadas

Finalmente nos ocupa en nuestro ejercicio académico, diferenciar entre estos tres tipos de medidas, todas estas en procura de la materialización del mundo práctico de la anhelada tutela efectiva.

Iniciamos nuestra diferenciación aclarando que tanto para las preventivas, como las anticipadas y las anticipatorias sigue existiendo la necesidad de demostrar ante el administrador de justicia la amenaza o vulneración del derecho, además de la apariencia de buen derecho y desde luego la legitimación en la causa para su solicitud, requisitos mínimos y sine qua non el juez tendrá sustento para tomar la decisión pertinente al caso concreto objeto de su conocimiento.

Sobre la preventiva o previa puede advertirse que durante años ha sido la cautela convencional por excelencia, puesto que su uso se remonta a ordenamientos jurídicos de antaño, donde si bien no recibían el propio nombre, ni tenían el mismo procedimiento, sí buscaban materializar los ideales mínimos de una adecuada administración de justicia. Frente a este tipo de medida cautelar no existe, al menos hoy, debate alguno respecto de su implementación en procesos cognoscitivos, ejecutivos y los demás permitidos por la ley.

Podríamos aseverar que basta con la interposición de la demanda y la sumaria referencia de la existencia de los requisitos de que ya hablamos, para que el juez proceda a inscribir la demanda, decretar el embargo y el posterior secuestro.

Así pues, solo cabe hacer una precisión para distinguirla de las dos más innovadoras, esta institución, un tanto genérica, se solicita con la presentación de la demanda y no busca otra cosa que poder ejecutar la sentencia favorable en su debido momento.

La anticipatoria si bien no la encontramos de manera explícita en la codificación procesal, sí podemos extraer su existencia de la debida interpretación de la norma que consagra las cautelas innominadas, sea esta disposición la contenida en el artículo 590 numeral 1 literal c), además de poder ver su desarrollo jurisprudencial y la coexistencia de doctrina que le ha secundado.

Esta figura de origen jurisprudencia, tuvo su yacimiento tras la necesidad de adelantar los efectos favorables del veredicto, siempre que el solicitante logre demostrar la *fumus boni iuris* y el *periculum in mora* y que el hecho de obtener una respuesta positiva pero tardía significa la imposibilidad de ejecutar el fallo, ya no por la solvencia de la contraparte, sino por el escollo material de resarcir el daño causado. Sin embargo, su decreto debe respetar la necesidad, efectividad y proporcionalidad de la medida frente a los derechos del antagonista.

Queda claro entonces, que esta medida tiene como finalidad la de traer al presente los efectos favorables de una resolución futura, como lo ha expresado el doctrinante argentino Adolfo Alvarado Velloso, que refiere respecto de la legislación de su país que el legislador

pensó en “la necesidad de anticipar el resultado de una sentencia judicial cuando graves razones lo exigían.”²¹

La medida anticipada logra la adecuada utilización por parte de los funcionarios públicos que intervienen en el procedimiento administrativo previo al proceso de restitución de tierras de la Ley 1448. Significa ella, que previa iniciación de un proceso se decreten y realicen las medidas que por su naturaleza serían procesales, pero que ante su solicitud pronta y pre-procesal lograran salvaguardar las garantías constitucionales de la parte y de terceros, como sucede con la medida por nosotros planteada.

Sin embargo, por tratarse de una restricción a derechos de la contraparte y por ser necesario el análisis y evidencia de los elementos o requisitos mínimos (*fumus boni iuris* y el *periculum in mora*), debe ser un Juez ante quien arribe esta solicitud de imposición de cautela anticipada, para su minucioso estudio y posterior decreto, respetando así, el debido proceso y tutela efectiva, no solo del solicitante, sino de la futura contraparte.

Ahora bien respecto de la Ley mencionada, la legitimación y obligación de hacer la solicitud estaría en cabeza del funcionario de la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas, que adelante el trámite de revisión del asunto.

Esta medida sustentada en general por la misma disposición que la anticipatoria, tiene una especial consagración por interpretación extensiva de la norma, si miramos detenidamente los artículos 27, 32 y 178 de la Ley de víctimas, que instruyen la aplicación normativa de la ley (27), su interpretación extensiva en pro de los derechos humanos por parte del operador administrativo (27), la inclusión de medidas que eviten el menos cabo de los mismos (32 # 5 Par. 1) y el deber de los funcionario que intervienen en el trámite de “*adoptar o solicitar a la autoridad competente, de forma inmediata, las medidas eficaces para conseguir que no continúen las violaciones*”.

4. El alivio para los posibles efectos nocivos y colaterales que pueden derivarse de la aplicación de la Ley 1448 de 2011.

Definitivamente el escenario más alarmante que se presenta frente a la aplicación de la ley 1448 de 2011, es aquel en el cual se emprende un proceso judicial a todas luces favorable al accionante, contra un tercero, que en una mayoría obscena de casos ha adquirido bajo el crisol de la absoluta buena fe el bien cuya restitución se pretende, sin conocer que el mismo estaba siendo objeto de estudio de la UAEGRD. Así, no solo el victimario se lucró del injusto cometido, sino que sumió a un inocente a una circunstancia excesivamente gravosa y la ley no hizo nada para impedirlo.

Las personas llamadas a interpretar el contenido y alcance de las disposiciones jurídicas, no pueden permitir que lo anterior constituya un obstáculo para lograr la justicia, menos cuando cada norma pertenece a un universo que le determina y le revisa en aquello que no contempla, así a través del deber social presente en cada abogado, especialmente en el de un funcionario público, se requiere que este escoja el camino interpretativo más idóneo para

²¹ ALVARADO VELLOSO Adolfo, El Procedimiento Cautelar y la Solución Urgente de una Pretensión; en XXXIV Congreso Colombiano de Derecho Procesal, Ediciones Libre, Bogotá, 2013, páginas 833 a 888.

la materialización de las garantías deseadas, como lo es en este caso el uso de medidas cautelares anticipadas de carácter innominado, enmarcadas dentro del trámite pre-procesal de la restitución de tierras.

La medida cautelar no es una acción procesal, así lo sentencia *Alvarado Velloso* al manifestar que la ausencia de bilateralidad, condición necesaria de todo acto procesal, es incompatible con la naturaleza precautoria de la figura jurídica en comento, pues como se ha esbozado el fin de esta no es otro que la preservación de las prerrogativas que serán examinadas en los estrados judiciales, evento para el cual no debería existir la intervención de quien tendrá que asumir la cautela, no obstante tal argumento no sustenta absolutamente la utilización de medidas cautelares en escenarios distintos a un proceso judicial.

Si observamos que para el caso concreto esta ocurriría en marco de una norma de justicia transicional, dentro de la cual particularmente se busca la reparación integral de las víctimas del conflicto, supeditando así todas las acciones judiciales o extrajudiciales propias de tal normatividad a la necesaria realización de los derechos que por la violencia se vieron menoscabados, sería más comprensible su manifestación, ello no porque la justicia especialísima permita cualquier cosa en torno suya, sino porque la ley debe ser absoluta garantía de reestructuración social. Por eso ella misma en el numeral 7° de su artículo 178 impone a los funcionarios públicos que intervienen en el proceso de restitución el deber de “*adoptar o solicitar a la autoridad competente de forma inmediata las medidas eficaces para conseguir que no continúen las violaciones*”, desplegando un abanico de acciones oficiosas tendientes a permitir no solo la efectiva restitución sino el cese de cualquier evento nocivo que termine vulnerando a terceras personas ajenas al conflicto; así la utilización de medidas cautelares anticipadas en marco de la Ley 1448 de 2011 antes de presentarse como una facultad de parte, sin que deje de serlo, es más bien un elemento realizador del fin último de la ley.

El inciso 2 del artículo 23 del Código General del Proceso señala la competencia para decretar y practicar las medidas cautelares extraprocesales, que necesariamente serían aquellas que surjan simultáneamente al procedimiento administrativo, requisito de procedibilidad para la solicitud judicial de restitución de tierras, además abre la posibilidad a que una ley en particular conciba la utilización de una cautela, sin que esté taxativamente expresa en el código de enjuiciamiento civil vigente. Tal disposición –utilizada conjuntamente al deber de adopción de las medidas eficaces para evitar eventos vejatorios de derechos en marco a la restitución de tierras, mimetizadas mediante el artículo 27 de la ley en comento, a través del cual se indica que el intérprete debe necesariamente aplicar la elucidación más adecuada para los derechos humanos de las víctimas, entiéndase también los afectados colaterales, del proceso judicial señalado– posibilita la utilización de medidas cautelares anticipadas en esta etapa.

Se formula la implementación de medidas cautelares de orden informativo consistentes en: *i)* La inscripción en el folio de matrícula inmobiliaria de la solicitud radicada ante la UAEGRTD, *ii)* la expresión de afectación del inmueble derivada del procedimiento administrativo, a través de medios idóneos, que permitan a la comunidad saber de buena tinta de dicha circunstancia, como lo puede ser la publicación de ello por canales audiovisuales, como vallas visibles en los linderos del predio y los lugares de habitación de estos. Las anteriores medidas buscan dar a conocer a la comunidad, la mera existencia de

una solicitud ante la Unidad, más no restringir el derecho que le asiste al propietario de disponer del bien objeto del futuro proceso, como sí lo hará el auto de admisión de la solicitud jurisdiccional, pues lo que principalmente se pretende es evitar que a través de este proceso surjan nuevos perjudicados o afectados colaterales de la propia Ley.

La propuesta concreta radica, en que la inscripción de la solicitud de registro del bien realizada por la víctima ante la UAEGRTD, se materialice en folio de matrícula inmobiliaria con fines meramente publicitarios (sin sacar el bien del comercio), pero que tenga lugar desde que se radica la petición de registro de la víctima, es decir, desde el inicio mismo de la gestión administrativa, antes de que la UAEGRTD inicie cualquier actividad que conlleve a considerar que efectivamente procede el registro del bien (o que no hay lugar al mismo), teniendo en cuenta que en las tareas de verificación del correspondiente registro del inmueble, la UAEGRTD puede demorarse los noventa (90) días reglamentarios, o inclusive tardar años en tomar la decisión, tiempo durante el cual, el bien puede ser objeto de diversos negocio jurídicos de buena fe.

Otro efecto desfavorable que la medida evitaría, es que el victimario que aun ejerce propiedad, posesión u ocupación sobre el bien despojado, al ser enterado por la UAEGRTD de la existencia de la solicitud de registro de la víctima, proceda de inmediato a negociar la propiedad, posesión u ocupación que ejerce, y de esta forma, librarse del trámite judicial, e involucrar a un tercero de buena fe en una disputa en desventaja, ya que por las dificultades probatorias, le será casi imposible combatir en el proceso, siendo un afectado colateral, pero ahora de la Ley 1448 de 2011.

La propuesta tiene como fundamento, no solo el alcance la medida cautelar como elemento garantizador del derecho, sino el principio de buena fe regulado por el artículo 5 de la Ley 1448 de 2011, en favor de las víctimas del conflicto armado en Colombia.

5. Conclusiones

Todas las disposiciones que se encuentran contenidas dentro de la ley 1448 de 2011 responden a un escenario de justicia transicional, concebido por el legislador para garantizar la normalización de las relaciones en el contexto del posconflicto o conflicto reducido, su dicho entonces, el de las normas, es necesariamente compatible con la naturaleza especial de la modalidad de justicia referenciada, por tanto la regulación allí plasmada refleja ya los intereses del constituyente primario para remediar los estragos de la violencia en el país, interpretaciones del articulado de la ley más allá de su expresión so pretexto de realizar los fines de la justicia transicional es una afrenta contra la potestad reguladora del congreso de la república.

Distinto resulta dar aplicación a normas ajenas a la ley de restitución de tierras y reparación de víctimas para conseguir su efectiva materialización. Debe comprenderse que aunque es especial, tal disposición hace parte de un todo normativo en que sobresale la realización de la Constitución nacional.

Se evidencia que el legislador concentró las garantías de la ley de restitución de tierras en el proceso judicial y no previó hacerlas extensivas al procedimiento administrativo, ello en consideración a la desigualdad probatoria que existe tanto en una como en otra lo cual

podría conllevar a generar obstáculos a la víctima para el logro de su propósito, tanto así que la supervivencia de las pretensiones de ésta dependen necesariamente del agotamiento de la primera para poder acceder a la segunda.

La tutela judicial efectiva es un principio constitucional y un derecho fundamental, por ende debe irradiar tanto la etapa administrativa (desde el principio) como la etapa judicial, en razón a que es un elemento integrante del debido proceso, cuyo objetivo es garantizar integralmente el logro del conjunto de derechos que asiste a las víctimas en general.

Son requisitos mínimos que debe probar sumariamente la parte que solicita una medida cautelar, la “*fumus boni iuris*” o apariencia de buen derecho y el “*periculum in mora*” riesgo por la demora del trámite procesal, así como la legitimación para pedirla. Así las cosas, aun cuando la medida puede ser procesal (preventiva y anticipatoria) o extraprocesal (anticipadas), no varía su obligatoriedad de demostrar los requisitos expuestos. Adicionalmente, su calidad de ser jurisdiccionales no se altera, pues es función del Juez recibir la solicitud y decidir su decreto.

De nada sirve la previsión de un proceso garantista dotado de presunciones prácticamente imbatibles para el demandado, que seguramente finalice con una decisión favorable a la víctima, si para poder llegar al debate propio del mismo hay que agotar un requisito de procedibilidad que es en verdad una gran barrera de acceso a la tan anhelada etapa judicial, pues el peticionario puede ver truncada su solicitud de inscripción del predio si aparece un opositor que acredite mediante los medios de prueba convencionales, su calidad de propietario, poseedor u ocupante de buena fe, caso que podría conllevar al no registro del predio ante la UAEGRTD, dejando a la víctima sin posibilidad de acudir al proceso, permaneciendo en el mismo estado de incertidumbre y desamparo con el que acudió inicialmente.

Si bien es cierto que la institucionalización de las presunciones legales respecto de la buena fe del reclamante y la mala fe del opositor son herramientas jurídicas necesarias para garantizar la efectividad de la ley 1448 de 2011, no es menos cierto que la presunción de la mala fe del opositor trae consecuencias gravosas para terceros de buena fe que podrían considerarse como un perjudicado de la Ley, en el entendido de la violación de derechos subjetivos de un comprador inocente que nada tiene que ver con los actores armados, situación que ratifica la poca visión que posee la ley respecto de terceros ingenuos a los que el victimario traslape las consecuencias que afrontaría en un futuro proceso.

No menos gravosa es la situación que resulta luego de las cadenas de despojo que seguramente se presentaran en la mayoría de los casos, donde terceros de buena fe van a tener que asumir la defensa de sus intereses sobre un debate cuya causa primigenia les es ajena, pues deberán afrontar el peso de una carga procesal dotada de una presunción es su contra –la mala fe- no desvirtuable por los instrumentos de prueba convencionales. Todo por el desconocimiento de que el inmueble sobre el cual efectuaron alguna negociación estaría sujeto a un proceso de restitución de tierras y con la convicción a ciegas de que su adquisición no reviste algún problema, terminan comprando un litigio que los equipara y somete a las reglas que debe enfrentar el verdadero victimario.

La medida cautelar propuesta y que consiste en la inscripción de la mera solicitud de registro del predio realizada por la víctima ante la UAEGRD en el certificado de libertad y tradición con fines meramente publicitarios, permitiría de cierta forma, evitar que los terceros de buena fe se vean incurso en un trámite judicial complicados, donde el mayor logro que podrán conseguir es una compensación económica, pero garantizando un desarraigo que podría considerarse injustificado, atendiendo su recto e intachable proceder.

Bibliografía

1. ALVARADO VELLOSO Adolfo, *XXXIV Congreso Colombiano de Derecho Procesal*, “El Procedimiento Cautelar y la Solución Urgente de una Pretensión”, Ediciones Libre, Bogotá, 2013, páginas 833 a 888.
2. COLOMBIA. CONGRESO DE LA REPUBLICA, Decreto 1400 del 6 de Agosto de 1970.
3. ----- Ley 1564 del 12 de Julio de 2012.
4. ----- Ley 57 del 26 de Mayo de 1873.
5. ----- Constitución Política de 1991.
6. ----- Ley 1448 de 2011. (10 de Junio de 2011).
7. COLOMBIA. CORTE CONSTITUCIONAL, C-379 de 2004 Magistrado Ponente Alfredo Beltrán Sierra. D – 4974.
8. -----, Sala de revisión, Sentencia C-037 de 1996, 05 de Febrero de 1996. M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, P.E.-008.
9. ----- Sala Plena, Sentencia C 454 de 2006, 07 Junio de 2006. M.P. Jaime Córdoba Triviño. D-5978.
10. *Corte Interamericana de Derechos Humanos, Garantías Judiciales en Estados de Emergencia (Arts. 27.2, 25 y 8, Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987, Serie A No. 9, párrafo. 24.*
11. FORER, Andreas. “Concepto y alcance de la justicia transicional”. *IV Congreso Internacional de Derechos Humanos, Justicia transicional, experiencias compartidas sobre procesos de paz.* 2013. Bogotá. Universidad Autónoma de Colombia. Recuperado de: <https://www.youtube.com/watch?v=zL91-uYnAxE> (10.06.2014)
12. HERNÁNDEZ Luz Eugenia, *Medidas cautelares en procesos de alimentos;* en Publicación en revista universitaria. Revista Holística Jurídica. Universidad de San Buenaventura. seccional medellín. issn 0124-7972. n° 4 – julio de 2008.
13. ICTJ, Centro Internacional para la Justicia Transicional. “¿Qué es la justicia transicional?”. *ICTJ centro internacional para la justicia transicional.* 2009. New York-U.S.A. Recuperado de: <http://ictj.org/es/que-es-la-justicia-transicional> (10.06.2014)
14. LÓPEZ BLANCO Hernán Fabio, *Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano*, Parte General, Tomo I, Dupré Editores, Bogotá, Undécima Edición, 2012, página 1091.
15. LÓPEZ BLANCO Hernán Fabio, *Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano*, Parte General, Tomo I, Dupré Editores, Bogotá, Undécima Edición, 2012, página 1090.
16. LÓPEZ BLANCO, Hernán Fabio. *Instituciones de Derecho Procesal Civil Colombiano*, Tomo I, parte general, Bogotá, Dupré Editores, 2009, p. 1074, que acertadamente considera que: “por sí mismas no tienen razón de ser. Dado su carácter asegurativo sólo se justifican cuando actúan en función de un proceso al cual acceden o

- accederán debido a que el hecho de que se puedan practicar antes de iniciado un proceso no les quita la característica”.
17. PARRA QUIJANO Jairo, en *XXXIV Congreso Colombiano de Derecho Procesal*, “Medidas Cautelares Innominadas”, Ediciones Libre, Bogotá, 2013, páginas 301 a 318.
 18. ROJAS GÓMEZ, Miguel Enrique. *El Proceso Civil Colombiano*. Cuanta edición. Universidad Externado de Colombia, Bogotá. Página 373.
 19. ROJAS GÓMEZ, Miguel Enrique. *El Proceso Civil Colombiano*. Cuanta edición. Universidad Externado de Colombia, Bogotá. Página 373.
 20. SAMPER, Miguel. “Justicia transicional en Colombia” Viceministro de política criminal y justicia restaurativa del Ministerio de Justicia y del Derecho. *I Foro de Justicia Transicional Bucaramanga* 3 y 4 de Abril de 2014. 2014. Bucaramanga. Universidad Santo Tomas de Aquino. Recuperado de: <https://www.youtube.com/watch?v=VIIjtJfeI-A> (31.05.2014)
 21. VILLAMIL PORTILLA, Edgardo. *XXXIII Congreso Colombiano de Derecho Procesal*. “Algunos apuntes acerca de las cautelas en el Código General del Proceso”. P. 171