Para citar este libro: http://dx.doi.org/10.15425/2017.394

propiedad sobre la tierra.indd 2 2/11/21 11:41 a.m.

PROPIEDAD SOBRE LA TIERRA EN COLOMBIA

propiedad sobre la tierra.indd 3 2/11/21 11:41 a.m.

COLECCIÓN ESTUDIOS ACADÉMICOS

La colección Estudios Académicos, creada en el año 2010, se especializa en publicar textos que buscan la renovación de la literatura jurídica colombiana a partir de la profundización en temas y debates de actualidad en la educación jurídica. A través de sus publicaciones, la colección promueve e incentiva desde una perspectiva interdisciplinar el interés de explorar nuevos campos en la investigación jurídica por parte de académicos y profesionales del derecho.

Dos objetivos caracterizan esta colección. En primer lugar, ofrece una alternativa de actualización mediante la renovación de preguntas teóricas y metodológicas sobre debates y transformaciones contemporáneos en el derecho. En este sentido, la colección constituye un referente de actualización para la pedagogía con enfoque investigativo porque acerca el ejercicio de la profesión y la academia a los cambios en el derecho a partir de marcos que no solo explican sus aspectos centrales, sino que promueven la incidencia en los mismos. En segundo lugar, busca propiciar diálogos y tender puentes entre las subdisciplinas del derecho para explicar problemas y tensiones cuya complejidad exige aproximaciones críticas e innovadoras.

COMITÉ EDITORIAL

Diana Durán Smela, Carolina Moreno Velásquez, Ana María Muñoz Segura, Andrea Celemín, Gustavo Quintero Navas, Miguel Malagón Pinzón (director de la colección).

PROPIEDAD SOBRE LA TIERRA EN COLOMBIA

VIEJOS Y NUEVOS DILEMAS SOBRE LA DISTRIBUCIÓN

Helena Alviar García
Tatiana Alfonso
(edición académica)

Universidad de los Andes Colombia | Facultad de Derecho

propiedad sobre la tierra.indd 5 2/11/21 11:41 a.m.

Nombres: Alviar García, Helena, autora, edición académica. | Alfonso Sierra, Tatiana Andrea, autora, edición académica. | Céspedes-Báez, Lina M., autora. | Esquirol, Jorge L., autor. | Olarte Olarte, María Carolina, autora. | Morris, Meghan L., autora.
Arroyave Velásquez, Lina María, autora. | Saffon Sanín, María Paula, autora. | Perrone, Nicolás M., autor.
Título: Propiedad sobre la tierra en Colombia : viejos y nuevos dilemas sobre la distribución / Helena Alviar García, Tatiana Alfonso (edición académica).
Descripción: Bogotá : Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, Ediciones Uniandes, 2021. | x, 248 páginas : ilustraciones ; 17 x 24 cm. | Estudios Académicos
Identificadores: ISBN 9789587981445 (rústica) | ISBN 9789587981452 (electrónico)
Materias: Propiedad de la tierra – Colombia | Distribución de tierras – Colombia | Restitución de tierras – Colombia
Clasificación: CDD 346.0432–dc23 SBUA

Primera edición: noviembre del 2021

© Helena Alviar García y Tatiana Andrea Alfonso Sierra (edición académica)
© Lina M. Céspedes-Báez, Jorge L. Esquirol, María Carolina Olarte Olarte, Meghan L. Morris, Lina María Arroyave Velásquez, María Paula Saffon Sanín, Nicolás M. Perrone
© Universidad de los Andes, Facultad de Derecho

Ediciones Uniandes
Carrera 1.ª n.º 18 A - 12
Bogotá, D. C., Colombia
Teléfono: (60-1) 3394949, ext. 2133
http://ediciones.uniandes.edu.co
http://ebooks.uniandes.edu.co
feduni@uniandes.edu.co

ISBN: 978-958-798-144-5
ISBN *e-book*: 978-958-798-145-2
DOI: http://dx.doi.org/10.15425/2017.394

Cuidado de los textos: Tatiana Grosch
Diagramación interior y de cubierta: Samanda Sabogal

Impresión:
Imageprinting
Carrera 27 n.° 76-38
Bogotá, D. C., Colombia
Teléfono: (60-1) 6311350

Impreso en Colombia – *Printed in Colombi*a

Universidad de los Andes | Vigilada Mineducación. Reconocimiento como universidad: Decreto 1297 del 30 de mayo de 1964. Reconocimiento de personería jurídica: Resolución 28 del 23 de febrero de 1949, Minjusticia. Acreditación institucional de alta calidad, 10 años: Resolución 582 del 9 de enero del 2015, Mineducación.

Todos los derechos reservados. Esta publicación no puede ser reproducida ni en su todo ni en sus partes, ni registrada en o transmitida por un sistema de recuperación de información, en ninguna forma ni por ningún medio, sea mecánico, fotoquímico, electrónico, magnético, electro-óptico, por fotocopia o cualquier otro, sin el permiso previo por escrito de la editorial.

CONTENIDO

Introducción
Tatiana Alfonso y Helena Alviar García 1

Capítulo 1 Derechos de propiedad rural y desarrollo económico en tiempos de transición: desempacando la lucha
Helena Alviar García 11
Introducción 11
Repensando el derecho 14
¿Qué le da valor a la propiedad? 15
La redistribución de la propiedad después del proceso de paz: moldeada por el derecho 17
Reforma Rural Integral: defendiendo el modelo de desarrollo económico existente y la propiedad privada a toda costa 19
Conclusión: reinterpretando el problema agrario a la luz del derecho 25
Referencias 25

Capítulo 2 Repeticiones y continuaciones: baldíos y propiedad privada en la Colombia del siglo xxi
Lina M. Céspedes-Báez 29
La propiedad como espacio y tiempo de pertenencia 32
Breve recuento del tema de baldíos en Colombia 37
¿Repetición o continuación de la historia? Los baldíos en el contexto de la implementación del proceso de paz con las farc 44
Conclusión 52
Referencias 53

Capítulo 3 Las presunciones y cargas en la restitución de tierras en Colombia
Jorge L. Esquirol 57
Introducción 57

propiedad sobre la tierra.indd 7 2/11/21 11:41 a.m.

Restitución de tierras para personas desplazadas por el conflicto armado interno 62
Formalización de tierras en la Ley 1448 del 2011 78
Conclusión 90
Referencias 91

Capítulo 4 Entre la fragmentariedad y el entrelazamiento: una agenda para la investigación de la propiedad pública a partir de la distinción entre subsuelo y suelo
María Carolina Olarte-Olarte 95
Introducción 95
El subsuelo a través de los lentes jurídicos: del reconocimiento de su carácter interrelacionado a su refragmentación velada 98
Tender puentes: aproximaciones transdisciplinares 119
Reflexiones finales 126
Referencias 127

Capítulo 5 Derechos territoriales colectivos vs. derechos de propiedad colectiva: ganancias y pérdidas del uso del marco de los derechos de propiedad para la comprensión de los derechos étnico-territoriales en Colombia
Tatiana Alfonso 131
"La" propiedad *vs*. la propiedad colectiva de grupos étnicos en América Latina 133
De la propiedad al territorio: dimensiones de la propiedad colectiva de grupos étnicos en Colombia 136
La propiedad colectiva en acción: territorio y propiedad de los grupos étnicos en Colombia 139
Referencias 145

Capítulo 6 Las propiedades de la deuda: reciprocidad, precariedad y obligación social en Medellín
Meghan L. Morris 147
Introducción 147
Reciprocidad y precariedad en la alta comuna 152
Una deuda con las víctimas 156
Conclusiones 160
Referencias 165

propiedad sobre la tierra.indd 8 2/11/21 11:41 a.m.

Capítulo 7 El rol de los abogados y las organizaciones de derechos humanos en la exigibilidad del derecho a la propiedad sobre la tierra
Lina María Arroyave Velásquez 167
Introducción 167
Caracterización de las ONG de derechos humanos y firmas de abogados de derecho privado especializadas en materia de tierras 171
Análisis de sentencias de jurisdicción ordinaria y la jurisdicción de restitución de tierras 181
Conclusiones 185
Referencias 187

Capítulo 8 El despojo de tierras en Colombia: ¿un ciclo interminable?
María Paula Saffon Sanín 191
La primera coyuntura crítica de despojos 194
Los legados políticos del despojo 197
Reforma agraria fracasada y conflicto armado 200
El ciclo de despojos y violencia 204
¿Se puede romper el ciclo? 205
Referencias 210

Capítulo 9 Los derechos de los inversores extranjeros sobre la tierra según los tratados de protección de inversiones: una visión desde Latinoamérica
Nicolás M. Perrone 215
Introducción 215
Los TPIE y los derechos de propiedad de los inversores extranjeros sobre la tierra y los emprendimientos agrícolas 218
La fórmula de las expectativas legítimas y los derechos de propiedad de los inversores extranjeros 226
Los derechos de los inversores extranjeros sobre la tierra según los TPIE: efectos para la política pública 232
Conclusiones 238
Referencias 239

Sobre los autores 245

propiedad sobre la tierra.indd 9 2/11/21 11:41 a.m.

INTRODUCCIÓN

Tatiana Alfonso
Helena Alviar García

Los debates sobre la distribución de la tierra en muchas o pocas cabezas parecían haberse acabado después de la ola de reformas agrarias de mitad del siglo XX, los debates sobre su éxito o fracaso redistributivo y el posterior surgimiento de políticas rurales, predominantemente liberales, en la década de los noventa, que parecían afirmar que lo relevante ya no era distribuir la tierra sino hacerla productiva.

Las reformas agrarias de América Latina fueron uno de los temas centrales de los estudios sobre la tierra en la década de los sesenta y su auge como objeto de investigación duró, sin duda, hasta la década de los ochenta. En los noventa, el interés por las reformas agrarias y la distribución de la tierra parecían objeto exclusivo de la investigación histórica[1]. En el siglo XXI, a propósito de las discusiones sobre pobreza rural y desarrollo agroindustrial en la globalización, el interés por las reformas agrarias retornó no solo para evaluar el pasado y aprender lecciones sino para evaluar los propósitos de los tipos de asignación de tierras y usos en el campo, dando lugar a tipologías sobre las orientaciones de las reformas, ahora mayoritariamente orientadas a privilegiar mecanismos de mercado y visiones liberales de la economía[2].

En el contexto colombiano, la reforma agraria se consideró fallida desde la reforma de 1936 y a pesar de los subsecuentes reconocimientos de la función social de la propiedad rural, que parecía dotar de un ímpetu redistributivo a la asignación de tierras rurales[3]; los análisis sobre la distribución pasaron a los espacios

1 Véanse Cristóbal Kay, "Land Reform in Latin America: Past, Present and Future", reseña de estos cuatro trabajos: Michael Albertus, *Autocracy and Redistribution: The Politics of Land Reform* (Nueva York: Cambridge University Press, 2015); Miguel Carter (ed.), *Challenging Social Inequality: The Landless Rural Workers Movement and Agrarian Reform in Brazil* (Durham, NC: Duke University Press, 2015); Tore C. Olsson, *Agrarian Crossings: Reformers and the Remaking of the US and Mexican Countryside* (Princeton: Princeton University Press, 2017); y Mikael D. Wolfe, *Watering the Revolution: An Environmental and Technological History of Agrarian Reform in Mexico* (Durham: Duke University Press, 2017). Reseña publicada en *Latin American Research Review* 54, n.º 3 (2019).

2 Saturnino M. Borras Jr., Cristóbal Kay y Edward Lahiff (eds.), *Market-Led Agrarian Reform. Critical Perspectives on Neoliberal Land Policies and the Rural Poor* (Nueva York, NY: Routledge, 2008); Edward Lahiff, Saturnino M. Borras, Jr. y Cristobal Kay, "Market-Led Agrarian Reform: Policies, Performance and Prospects", *Third World Quarterly* 28, n.º 8 (2007).

3 Catalina Villegas del Castillo, "¿Es la función social de la propiedad una cláusula de papel?", en *La función social de la propiedad en las constituciones colombianas*, editado por Helena Alviar García

propiedad sobre la tierra.indd 1 2/11/21 11:41 a.m.

académicos, mientras que la discusión de política pública y legislación se enfocó en la creación de condiciones seguras para hacer del campo un sector productivo. La Ley 160 de 1994, a diferencia de la de 1936, no tenía afanes redistributivos sino de organización, formalización y productividad del campo. Para esto se ocupaba de la creación de una institucionalidad nueva que organizaría el campo, la tenencia de la tierra, los derechos y formas de propiedad sobre la tierra rural, y la productividad, que debía derivarse de lo anterior. La implementación de la Ley 160 fue un fracaso[4] que llevó no solo a que el campo se convirtiera en el sector más desorganizado del país, sino a altos niveles de informalidad e inseguridad respecto de la tenencia y la propiedad de la tierra, que se convirtieron en incentivos para la actuación arbitraria de élites políticas y económicas, y actores armados.

A pesar de la importancia y la vigencia de las discusiones originales de las reformas agrarias y sus efectos redistributivos, la discusión no parecía estar centrada en la distribución de la tierra sino en la seguridad en la tenencia y la propiedad, para garantizar el desarrollo económico y los paquetes de inversión rural. Sin embargo, con la aparición y crecimiento exponencial de grandes olas de desplazamiento forzado de poblaciones rurales por causa del conflicto armado revivió el debate distributivo, en conjunción con la importancia de los derechos de propiedad.

A pesar de la proliferación de investigaciones y estudios sobre la importancia de la tierra y su distribución en la reproducción de la violencia en Colombia y de los múltiples diagnósticos sobre los efectos de dicha violencia sobre la población rural y sus derechos de propiedad, el tema de la distribución solo volvió a alcanzar la dimensión de los debates originales de las reformas agrarias cuando se puso sobre la mesa la posibilidad de expedir la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras que, en opinión de algunos, abría la posibilidad de tener una verdadera reforma agraria. En opinión de otros, la restitución era una afrenta directa contra los derechos de propiedad privada que garantizaban el crecimiento económico en el campo y daban seguridad jurídica a las inversiones rurales.

La Ley de Víctimas y Restitución de Tierras fue expedida —después de muchos intentos fallidos— en el 2011 con la entrada de un nuevo Gobierno y con la abierta oposición de muchos "propietarios" que hacían parte de élites políticas y económicas nacionales y regionales. A partir de ese momento, los *viejos* debates sobre la distribución de la tierra en Colombia han estado conectados de forma indisociable a las discusiones sobre la propiedad.

(Bogotá: Universidad de los Andes, 2012); Helena Alviar García, "Más allá de la Constitución: obstáculos a la función social de la propiedad", en *La función social de la propiedad en las constituciones colombianas*, editado por Helena Alviar García (Bogotá: Universidad de los Andes, 2012).

4 Véase el diagnóstico del Observatorio de Tierras de la Universidad del Rosario.

propiedad sobre la tierra.indd 2 2/11/21 11:41 a.m.

Los nuevos dilemas de la distribución de la tierra no se limitan a la repartición de tierra como forma de solución frente a la concentración de la tierra, sino que abordan formas de distribución colectivas, fragmentación de las dimensiones del derecho de propiedad, la propiedad como forma de imaginación jurídica y como herramienta para la ciudadanía.

El libro *Propiedad sobre la tierra en Colombia*

Este surge de las preocupaciones en medio de la transición a la paz con la guerrilla de las FARC en Colombia. El proceso de paz entre el Gobierno colombiano y la guerrilla tuvo y sigue teniendo múltiples características, sin embargo, es innegable que los asuntos rurales y, en particular, los referidos a la tenencia y propiedad sobre la tierra, tuvieron un rol central y protagónico en las discusiones políticas y jurídicas del acuerdo. El conflicto armado colombiano se ha desarrollado, en gran medida, alrededor de la tenencia de la tierra rural por parte de diversos actores que, en sucesivas olas de violencia, se han desplazado de un lugar a otro generando nuevas colonizaciones y caracterizando nuevos despojos.

El libro reúne dos perspectivas teóricas que suelen estar separadas, pero que, en ocasiones, se contraponen como abordajes opuestos en los debates sobre el derecho y las instituciones jurídicas: la teoría crítica y los estudios empíricos. La dicotomía entre crítica y empírica —con tanta historia como los debates sobre distribución de la tierra— puede caracterizarse como irresoluble si nos quedamos con los viejos paradigmas sobre la supuesta investigación empírica como neutral. Sin embargo, esa creencia ha sido desplazada por el reconocimiento de que la investigación empírica no es neutral ni epistemológica ni políticamente y, por tanto, la perspectiva a partir de la cual se construyan y analicen los datos puede estar informada por una perspectiva crítica.

En este volumen, el encuentro entre los estudios críticos y las aproximaciones empíricas (que en ocasiones se traducen en propuestas normativas) también sintetizan el transcurso generacional del entrenamiento crítico en algunos sectores de la academia jurídica colombiana. En esta trayectoria, la llegada de los estudios críticos del derecho al entrenamiento jurídico local marcó una generación de personas que se educaron con la idea de que el derecho, sus normas e instituciones no son neutrales y que, en cambio, tienen efectos directos sobre la manera en que se distribuyen el poder, el dinero y las posibilidades de actuar en una sociedad. A partir de dicho modelo, esta segunda generación —ya con una visión empírica— retorna a formas de investigación empírica para documentar las inequidades y desigualdades que el derecho, como herramienta de poder, crea, reproduce o, eventualmente, corrige.

propiedad sobre la tierra.indd 3 2/11/21 11:41 a.m.

Por otro lado, el libro acerca dos debates que, aunque estrechamente relacionados, suelen estar separados en la literatura académica: las discusiones sobre la distribución de la tierra y las reformas agrarias, por un lado, y los debates sobre la propiedad a partir de la teoría del derecho, por el otro.

El libro está compuesto por nueve capítulos. En los primeros cinco capítulos, el libro presenta varios análisis de los distintos regímenes de propiedad sobre la tierra en Colombia y las implicaciones de estos en términos de distribución de derechos, reconocimiento de relaciones entre la tierra y las personas, y los alcances de los diseños institucionales para garantizar los derechos de propiedad y nuevas distribuciones de la tierra.

En el capítulo 1, Helena Alviar analiza las limitaciones para el acceso a la propiedad rural después de la firma del *Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera* firmado por el Gobierno colombiano y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC), en el 2016. Alviar aboga por una visión compleja de las posibilidades del acuerdo de paz para garantizar la distribución de la propiedad rural en un contexto de justicia transicional. Esta visión parte de una crítica a las visiones liberal y marxista del derecho que, aunque aparentemente opuestas, coinciden en que la identificación de las reglas jurídicas relevantes para pensar la distribución se circunscribe a un área del derecho, lo que genera una falsa fragmentación de los conflictos sociales. A partir de dicha crítica, la autora identifica varios elementos que, estando por fuera de las tradicionales reglas constitucionales y del derecho civil sobre la propiedad, definen el alcance y los límites de la distribución de la tierra en el contexto transicional colombiano. Dichos elementos que hacen parte de diferentes áreas del derecho son, por ejemplo, las decisiones sobre gasto público, las demandas locales e internacionales de desarrollo sostenible y las disputas entre actores sociales con diferentes tipos de títulos de propiedad. En la conclusión, Alviar advierte que, a diferencia de la uniformidad en la visión sobre desarrollo económico y protección de la propiedad privada del acuerdo de paz, el diseño de políticas públicas rurales en Colombia ha sido fragmentado, heterogéneo y ha tenido efectos diversos para los actores involucrados en el conflicto por la tierra.

En el capítulo 2, Lina Céspedes recrea la discusión sobre los límites entre la propiedad del Estado y la propiedad privada sobre la tierra rural por medio del análisis de las definiciones de dos altas cortes colombianas —la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia— que, desde el 2014 y en el contexto transicional colombiano, han definido los contornos del concepto de tierra baldía —propiedad del Estado—. La autora basa su análisis en la idea de la dicotomía "privada-pública" sobre la propiedad de la tierra como "espacios de pertenencia"

propiedad sobre la tierra.indd 4 2/11/21 11:41 a.m.

que le dan relevancia jurídica a hechos y relaciones respecto del objeto en disputa: la tierra. El análisis de la jurisprudencia abarca las preguntas sobre el origen, la demostración y la gestión de la propiedad, para ilustrar la manera en que las normas jurídicas contribuyen a la conflictividad social en materia de distribución efectiva y ordenada de los recursos en el contexto rural. De acuerdo con el análisis, Céspedes argumenta que las normas en Colombia no han cumplido con el propósito de establecer los parámetros mínimos sobre lo que es del Estado y lo que es de los ciudadanos, con efectos adversos para aquellos que de buena fe han establecido relaciones jurídicas con la tierra para adquirir la propiedad.

En el capítulo 3, Jorge Esquirol analiza el régimen de propiedad creado en Colombia por medio de la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras haciendo énfasis en los cambios que dicha legislación introduce al régimen ordinario de propiedad al establecer un procedimiento especial para acceder a esta, con asistencia técnica estatal, nuevas presunciones de legitimidad y la inversión de la carga de la prueba. Esquirol argumenta que este tipo de régimen, a pesar de haber sido concebido como de transición, sirve de modelo para la implementación de otras políticas de largo plazo con mayor posibilidad de garantizar la propiedad de acuerdo con las circunstancias territoriales de Colombia, como la reforma agraria, la desconcentración de la tenencia de la tierra y la provisión de bienes y servicios básicos para personas de bajos ingresos. En relación con la formalización de la propiedad, en cambio, Esquirol cuestiona la sostenibilidad del modelo planteado en la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras por abocarse exclusivamente a la garantía de la propiedad plena en el sentido clásico del Código Civil.

En el capítulo 4, Carolina Olarte-Olarte analiza cómo el derecho ha configurado una fragmentación ficticia entre el suelo y el subsuelo que supone que diferentes elementos del territorio pueden separarse. De acuerdo con el análisis de Olarte, esta comprensión del territorio ha servido para priorizar y favorecer la explotación del subsuelo como ejercicio de la propiedad pública. El estudio revisa las decisiones de la Corte Constitucional sobre participación local en conflictos socioambientales respecto de decisiones sobre el subsuelo y propone una lectura crítica a partir de la ecología política, la geografía legal y los estudios de ciencia y tecnología. En su lectura, Olarte concluye que la distinción jurídica entre suelo y subsuelo es funcional a distintas formas de despojo, incluso sin disputar los derechos de propiedad.

En el capítulo 5, Tatiana Alfonso analiza los arreglos institucionales y jurídicos que caracterizan la propiedad colectiva de los grupos étnicos en Colombia. El capítulo mapea los estudios teóricos y empíricos sobre los derechos de propiedad colectiva en el país para mostrar que el enfoque privilegiado es el de los derechos

propiedad sobre la tierra.indd 5 2/11/21 11:41 a.m.

culturales, dejando de lado los análisis que parten de los derechos de propiedad. Esta revisión fundamenta un análisis de las implicaciones de esta separación entre el marco étnico-cultural y el de la propiedad sobre la estructura de oportunidades legales para la defensa jurídica de los territorios étnicos. El análisis muestra cómo la evolución del debate sobre la propiedad colectiva en Colombia creó una estructura de oportunidad legal que limita la defensa del territorio de los grupos étnicos a las herramientas de derecho constitucional y excluye herramientas del derecho civil y de la planeación urbana, y aboga por la necesidad de integrar los conceptos de territorio y propiedad para garantizar mayor autonomía a las comunidades étnicas rurales. Este es un capítulo de transición entre el carácter crítico de los primeros cuatro capítulos y el énfasis más empírico de los siguientes textos porque combina el componente crítico para comprender las limitaciones de la comprensión del derecho a la propiedad colectiva en términos culturalistas, con información y análisis empírico de algunos casos y conflictos en los que el tratamiento del territorio étnico como un derecho exclusivamente cultural constituye un límite para generar redistribución territorial y económica para los grupos étnicos.

En los siguientes cuatro textos —a diferencia del énfasis en los regímenes de propiedad de los primeros cinco capítulos—, los análisis se concentran en la forma en que los actores sociales moldean los derechos y las relaciones de propiedad en Colombia. Este grupo de capítulos comparte también un enfoque más empírico en tanto sus argumentos, conclusiones y alcances explicativos están construidos a partir de investigaciones empíricas concretas.

En el capítulo 6, Lina Arroyave analiza el rol de los abogados en el impulso distributivo de la tierra en Colombia a través de la adjudicación judicial de derechos de propiedad. La autora parte del supuesto de que la manera en que el derecho tramita conflictos sociales tiene por lo menos tres efectos generales: la definición del conflicto a través de la manera en que se *nombran*; los efectos de dichas formas de nombrar los conflictos sociales en términos de exigibilidad jurídica; y el tipo de intereses a los que responden los abogados cuando se involucran en disputas por la tierra en Colombia. El análisis de Arroyave está basado en una comparación de decisiones judiciales sobre propiedad de la tierra rural en la jurisdicción ordinaria y en la jurisdicción especial de restitución de tierras. La comparación responde a la necesidad de analizar si el uso de argumentos tradicionales de derecho civil, en contraste con el uso de dichos argumentos a la luz de estándares de derechos humanos y de la vocación transicional de la restitución de tierras, marca o no una diferencia en la estructura de tenencia de la tierra anterior a la expedición de la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras, en el 2011. La

propiedad sobre la tierra.indd 6 2/11/21 11:41 a.m.

autora del capítulo identifica los *tipos* de profesionales jurídicos involucrados en los reclamos de tierras en las dos jurisdicciones y, a partir de ello, mapea actores específicos que han usado las dos jurisdicciones para reclamar la propiedad sobre la tierra, las rutas jurídicas que emplean unos y otros y la forma en que esto afecta a las comunidades étnicas y campesinas en el acceso a servicios legales en materia de acceso a la propiedad rural. El capítulo contribuye a la comprensión de la forma en que la oferta de servicios legales y las prácticas de los profesionales jurídicos (individuos y organizaciones) han contribuido a la transformación del debate sobre la propiedad de uno típicamente de derecho civil a uno de interés público y derechos humanos. Finalmente, la autora identifica mayor potencial de impulso distributivo en aquellas organizaciones y profesionales jurídicos que tienden a prestar sus servicios —muchas veces sin remuneración— a comunidades e individuos rurales y que utilizan la jurisdicción de restitución de tierras. De manera inversa se encuentran las empresas o los conglomerados nacionales e internacionales que acuden a la justicia para pedir la protección de sus derechos de propiedad por medio de firmas con servicios especializados altamente remunerados, que tienden a acudir a la jurisdicción ordinaria.

En el capítulo 7, Meghan Morris presenta una etnografía en Medellín en la que muestra y analiza la manera en que las relaciones entre los ciudadanos y el Estado colombiano en el contexto del conflicto armado han sido articuladas por medio de nociones de deuda pública y privada alrededor de la propiedad. La autora realizó su trabajo etnográfico en la ciudad de Medellín entre el 2013 y el 2015, lo que le permite no solo identificar las múltiples formas en las que opera la deuda que subyace a la propiedad en la ciudad, sino rastrear cómo dichas concepciones sobre la deuda se relacionan con las economías locales, desde los mercados manejados por grupos al margen de la ley hasta los programas oficiales de reparación y relocalización para personas desplazadas por la violencia. El capítulo de Morris es un lente de gran riqueza cualitativa para comprender cómo las concepciones sobre la propiedad y sus correlatos de deuda y crédito en el contexto del conflicto colombiano definen gran parte de las formas en que los ciudadanos entienden y abordan sus relaciones con el Estado. La autora hace una contribución teórica fundamental al conectar en su análisis etnográfico dos tipos de literatura que usualmente no dialogan: los análisis antropológicos clásicos sobre los significados morales y materiales de la deuda y el crédito con la literatura jurídica sobre la propiedad.

En el capítulo 8, María Paula Saffon Sanín presenta un análisis histórico de la relación entre despojo territorial y derechos de propiedad en Colombia. Traza la primera coyuntura crítica que marca una ola de despojos hasta finales del siglo XIX y comienzos del siglo XX, con la industrialización y el *boom* exportador.

propiedad sobre la tierra.indd 7 2/11/21 11:41 a.m.

De acuerdo con la autora, en el caso colombiano, las tierras objetivo de acumulación fueron aquellas aptas para cultivos de exportación que estaban ocupadas por colonos campesinos con derechos de posesión y, por tanto, su defensa y protección dependían de las relaciones fácticas de poder y no de las relaciones jurídicas. Desde ese momento es posible trazar la asimetría entre los colonos y las élites de poder interesadas en la obtención de la tierra; estas últimas, a su vez, tenían mayor capacidad de desplegar estrategias para legalizar los despojos y obtener derechos de propiedad a su nombre. Este primer despojo en la historia derivó en procesos de movilización social y política que terminaron en la Ley 200 de 1936. Pero esta, en lugar de convertirse en una reforma agraria, creó los incentivos para que los terratenientes amenazaran a los colonos y los desalojaran, utilizando los mecanismos legales a su favor. Los conflictos alrededor de la tierra se incrementaron dando lugar a la formación de grupos guerrilleros campesinos y, posteriormente, a nuevos y recurrentes ciclos de despojo que han profundizado las inconformidades y reclamos por la distribución de la tierra en Colombia. En la última sección del capítulo, la autora aplica el argumento de los ciclos de despojo y sus factores estructurales a la situación actual de la distribución de la tierra en el país, mostrando la persistencia de las fallas en el diseño institucional y la falta de voluntad política de las élites para generar nuevas distribuciones de la tierra. Este capítulo muestra una perspectiva amplia de los ciclos recurrentes y repetidos de luchas por la distribución de la tierra en Colombia.

Finalmente, el libro incluye la reimpresión de un texto en el que Nicolás Perrone analiza los derechos de inversores extranjeros sobre la tierra en América Latina. Este capítulo cierra el libro como un recordatorio de la importancia de analizar y entender los derechos de propiedad sobre la tierra y los debates sobre la distribución con una perspectiva regional y global.

REFERENCIAS

Albertus, Michael. *Autocracy and Redistribution: The Politics of Land Reform*. Nueva York: Cambridge University Press, 2015.

Alviar, Helena. "Más allá de la Constitución: Obstáculos a la función social de la propiedad". En *La función social de la propiedad en las constituciones colombianas*, editado por Helena Alviar García. Bogotá: Universidad de los Andes, 2012.

Borras Jr., Saturnino M., Cristóbal Kay y Edward Lahiff (eds). *Market-Led Agrarian Reform. Critical Perspectives on Neoliberal Land Policies and the Rural Poor*. Nueva York: Routledge, 2008.

propiedad sobre la tierra.indd 8 2/11/21 11:41 a.m.

Carter, Miguel (ed.). *Challenging Social Inequality: The Landless Rural Workers Movement and Agrarian Reform in Brazil.* Durham, NC: Duke University Press, 2015.

Kay, Cristóbal. "Land Reform in Latin America: Past, Present and Future". *Latin American Research Review* 54, n.º 3 (2019): 747-755.

Lahiff, Edward, Saturnino M. Borras, Jr. y Cristobal Kay. "Market-Led Agrarian Reform: Policies, Performance and Prospects". *Third World Quarterly* 28, n.º 8 (2007): 1417-1436.

Olsson, Tore C. *Agrarian Crossings: Reformers and the Remaking of the* US *and Mexican Countryside.* Princeton: Princeton University Press, 2017.

Villegas del Castillo, Catalina. "¿Es la función social de la propiedad una cláusula de papel?". En *La función social de la propiedad en las constituciones colombianas*, editado por Helena Alviar García. Bogotá: Universidad de los Andes, 2012.

Wolfe, Mikael D. *Watering the Revolution: An Environmental and Technological History of Agrarian Reform in Mexico.* Durham: Duke University Press, 2017.

propiedad sobre la tierra.indd 9 2/11/21 11:41 a.m.

CAPÍTULO 1

DERECHOS DE PROPIEDAD RURAL Y DESARROLLO ECONÓMICO EN TIEMPOS DE TRANSICIÓN: DESEMPACANDO LA LUCHA*

Helena Alviar García

INTRODUCCIÓN

Durante la primera década de mi vida académica, tras haber culminado mi tesis doctoral a finales de los noventa, estaba convencida de que el origen de la concentración de la propiedad rural en Colombia se debía a que el Estado había sido incapaz de aplicar la función social de la propiedad a pesar de haber sido incluida en la Constitución desde 1936[1] y reafirmada en la Carta de 1991[2]. Desde mi punto de vista, informado por años de escritura e investigación, el derecho debía desempeñar un papel fundamental en la redistribución de grandes extensiones de tierra que son propiedad de unos pocos.

Adicionalmente, mi trabajo académico criticaba que la escasa distribución de tierra que se había efectuado se hubiera centrado en la adjudicación de bienes baldíos. Esta adjudicación no solo había dejado intacta la concentración de la propiedad, sino que, además, la propiedad rural a la que tuvieron acceso los campesinos sin tierra se encontraba en lugares remotos con poco acceso a carreteras,

* Para citar este capítulo: http://dx.doi.org/10.15425/2017.395

1 La Constitución Colombiana de 1886 fue modificada en 1936 para incluir el siguiente texto: "La propiedad es una función social que implica obligaciones". Acto Legislativo 01, 22 de agosto de 1936, *Diario Oficial* 23263, 5. Para más información sobre esa reforma véase Helena Alviar García, "Leon Duguit's Influence in Colombia: The Lost Opportunity of a Potentially Progressive Reform", en *Order from Transfer-Comparative Constitutional Design and Legal Culture,* editado por Günter Frankenberg (Reino Unido: Edward Elgar Publishing, 2013), 306-321.

2 La Constitución de 1991 incluye la función ecológica junto con la función social. Dice el artículo 58: "La propiedad es una función social que implica obligaciones. Como tal, le es inherente una función ecológica". La Corte Constitucional ha desarrollado extensamente estos conceptos. Como ejemplo, en el 2006 estableció: "Para lograr el desarrollo sostenible se ha admitido por la jurisprudencia de esta Corporación, que a partir de la función ecológica que establece la Constitución Política en el artículo 58, se puedan imponer por el legislador límites o condiciones que restrinjan el ejercicio de los atributos de la propiedad privada, siempre y cuando dichas restricciones sean razonables y proporcionadas de modo que no afecten el núcleo esencial del citado derecho". Sentencia C-189 del 2006, Corte Constitucional, M.P. Rodrigo Escobar Gil, consideración 7.

propiedad sobre la tierra.indd 11 2/11/21 11:41 a.m.

ciudades, servicios públicos y era menos productiva o necesitaba de grandes inversiones para serlo[3].

A través de los años mi perspectiva sobre la desigualdad y sus causas ha cambiado considerablemente. El papel que juega el derecho en la distribución de la propiedad fue el primer elemento que empecé a repensar. Llegué a la conclusión de que la consagración constitucional de la función social de la propiedad era solo el primer paso en una larga batalla. En otras palabras, el derecho no se reduce a disposiciones constitucionales, sino que pasa también por regulaciones administrativas, interpretaciones judiciales y doctrina[4].

Adicionalmente, siempre he estado interesada en las discusiones relacionadas con los fundamentos ideológicos de la propiedad y su interacción con debates sobre desarrollo económico en América Latina. En textos anteriores he argumentado que coexisten tres maneras de interpretar la relación entre propiedad y desarrollo económico. En primer lugar está la visión liberal clásica, que la entiende cómo un problema de falta de modernización e inexistencia o debilidad de las instituciones del mercado que resultan necesarias para la adecuada redistribución de los recursos[5], y la solución planteada es la formalización de la propiedad. En segundo lugar estaría el liberalismo intervencionista, que considera que la distribución debe ser liderada por el Estado y redefine la propiedad no como un derecho individual absoluto sino como una función social que conlleva responsabilidades[6]. Opuesta a estas dos opciones se encuentra la propuesta inspirada por

3 En un artículo previo muestro la debilidad del impulso redistributivo: "The 1961 reform faced several obstacles. First, instead of redistributing concentrated property, a large amount of the granted plots were in frontier lands lacking access to water or roads because of their remote locations and were therefore unsuited for agriculture. The Institute [in charge of land distribution] did not distribute land at an efficient rate: of the 2,454,000 hectares acquired, only 5,000 were granted to 281 beneficiaries". Helena Alviar García, "The Unending Quest for Land: The Tale of Broken Constitutional Promises", *The Texas Law Review* 89 (2011): 1895-1914, http://texaslawreview.org/wp-content/uploads/2015/08/Alviar-Garc--a-89-TLR-1895.pdf.

4 Abordé esta propuesta en un capítulo publicado en el 2017: "In my opinion, redistribution is stalled by the coexistence of different definitions of property. In addition, the concentration of resources for economic development plans that privilege a liberal classical view of growth, property and distribution; existing conflicts between access to land, the right to work and the right to develop enterprises, as well as the contradiction between among diverse actors: indigenous groups, afro-descendants and peasants, who may be granted property titles". Helena Alviar García, "Looking beyond the Constitution: The Social and Ecological Function of Property", en *Comparative Constitutional Law in Latin America*, editado por Rosalind Dixon y Tom Ginsburg (Northampton, Massachusetts: Edward Elgar Publishing, 2017), 153-175.

5 Los creadores de política pública se basan en la idea de Hernando de Soto de la formalización de la propiedad: "Any asset whose economic and social aspects are not fixed in a formal property system are extremely hard to move in the market [...] Without such a system, any trade of an asset, say a piece of real estate, requires an enormous effort just to determine the basics of the transaction". Hernando de Soto, "The Mystery of Capital", *Finance and Development* 38 (2001): 30.

6 "Since the early 1900's, constitutions in Latin America have included the social function of property, a limitation on property as a natural, fundamental, individual right, which in turn demands a more active role for the state in order to promote social policy." Helena Alviar García, "Leon Duguit's

propiedad sobre la tierra.indd 12 2/11/21 11:41 a.m.

la Teoría de la Dependencia, que critica la propiedad privada y hace un llamado por la nacionalización y socialización de la propiedad individual[7].

Cada una de las interpretaciones anteriores ha tenido desarrollos constitucionales y legales en diferentes países de América Latina. Muchos académicos y activistas les han apostado a arreglos constitucionales para transformar la distribución de recursos en la región. Mi proyecto intelectual reciente ha sido entender las limitaciones que conlleva centrar todas las esperanzas en la transformación constitucional.

Dados estos antecedentes, el objetivo de este capítulo es analizar las limitaciones que tiene el acceso a la propiedad rural luego del *Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera* firmado por el Gobierno colombiano y las FARC. Mi argumento principal es que la distribución de la propiedad rural en un contexto de justicia transicional incluye un rango de asuntos que no solo incluyen las definiciones de propiedad del Código Civil, las disposiciones constitucionales que exigen la función social, las normas transicionales sobre la restitución, reparación o acceso privilegiado a la propiedad sino muchos otras leyes y políticas públicas. Entre ellas: decisiones sobre gasto público que se concentran en promover exportaciones agroindustriales a expensas de la producción campesina; demandas locales e internacionales de desarrollo sostenible; y disputas entre latifundistas, pequeños propietarios o comunidades con títulos de propiedad colectiva.

Para cumplir el objetivo de presentar una visión más compleja de las posibilidades del Acuerdo Rural Integral, este texto se dividirá en cuatro partes. Primero, presentaré los elementos de una comprensión más compleja del derecho. Dado que el capítulo se concentra en la propiedad rural, la segunda parte se concentrará en entender qué es lo que le da valor a la tierra, más allá de la oferta y la demanda. Esta descripción es importante pues ilustra la cantidad de normas jurídicas que entran en juego más allá de la justicia transicional y el régimen de propiedad. Luego, en aras de presentar un ejemplo que cristalice mi propuesta, analizaré el debate alrededor de la distribución de baldíos durante y después del proceso de paz. Finalmente, presentaré algunas conclusiones.

Influence in Colombia: The Lost Opportunity of a Potentially Progressive Reform", en *Order from Transfer-Comparative Constitutional Design and Legal Culture*, editado por Günter Frankenberg (Reino Unido: Edward Elgar Publishing, 2013), 306.

7 Para un análisis profundo de un experimento dependentista véase Debra Evenson, *La Revolución en la balanza: Derecho y sociedad en Cuba contemporánea* (Bogotá: ILSA, 1994).

propiedad sobre la tierra.indd 13 2/11/21 11:41 a.m.

REPENSANDO EL DERECHO

Hay una multiplicidad de ideas sobre el derecho que los académicos legales y los científicos sociales deben repensar. La primera es la comprensión del derecho o como totalmente neutral (liberales) o como estructuralmente sesgado (marxista)[8].

Desde la perspectiva de la teoría liberal, la neutralidad se debe a que las leyes son debatidas democráticamente y aprobadas formalmente por el Congreso. Son herramientas que regulan la interacción entre los ciudadanos (a través del derecho privado que regula los contratos) o instrumentos encaminados a transformar la sociedad (despenalizando el aborto o permitiendo el matrimonio entre parejas del mismo sexo). Como consecuencia, son el reflejo de la pluralidad de intereses nacionales, en un momento histórico específico. Desde esta perspectiva teórica, si el derecho contribuye a la desigualdad es debido a errores de los legisladores; un Congreso sesgado debido al poder de ciertos actores e intereses económicos; una brecha entre el derecho de los libros y el derecho en acción; o la ausencia de voluntad política por parte de las élites gobernantes para lograr sociedades más justas.

Por otra parte, desde una perspectiva marxista el derecho no es neutral, sino que, por el contrario, es una herramienta con la que las élites capitalistas dominan y explotan a la clase trabajadora. Bajo esa interpretación, el derecho es una fuerza determinante de dominación.

Para cualquiera de las dos visiones, las reglas relevantes para abordar cualquier problema se circunscriben a un área del derecho. Considero que esta es una manera inadecuada de entender cómo funciona el derecho. Después de todo, la arquitectura legal está compuesta por capas de reformas y regulaciones. En parte por esa razón, pero también por el contexto histórico, el contexto económico y el espacio geopolítico que ocupa un país, es una hazaña imposible separar, por ejemplo, el derecho público del privado, el derecho de propiedad del derecho penal, el derecho de familia del derecho laboral y el derecho local del transnacional.

8 En esta clasificación me inspiro en el trabajo de Duncan Kennedy, que describe la interpretación del derecho de liberales y marxistas en los siguientes términos: "In the liberal model, law plays a major role in the form of 'the rule of law', a defining element in the liberal conception of a good society. But the content of the background of legal rules is seen to flow either as a matter of logic from regime-defining first principles (rights of bodily security, private property, freedom of contract) or from the will of the people, or from both together in some complex combination. The distributive issue is present, but understood as a matter of legislative intervention (e.g., progressive taxation, labor legislation) to achieve distributive objectives by superimposition on an essentially apolitical private law background. […] In conventional Marxist accounts, law plays a minor role because the 'relations of production' determine distribution". Duncan Kennedy, "The Stakes of Law, or Hale and Foucault!", *Legal Studies Forum* 15, n.º 4 (1991): 327-366, http://duncankennedy.net/documents/The%20Stakes%20of%20Law%20or%20Hale%20and%20Foucault%20_%20J%20Leg%20Stud.pdf.

propiedad sobre la tierra.indd 14 2/11/21 11:41 a.m.

Por lo tanto, el contenido del derecho es resultado de una relación dinámica, una lucha continua por el significado de los textos constitucionales, las leyes y las políticas públicas. En este sentido, el derecho no es un conjunto de reglas claramente escritas, aplicadas de manera consistente y predecible. Por el contrario, es un campo de batalla en el que en algún momento dado hay interpretaciones que compiten entre sí; actores que tratan de imponer su visión particular de lo que debería ser; instituciones llenas de burócratas que tienen el poder discrecional de decidir su contenido y jueces que desentrañan su significado de acuerdo con sus antecedentes teóricos.

Al desempacar a los distintos actores, instituciones y posibilidades interpretativas se revela la idea de que la aplicación o el ejercicio del poder conferido por el derecho no es natural o invisible. Está determinado por decisiones específicas y opciones políticas que a cada momento terminan beneficiando a algunos actores y afectando a otros.

En suma, el derecho no es ni un instrumento para promover el cambio, ni un marco imparcial o neutral, ni una jaula rígida. En cambio, lo que este capítulo propone es que el derecho es indeterminado, que conlleva más negociación que adjudicación, que está moldeado por muchas fuerzas, así como por una diversidad de reglas.

¿QUÉ LE DA VALOR A LA PROPIEDAD?

Cuando se considera la propiedad en el marco de un sistema de justicia tradicional, lo que se entiende por derecho de propiedad se traduce en el valor que tiene o no la tierra. Como consecuencia, en esta sección propongo una forma distinta de evaluar el precio de la propiedad rural.

Según la visión tradicional, el precio de la tierra corresponde al valor del mercado[9]. A su turno, el valor del mercado está determinado tanto por la oferta y la demanda, el acceso a recursos públicos y privados, así como a crédito o autopistas, puertos y aeropuertos[10].

Mi propuesta está dirigida a incluir dentro del valor de la tierra algunos elementos adicionales que, espero, permitan comprender lo que está en juego luego

9 Para un análisis interesante de las tendencias en Colombia véase "¿Dónde está la tierra más barata y más cara de Colombia?", *El Colombiano,* 22 de mayo del 2017, http://www.elcolombiano.com/colombia/donde-esta-la-tierra-mas-barata-y-mas-cara-de-colombia-LK6581937.

10 "¿Dónde está la tierra más barata y más cara de Colombia?", *El Colombiano,* 22 de mayo del 2017, http://www.elcolombiano.com/colombia/donde-esta-la-tierra-mas-barata-y-mas-cara-de-colombia-LK6581937.

propiedad sobre la tierra.indd 15 2/11/21 11:41 a.m.

de haberse firmado el Acuerdo de Paz. En este sentido, la lucha por la propiedad en Colombia está relacionada con el acceso a la tierra como un activo en forma de parcelas destinadas a la producción agrícola en pequeña escala frente a las demandas de empresarios, actores agroindustriales, la explotación minera, los títulos de propiedad colectiva y actividades ilegales.

De acuerdo con un estudio realizado por el PNUD[11], el estilo de producción campesina (en parcelas de pequeña y mediana escala con poca inversión, dedicados al consumo del hogar o a la venta a baja escala de productos en cultivos rotativos, como cereales, algodón, soja y maíz) ha disminuido significativamente desde 1985. Ha sido reemplazada por un estilo de producción capitalista: grandes extensiones de tierra, mayor nivel de inversión, productos para exportación, con cultivos permanentes como palma de aceite, flores y plátano.

Por otra parte, distintos proyectos mineros, tanto legales como ilegales, ejercen presión sobre el valor de la tierra. Al menos desde el 2001, la minería ha crecido exponencialmente[12] y ha pasado a ocupar un lugar privilegiado en los planes de desarrollo económico, destinación de recursos e inversión extranjera, lo que se ha traducido tanto en leyes como en regulaciones administrativas.

La tierra también tiene valor al garantizar la producción de drogas ilícitas, facilitar su transporte y el de otros bienes ilícitos, y para proteger el control regional ejercido por todo tipo de grupos criminales[13]. En este mismo orden de ideas, pueden existir demandas sobre la tierra para acumular grandes extensiones y dedicarlas a la agroindustria u obtener control del territorio para proteger el tránsito de drogas, migrantes o minería ilegal[14], lo que causa un gran desplazamiento de personas.

Finalmente, la protección legal a la propiedad colectiva, la regulación medioambiental y el reciente Acuerdo de Paz son marcos legales adicionales que

11 Centro Nacional de Memoria Histórica, *Tierras y conflictos rurales: historia, políticas agrarias y protagonistas,* coordinado por Rocío Londoño (Bogotá: Centro Nacional de Memoria Histórica, 2016), 296.

12 Sobre la importancia de la minería véase "La paradoja que vive el sector minero en Colombia", *Revista Dinero,* 12 de abril del 2018, https://www.dinero.com/edicion-impresa/negocios/articulo/situacion-del-sector-minero-en-colombia/257223.

13 Un ejemplo reciente es la lucha de la coca en Nariño. Véase Gloria Castrillón, "Nariñenses se sienten engañados con plan de sustitución de coca", *El Espectador*, 30 de octubre del 2018, https://colombia2020.elespectador.com/territorio/narinenses-se-sienten-enganados-con-plan-de-sustitucion-de-cultivos-de-coca.

14 Chocó, una de las regiones más pobres de Colombia, es el ejemplo perfecto de un lugar remoto con pocas vías de acceso e inversión pública, pero donde hay conflicto sobre la propiedad por su posición geográfica, estratégica por sus recursos mineros."Chocó […] Posee importantes fuentes hídricas como los ríos Atrato, San Juan y Baudó, afectados por la minería ilegal de oro […] [Sobre los grupos paramilitares] su ingreso respondía al interés estratégico de controlar rutas del narcotráfico". Defensoría del Pueblo de Colombia, "Informe especial: economías ilegales, actores armados y nuevos escenarios de riesgo en el posacuerdo" (Bogotá: Defensoría del Pueblo de Colombia, 2018), http://www.defensoria.gov.co/public/pdf/economiasilegales.pdf.

propiedad sobre la tierra.indd 16 2/11/21 11:41 a.m.

incidirán sobre el valor de la tierra así como quién es o debe ser su propietario. Estos marcos algunas veces entran en contradicción. Existen muchos ejemplos pero aquí daré solo el de la propiedad colectiva para comunidades afrocolombianas. La Ley 70 de 1993 incluye el proceso y los pasos necesarios para adquirir este tipo de propiedad. Luego de la firma del Acuerdo de Paz, algunas comunidades afro mostraron su preocupación por las tierras que han ocupado históricamente pues aún no han obtenido el título colectivo, a pesar de que por más de veinticinco años han tratado de conseguirlo[15]. Como consecuencia, las tierras que ocupan se consideran baldíos, que son propiedad del Estado. Como baldíos, y según el acuerdo con las FARC, los pequeños campesinos tendrían acceso a los mismos. En palabras de Astolfo Aramburo, miembro del *Proceso de Comunidades Negras* y del *Consejo Nacional de Paz Afrocolombiano* (dos asociaciones que agrupan a los afrocolombianos): "Es necesaria una discusión nacional frente a los baldíos de los que el Estado pretende disponer para los puntos de reforma y desarrollo rural del Acuerdo de Paz. Si bien se busca reformar la estructura del campo en Colombia, esto no se puede dar a merced del despojo de la propiedad colectiva de los pueblos étnicos"[16].

LA REDISTRIBUCIÓN DE LA PROPIEDAD DESPUÉS DEL PROCESO DE PAZ: MOLDEADA POR EL DERECHO

En esta sección presento diferentes maneras en las que el derecho moldea el potencial distributivo del Acuerdo Rural Integral. Es importante entender cómo se desarrolla la batalla legal sobre la propiedad, pues esta delimita algunos elementos del paisaje económico, social y político de los territorios en Colombia. Adicionalmente, apunta a poner de presente los arreglos legales que determinan la distribución de recursos.

Esta descripción también está dirigida a criticar la comprensión superficial y plana que los tecnócratas colombianos tienen de la propiedad. Influenciados por el trabajo de Hernando de Soto en torno a la formalización de la propiedad, los

15 De acuerdo con un artículo publicado después de la firma de los acuerdos: "Según el estudio de la Javeriana, el 39 % de las peticiones de titulación que hicieron en la última década los 271 consejos comunitarios están engavetadas por falta de documentación. Por ejemplo, carecen de la identificación del representante legal de la comunidad respectiva. Sobre otro 29 % de las solicitudes no hay información sobre por qué siguen estancadas". "Comunidades afro temen que Acuerdo de Paz las despoje de tierras", *El Tiempo,* 14 de diciembre del 2017, https://www.eltiempo.com/politica/proceso-de-paz/titulacion-de-tierras-de-las-comunidades-afrodescendientes-161808.

16 "Comunidades afro temen que Acuerdo de Paz las despoje de tierras", *El Tiempo,* 14 de diciembre del 2017, https://www.eltiempo.com/politica/proceso-de-paz/titulacion-de-tierras-de-las-comunidades-afrodescendientes-161808.

propiedad sobre la tierra.indd 17 2/11/21 11:41 a.m.

tecnócratas (en su mayoría economistas)[17] han liderado la regulación de la propiedad en el posconflicto[18]. Parten de una comprensión clásica, individualista y formalista de la propiedad. Eso hace que propongan una solución para acceder a la tierra: lo que se necesita es la formalización de la propiedad.

Sin embargo, la formalización de la propiedad sobre un terreno está determinada por un conjunto de normas que, lejos de ser neutrales, seleccionan ganadores y perdedores. Como consecuencia, legisladores, jueces, reguladores y burócratas tienen la capacidad de definir qué es un baldío y a quién se le debe entregar.

Breve descripción de los antecedentes del Acuerdo Rural Integral

En agosto del 2012, el presidente Santos anunció que el Gobierno colombiano y el movimiento guerrillero de izquierda FARC iniciarían negociaciones de paz en La Habana.

Las negociaciones formales iniciaron en Cuba el 15 de noviembre del 2012. Las partes designaron una agenda de discusión en torno a seis temas: participación política; drogas ilícitas; desarrollo agrario; los derechos de las víctimas; el fin del conflicto; y la implementación, verificación y firma de los acuerdos. En junio del 2014 alcanzaron los términos de la Reforma Rural Integral y casi un año más tarde, en septiembre del 2015, el acuerdo relativo a los derechos de las víctimas. Esta parte del acuerdo incluye tanto reparaciones como indultos por delitos cometidos por las FARC y por el Ejército colombiano. El Acuerdo Final fue firmado el 26 de septiembre del 2016. Se acordó que este debía ser aprobado por votación popular mediante un referendo.

El referendo para validar el Acuerdo de Paz fue derrotado por un estrecho margen de votos. Los promotores del NO (como fueron denominados por la prensa) representan la esencia de la derecha radical del país. Se oponen vigorosamente tanto al contenido económico del Acuerdo como a la inclusión de lo que se denominó *ideología de género.* Como se ha vuelto la regla y no la excepción en las contiendas políticas contemporáneas, los promotores del NO basaron su campaña

17 Esto lo analizo en un trabajo anterior: "Most Colombian technocrats -working in the Ministry of Agriculture as well as leading economic policy advisors- have a classical and formalist definition of property which is privileged in economic development policies and seems to ignore the constitutional, legal and judicial developments. This is important for this text because most public resources are assigned according to this view. In addition and as this section will demonstrate, the classical view has been recently strengthened by the boom of formalization programs set forth by Hernando de Soto about economic development". Helena Alviar García, "Looking beyond the Constitution: The Social and Ecological Function of Property", en *Comparative Constitutional Law in Latin America,* editado por Rosalind Dixon y Tom Ginsburg (Northampton, Massachusetts: Edward Elgar Publishing, 2017), 154.

18 El desarrollo legal se encuentra en el Decreto Ley 902 del 2017.

propiedad sobre la tierra.indd 18 2/11/21 11:41 a.m.

en mentiras. Estas mentiras fueron desde lo caricaturesco (que se iba a cambiar el Himno Nacional) hasta otras más peligrosas (presentando a Colombia como un satélite castro-chavista, diciendo que los miembros desmovilizados de la guerrilla recibirían un salario mensual de seiscientos dólares y afirmando que el Acuerdo incluía la eliminación de la propiedad privada).

Luego del triunfo del NO por un pequeño margen, varios de los artículos de los acuerdos fueron rediseñados, incluyendo la reiteración de que la propiedad privada es sagrada[19].

REFORMA RURAL INTEGRAL: DEFENDIENDO EL MODELO DE DESARROLLO ECONÓMICO EXISTENTE Y LA PROPIEDAD PRIVADA A TODA COSTA

Desde las etapas iniciales, el Gobierno de Santos insistió que nada relacionado con la propiedad privada o con el modelo de desarrollo económico cambiaría como resultado de los acuerdos. De hecho, cuando las negociaciones fueron anunciadas en Oslo, el jefe negociador del Gobierno declaró que "ni el modelo de desarrollo económico, ni la doctrina militar, ni la inversión extranjera hacen parte de esta discusión"[20]. Esa idea se repitió con frecuencia y era, en parte, una respuesta a los críticos del proceso de paz: los grandes terratenientes y la mayoría de las grandes empresas. La Federación Colombiana de Ganaderos (Fedegán), por ejemplo, aseguró que los negociadores de las FARC pedían la expropiación escondida dentro del acuerdo de reforma agraria[21]. Iván Márquez, el jefe del equipo negociador de la guerrilla respondió a los argumentos del Gobierno y de la derecha radical diciendo que "la paz no solo significa el silencio de los fusiles. Significa transformar la estructura política, militar y económica del Estado"[22].

Tras la lectura del Acuerdo, sin embargo, queda claro que el Gobierno ganó esa batalla. La distribución de recursos a duras penas aparece en el documento, lo que hasta cierto punto sorprendente dado el abismo ideológico entre las partes[23].

19 Helena Alviar García, *La lucha por el género en la paz* (Bogotá: Ediciones Uniandes, 2019).

20 Marisol Gómez Giraldo, "'Ni modelo económico ni doctrina militar están en discusión': Gobierno", *El Tiempo*, 18 de octubre del 2012, https://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-12314542

21 "Críticos del Proceso de Paz... No solo es Uribe", *Semana*, 15 de septiembre del 2012, https://www.semana.com/nacion/articulo/criticos-del-proceso-paz-no-solo-uribe/264797-3.

22 "Iván Márquez: 'La paz no solo significa el silenciamiento de fusiles'", *El Nacional*, 19 de octubre del 2012, http://www.el-nacional.com/noticias/mundo/santos-paz-silenciar-fusiles-sino-transformar-estructura-del-estado_168204.

23 Para una discusión sobre estas políticas véase Helena Alviar García, "La discusión en torno a la política de desarrollo agrario: ¿Perspectivas encontradas? ¿Nuevas soluciones?", en *Perspectivas jurídicas*

propiedad sobre la tierra.indd 19 2/11/21 11:41 a.m.

La palabra distribución aparece reemplazada por el término "democratización". Esto no es un reemplazo menor de palabras. La palabra redistribución implica el reconocimiento de los escandalosos niveles de desigualdad en el campo colombiano que han sido ampliamente verificados. En cambio, la palabra democratización enfatiza el acceso y no la acumulación[24].

La Reforma Rural Integral del Acuerdo de Paz se divide en tres temas principales: (1) acceso a la tierra y formalización de los derechos de propiedad; (2) programas de desarrollo con enfoque territorial; y (3) la incorporación de la reforma agraria en los planes nacionales. La mayor parte de las disposiciones en general reiteran políticas que han estado vigentes por mucho tiempo. En términos del acceso a la tierra, el Acuerdo crea el fideicomiso de tierras, llamado Fondo de Tierras, que incluye tierras de propiedad pública que no han sido usadas (una tendencia en la política rural colombiana desde 1930) o que han sido apropiadas ilegalmente y luego recuperadas por el Gobierno; tierras recuperadas con ocasión de los programas fortalecidos de restitución de tierras; y tierras producto de la reconfiguración de fronteras ambientales (figura que existe en la legislación colombiana desde principios de 1950[25]). Además, tierras privadas que no se han usado de acuerdo con la función social y ecológica (que existe en la legislación colombiana desde finales de la década de 1930 para el caso de la función social[26] y desde 1991 para la función ecológica[27]). Finalmente, tierra expropiada para fines sociales y públicos luego de que los propietarios fueran compensados (en vigor desde 1991[28]). La única innovación es la inclusión de *tierras donadas*. Como se puede concluir, esta parte del acuerdo está lejos de ser el espectro radical que describía la derecha colombiana[29].

para la paz, editado por Helena Alviar García e Isabel Cristina Jaramillo (Bogotá: Ediciones Uniandes, 2014).

24 "Primer Capítulo del Acuerdo de Paz entre el Gobierno Colombiano y las FARC, Acuerdo Agrario", en *Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera* (Bogotá: Oficina del Alto Comisionado para la Paz Colombia, 2017), 10-35, http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/herramientas/Documents/Acuerdo-Final-AF-web.pdf.

25 La Ley 2.ª de 1959 declara algunos baldíos como reserva forestal. Esta ley también le permitía al Ministerio de Ambiente cambiar la naturaleza de las reservas forestales a lugares de producción agrícola. Hoy, de acuerdo con la Ley 160 de 1994, la Ley 1448 del 2011 y la Resolución 629 del 2012, art. 1.º, del Ministerio de Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible, se establece que algunos límites medioambientales deben ser reconfigurados para avanzar en programas de desarrollo rural.

26 En relación con la función social de la propiedad, los parámetros para el uso adecuado de la tierra fueron establecidos en la Ley 200 de 1936, art. 1.º.

27 De acuerdo con la Constitución de 1991, art. 58, y la Ley 160 de 1994, art. 52, se establece que la extinción de dominio también es posible en caso de la violación de normas de conservación, mejoramiento y uso racional de los recursos naturales o reglas de preservación del medio ambiente.

28 La expropiación con propósitos sociales o públicos está permitida en la Constitución de 1991, art. 58. El procedimiento para la expropiación está regulado por la Ley 160 de 1994, art. 31 y siguientes.

29 Los recursos para adquirir esas tierras se espera que provengan del extranjero. Principalmente, de la Unión Europea y países desarrollados como Suecia, Noruega, Canadá, Israel, Irlanda, Suiza

propiedad sobre la tierra.indd 20 2/11/21 11:41 a.m.

Adicionalmente, esta parte del acuerdo incluye acceso a condiciones especiales de crédito y programas de subsidio para que campesinos pobres puedan adquirir tierras (en vigor desde 1994[30]), y formalización de la propiedad (que ha sido una bandera de la agenda neoliberal en el campo desde hace diez años[31]). También se reitera la protección de parcelas rurales de propiedad familiar a través de la Unidad Agrícola Familiar (establecida en 1994[32]); la protección de zonas de reserva campesina (vigente desde la década de 1990[33]) y el fortalecimiento de la producción de alimentos por parte de pequeños y medianos agricultores. Los programas de desarrollo con enfoque territorial y una planeación nacional para la reforma agraria, que son los otros dos componentes del acuerdo, incluyen la formalización del empleo rural, el mejoramiento de la salud y la educación en el campo y el fortalecimiento del acceso a la tierra para las mujeres. Una vez más, ninguna de esas medidas es novedosa y han existido en la legislación colombiana desde los años setenta.

La batalla después del triunfo del "no" en el referendo

Después de que el Acuerdo de Paz perdiera en el referendo, las partes de la negociación se reunieron e incluyeron la mayor parte de los cambios propuestos por quienes promovían el "NO". Algunos de los cambios eran un esfuerzo por asegurar la protección de la propiedad privada y apaciguar las preocupaciones de las empresas privadas, inversores extranjeros y sus abogados con respecto a la expropiación, garantizando que no había reglas que promovieran o permitieran ningún tipo de expropiación[34]. En ese sentido, la protección de la propiedad privada y la libertad económica se reiteraron como principios rectores del Acuerdo. El siguiente cuadro resume los cambios:

---

y Reino Unido. "Colombia espera US$3300 millones en donaciones para el posconflicto", *El Tiempo*, 8 de septiembre del 2016, www.eltiempo.com/economia/sectores/proceso-de-paz-colombia-espera-us-3-300-millones-en-donaciones-para-el-posconflicto-52212

30 La Constitución de 1991, art. 64, y la Ley 160 de 1994, art. 1.º, establecen la posibilidad de dar créditos a pequeños productores y campesinos. El capítulo IV de esta ley creó el subsidio integral para la adquisición de tierras. Adicionalmente, el artículo 20 de la misma ley, el Acuerdo 310 del 2013 y el Acuerdo 324 del 2013 del Incoder regulan y añaden subsidios adicionales.

31 Leyes 1561 y 1579 del 2012.

32 El capítulo 9.º de la Ley 160 de 1994 regula la Unidad Agrícola Familiar y establece mecanismos de protección. La UAF es el límite mínimo y máximo que puede ser adjudicado. Varía en las regiones de acuerdo con las condiciones para la producción.

33 Las zonas de reserva campesina están reguladas por la Ley 160 de 1994, arts. 79 y siguientes. El procedimiento dirigido a la selección y definición de esas zonas está establecido en el Decreto 1777 de 1996 y el Acuerdo 24 de 1997 del Incora.

34 "Nuevo texto elimina fantasmas de ideología de género y expropiación", *El Tiempo,* 13 de noviembre del 2016, http://www.eltiempo.com/politica/proceso-de-paz/enfoque-de-genero-y-expropiacion-en-el-nuevo-acuerdo-de-paz-47032.

propiedad sobre la tierra.indd 21 2/11/21 11:41 a.m.

Acuerdo firmado en agosto del 2016	Acuerdo firmado en noviembre del 2016
(No existe un párrafo equivalente en la versión original del acuerdo.)	(Después de establecer los recursos de tierra para el Fondo de Tierras de la Reforma Rural Integral) "Los procedimientos de expropiación administrativa […] se aplicarán de conformidad con la Constitución y siguiendo los criterios establecidos en las leyes vigentes"[35].
"Principios: […] Regularización de la propiedad: es decir, lucha contra la ilegalidad en la posesión […] de manera que no se vuelva a acudir a la violencia para resolver los conflictos relacionados con la tierra[36]".	"Principios: […] Regularización de la propiedad: es decir, lucha contra la ilegalidad en la posesión […] de manera que no se vuelva a acudir a la violencia para resolver los conflictos relacionados con la tierra. Nada de lo establecido en el Acuerdo debe afectar el derecho constitucional a la propiedad privada[37]".
(Esta sección no existía en el documento original del acuerdo.)	Principios generales para la implementación: […] Principios democráticos: en la interpretación e implementación del presente Acuerdo y de las normas que lo incorporen al ordenamiento jurídico se respetará el carácter unitario del Estado Social de Derecho, el pluralismo político, las libertades individuales, […] la libertad económica, el derecho a la propiedad privada de todos los ciudadanos […][38].

35 *Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera* (Bogotá: Oficina del Alto Comisionado para la Paz Colombia, 2016), 14, http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/procesos-y-conversaciones/Documentos%20compartidos/24-11-2016NuevoAcuerdoFinal.pdf.

36 *Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera* (Bogotá: Oficina del Alto Comisionado para la Paz Colombia, 2016), 11, http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/procesos-y-conversaciones/Documentos%20compartidos/24-11-2016NuevoAcuerdoFinal.pdf.

37 *Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera* (Bogotá: Oficina del Alto Comisionado para la Paz Colombia, 2016), 13, http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/procesos-y-conversaciones/Documentos%20compartidos/24-11-2016NuevoAcuerdoFinal.pdf.

38 *Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera* (Bogotá: Oficina del Alto Comisionado para la Paz Colombia, 2016), 195, http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/procesos-y-conversaciones/Documentos%20compartidos/24-11-2016NuevoAcuerdoFinal.pdf.

propiedad sobre la tierra.indd 22 2/11/21 11:41 a.m.

En resumen, el temor de los grandes propietarios de la tierra en Colombia que se opusieron al Acuerdo de Paz era infundado. De hecho, mediante su influencia política han promovido leyes que debilitan cualquier iniciativa redistributiva.

La disputa sobre los baldíos: interpretando el derecho para entender su valor

Como mencioné, la adjudicación de baldíos es la principal política del Gobierno colombiano para promover el acceso a la tierra. La ocupación de grandes extensiones de baldíos no tenía límites claros antes de 1961[39]. La Ley 135 de 1961 estableció el límite de tierra que podía ser adjudicada. Después de la Constitución de 1991 se estableció la posibilidad de acceder a un baldío por medio de un título de propiedad colectiva. Este último tipo de propiedad ha crecido significativamente en la segunda mitad del siglo XX y, de hecho, le ha proporcionado a los indígenas y afrodescendientes el 34 % del territorio nacional[40].

Históricamente, la adjudicación de baldíos ha respondido a objetivos variados y algunas veces contradictorios. En el siglo XIX, por ejemplo, el Gobierno utilizó los baldíos para promover la colonización de áreas desoladas en varias zonas del país, como en el departamento de Antioquia. De esta forma, individuos con mucho capital podían adquirir grandes extensiones de tierra, siempre que le dieran un uso productivo. Después, durante el siglo XX, se establecieron límites a la cantidad de tierra del Estado que un individuo podía adquirir. Más tarde, en 1961, se determinó que la cantidad máxima de tierra sería cuatrocientas cincuenta hectáreas por individuo, aunque había varias excepciones que incluían incrementar ese límite a tres mil hectáreas en las zonas más desoladas del territorio[41]. La adjudicación de derechos de propiedad sobre los baldíos se usó también a lo largo del siglo XX para promover proyectos a gran escala, como la concesión de derechos de explotación petrolera a empresas multinacionales en Putumayo[42].

La Ley 160 de 1994 estableció la estructura alrededor de los baldíos. Apenas unos años después de la Constitución de 1991, la ley transformó la forma en que se había estructurado la política agraria, pasando de estar centrada en programas liderados por el Estado a cambio de asistencia para acceder a la tierra por medio del mercado. Esta ley establece como uno de sus objetivos "Regular la ocupación

39 Ley 135 de 1961, art. 29.
40 Johana Herrera Arango, "La tenencia de tierras colectivas en Colombia: Datos y tendencias", *Cifor* 203 (2017), http://www.cifor.org/publications/pdf_files/infobrief/6704-infobrief.pdf
41 Ley 135 de 1961.
42 Centro Nacional de Memoria Histórica, *Petróleo, coca, despojo territorial y organización social en Putumayo* (Bogotá: Centro Nacional de Memoria Histórica, 2015), 228.

propiedad sobre la tierra.indd 23 2/11/21 11:41 a.m.

y aprovechamiento de las tierras baldías de la Nación, dando preferencia en su adjudicación a los campesinos de escasos recursos"[43].

Hay varias formas de adjudicar terrenos baldíos. Primero están las unidades agrícolas familiares (UAF), que hacen referencia al tamaño del predio que necesita una familia en el sector rural para poder vivir del trabajo de la tierra[44]. El tamaño máximo de un predio, hoy en día, lo establece la Agencia Nacional de Tierras (ANT) de acuerdo con particularidades de cada región. Campesinos sin tierra o con poca tierra que puedan probar que no tienen ingresos o que tienen muy pocos ingresos pueden acceder a títulos de propiedad si diseñan un proyecto productivo y consiguen acceso a un subsidio gubernamental o a un crédito. El subsidio puede cubrir hasta el 100 % del valor del proyecto productivo.

Además de otorgar derechos de propiedad a campesinos sin tierra o a pequeños propietarios, hay otras leyes y políticas públicas que estructuran el acceso a la propiedad sobre terrenos baldíos. Entre estos se cuentan las zonas de reserva campesina, en las que la tierra continúa siendo propiedad del Estado, que la arrienda a organizaciones campesinas. También existen las zonas de desarrollo industrial, orientadas a crear producción agrícola a gran escala y que le apuntan a permitir la concentración de baldíos para la agroindustria. Los partidos de izquierda y algunas ONG se opusieron a esta ley argumentando que iba a terminar con la producción a pequeña y mediana escala en muchas zonas del país. A pesar de la oposición, la Corte Constitucional la declaró exequible constitucionalmente[45].

La idea principal del Primer Capítulo del Acuerdo con las FARC es promover el desarrollo rural y mejorar las condiciones de vida de la población rural. Como mencioné, el Acuerdo estableció que se crearía un fideicomiso para la Reforma Rural Integral, con el propósito de democratizar el acceso a la propiedad rural y así beneficiar a los pequeños propietarios o a los campesinos sin tierra. Este incluía el diseño de programas de formalización gratuita para pequeños y medianos predios y el incremento de la cantidad de subsidios para asignar tierras a los campesinos. Adicionalmente, el Acuerdo estableció un límite de siete años para vender la tierra que había sido adjudicada o formalizada como consecuencia de este.

Como ilustra este capítulo, son numerosas las leyes y la regulación que constituyen el régimen de la propiedad en materia de desarrollo rural. En ese sentido, el valor de la tierra o el funcionamiento del mercado está determinado por

43 Ley 160 de 1994, art. 1.º.
44 Ley 160 de 1994, art. 67.
45 María Alejandra Medina C., "Así quedó la ley de Zidres", *El Espectador,* 18 de diciembre del 2018, https://www.elespectador.com/noticias/politica/asi-quedo-ley-de-zidres-articulo-606601; "Corte Constitucional deja en firme ley Zidres", *El Espectador,* 8 de febrero del 2017, https://www.elespectador.com/noticias/judicial/corte-constitucional-deja-en-firme-ley-zidres-articulo-678946.

propiedad sobre la tierra.indd 24 2/11/21 11:41 a.m.

el derecho, su regulación y su adjudicación judicial. Distintas leyes y políticas públicas les otorgan beneficios a diferentes actores, entre ellos, corporaciones e inversionistas extranjeros, pequeños propietarios, emprendedores, campesinos sin tierra, miembros desmovilizados de las FARC, indígenas o afrodescendientes (grupos con títulos colectivos).

CONCLUSIÓN: REINTERPRETANDO EL PROBLEMA AGRARIO A LA LUZ DEL DERECHO

La manera clásica como el desarrollo económico ve al propietario (bien sea una empresa o un individuo) es con muy pocas limitaciones para hacer productivo su uso de la tierra. Según esta misma interpretación, el valor del bien debería fácilmente transitar en el mercado y el Estado traduciría las metas de desarrollo económico de una manera homogénea, de acuerdo con lo consagrado en la Constitución y en las demás disposiciones legales existentes.

En este capítulo he argumentado que el régimen legal de la propiedad no corresponde a esta visión. Por el contrario, el diseño de políticas de desarrollo económico en el campo se ha caracterizado por la multiplicidad de sus actores (empresas locales o extranjeras dedicadas a la agroindustria, agricultores de mediana escala, compañías mineras, pequeños propietarios, campesinos que no son propietarios pero que ocupan tierras, indígenas y afrodescendientes, entre otros). El Estado está lejos de ser homogéneo, representa intereses opuestos y contradictorios. Por ejemplo, permite el crecimiento de exportaciones mineras y agroindustriales; es proteccionista con aquellos productores colombianos que se ven afectados por importaciones, como el sector arrocero; impone reglamentación ambiental incluida en la Constitución y en tratados internacionales, así como lo que incluye el Acuerdo de Paz.

Finalmente, el valor de la tierra va más allá del precio de mercado e incluye el desplazamiento de personas para mecanizar la producción agrícola o para proveer rutas seguras para productos ilegales.

REFERENCIAS

Acto Legislativo 01 de 1936, 22 de agosto, reformatorio de la Constitución. *Diario Oficial* 23263.

Alviar García, Helena. "La discusión en torno a la política de desarrollo agrario: ¿Perspectivas encontradas? ¿Nuevas soluciones?". En *Perspectivas jurídicas*

propiedad sobre la tierra.indd 25 2/11/21 11:41 a.m.

para la paz, editado por Helena Alviar García e Isabel Cristina Jaramillo. Bogotá: Ediciones Uniandes, 2014.

Alviar García, Helena. *La lucha por el género en la paz.* Bogotá: Ediciones Uniandes, 2019.

Alviar García, Helena. "Leon Duguit's Influence in Colombia: The Lost Opportunity of a Potentially Progressive Reform". En *Order from Transfer-Comparative Constitutional Design and Legal Culture,* editado por Günter Frankenberg, 306-321. Reino Unido: Edward Elgar Publishing, 2013.

Alviar García, Helena. "Looking beyond the Constitution: The Social and Ecological Function of Property". En *Comparative Constitutional Law in Latin America*, editado por Rosalind Dixon y Tom Ginsburg, 153-175. Northampton, Massachusetts: Edward Elgar Publishing, 2017.

Alviar García, Helena. "The Unending Quest for Land: The Tale of Broken Constitutional Promises". *The Texas Law Review* 89 (2011): 1895-1914. http://texaslawreview.org/wp-content/uploads/2015/08/Alviar-Garc--a-89-TLR-1895.pdf.

Castrillón, Gloria. "Nariñenses se sienten engañados con plan de sustitución de coca", *El Espectador*, 30 de octubre del 2018, https://colombia2020.elespectador.com/territorio/narinenses-se-sienten-enganados-con-plan-de-sustitucion-de-cultivos-de-coca

Centro Nacional de Memoria Histórica. *Tierras y conflictos rurales: Historia, políticas agrarias y protagonistas,* coordinado por Rocío Londoño, 296. Bogotá: Centro Nacional de Memoria Histórica, 2016.

"Colombia espera US$3300 millones en donaciones para el posconflicto", *El Tiempo*, 8 de septiembre del 2016, www.eltiempo.com/economia/sectores/proceso-de-paz-colombia-espera-us-3-300-millones-en-donaciones-para-el-posconflicto-52212

"Comunidades afro temen que Acuerdo de Paz las despoje de tierras", *El Tiempo,* 14 de diciembre del 2017, https://www.eltiempo.com/politica/proceso-de-paz/titulacion-de-tierras-de-las-comunidades-afrodescendientes-161808.

Constitución de 1991. https://dapre.presidencia.gov.co/normativa/normativa/Constitucion-Politica-Colombia-1991.pdf

Corte Constitucional, Sentencia C-189 del 2006. M.P. Rodrigo Escobar Gil, consideración 7.

"Críticos del Proceso de Paz... No solo es Uribe", *Semana*, 15 de septiembre del 2012, https://www.semana.com/nacion/articulo/criticos-del-proceso-paz-no-solo-uribe/264797-3.

propiedad sobre la tierra.indd 26 2/11/21 11:41 a.m.

Decreto Ley 902 del 2017, por el cual se adoptan medidas para facilitar la implementación de la Reforma Rural Integral contemplada en el Acuerdo Final en materia de tierras, específicamente el procedimiento para el acceso y formalización y el Fondo de Tierras.

Decreto 1777 de 1996, por el cual se reglamenta la creación, los propósitos y el desarrollo de las Zonas de Reserva Campesina.

Defensoría del Pueblo de Colombia. "Informe especial: economías ilegales, actores armados y nuevos escenarios de riesgo en el posacuerdo". Bogotá: Defensoría del Pueblo de Colombia, 2018. http://www.defensoria.gov.co/public/pdf/economiasilegales.pdf.

De Soto, Hernando. "The Mystery of Capital". *Finance and Development* 38 (2001): 30.

"¿Dónde está la tierra más barata y más cara de Colombia?", *El Colombiano,* 22 de mayo del 2017, http://www.elcolombiano.com/colombia/donde-esta-la-tierra-mas-barata-y-mas-cara-de-colombia-LK6581937.

Evenson, Debra. *La Revolución en la balanza: Derecho y sociedad en Cuba contemporánea.* Bogotá: ILSA, 1994.

Gómez Giraldo, Marisol. "'Ni modelo económico ni doctrina militar están en discusión': Gobierno", *El Tiempo*, 18 de octubre del 2012, https://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-12314542

Incora. Acuerdo 24 de 1997, estableció el trámite para la creación de zonas de reservas campesinas.

"Iván Márquez: La paz no solo significa el silenciamiento de fusiles", *El Nacional*, 19 de octubre del 2012, http://www.el-nacional.com/noticias/mundo/santos-paz-silenciar-fusiles-sino-transformar-estructura-del-estado_168204.

Kennedy, Duncan. "The Stakes of Law, or Hale and Foucault!", *Legal Studies Forum* 15, n.º 4 (1991): 327-366. http://duncankennedy.net/documents/The%20Stakes%20of%20Law%20or%20Hale%20and%20Foucault%20_%20J%20Leg%20Stud.pdf.

"La paradoja que vive el sector minero en Colombia", *Revista Dinero,* 12 de abril del 2018, https://www.dinero.com/edicion-impresa/negocios/articulo/situacion-del-sector-minero-en-colombia/257223.

Ministerio de Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible. Resolución 629 del 2012, art. 1.º, por la cual se establecen los requisitos y el procedimiento para la sustracción de áreas de reserva forestal. *Diario Oficial* 48.432.

"Nuevo texto elimina fantasmas de ideología de género y expropiación", *El Tiempo,* 13 de noviembre del 2016, http://www.eltiempo.com/politica/proceso-de-paz/enfoque-de-genero-y-expropiacion-en-el-nuevo-acuerdo-de-paz-47032.

propiedad sobre la tierra.indd 27 2/11/21 11:41 a.m.

"Primer Capítulo del Acuerdo de Paz entre el Gobierno Colombiano y las FARC, Acuerdo Agrario". En *Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera*. Bogotá: Oficina del Alto Comisionado para la Paz Colombia, 2017. http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/herramientas/Documents/Acuerdo-Final-AF-web.pdf.

propiedad sobre la tierra.indd 28 2/11/21 11:41 a.m.

CAPÍTULO 2

REPETICIONES Y CONTINUACIONES: BALDÍOS Y PROPIEDAD PRIVADA EN LA COLOMBIA DEL SIGLO XXI*

Lina M. Céspedes-Báez

La discusión acerca de los baldíos en Colombia ha tomado un nuevo giro en el contexto de la discusión e implementación del Acuerdo de Paz con las antiguas Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia-Ejército del Pueblo (FARC-EP)[1]. Las obligaciones asumidas por el Gobierno nacional en materia de distribución y organización de la propiedad rural en el marco de las negociaciones de paz han forzado una revisión respecto a cómo se determina jurídicamente qué es un baldío, entendido como inmueble que hace parte de la "reserva patrimonial"[2] del Estado. Esto con el fin de identificar cuáles tierras pertenecen a la nación y, por tanto, pueden ser adjudicadas a las poblaciones campesinas "más afectadas por la

* Para citar este capítulo: http://dx.doi.org/10.15425/2017.396

1 Las negociaciones de paz con las FARC comenzaron en el segundo semestre del 2012. Para este fin, las partes negociadoras fijaron una agenda de cinco puntos, el primero de los cuales se relacionó con la propiedad y el desarrollo rural. Los acuerdos sobre este punto fueron finalizados en el 2013. Para ese momento ya era claro que su implementación supondría la determinación de la reserva patrimonial inmueble del Estado. El Acuerdo de Paz en su integridad fue concluido en septiembre del 2016. Este fue sometido a un plebiscito para que el pueblo colombiano manifestara si aceptaba o no lo que había sido acordado. El voto en contra del acuerdo triunfó por una diferencia menor al 1 %. El tema de la propiedad fue uno de los temas que movilizaron algunos de sus opositores. En particular, estos indicaron que el Gobierno había negociado de manera bilateral la política agraria con un grupo que históricamente había sido el enemigo del campo y que el contenido de lo negociado con las FARC abría la puerta para la expropiación administrativa de tierras legalmente adquiridas. Esto provocó que el texto del acuerdo fuera revisado en este y otros puntos identificados como los causantes de su rechazo. En el tema de propiedad, por ejemplo, se incluyó un párrafo que específicamente indicó que la expropiación administrativa y la extinción administrativa del derecho de dominio estaría regida por la Constitución y las leyes vigentes. Véanse Rocío Londoño, "Acuerdo sobre el tema agrario: entre el presente y futuro de la paz", *Razón Pública,* 3 de junio del 2013, https://www.razonpublica.com/index.php/conflicto-drogas-y-paz-temas-30/6876-acuerdo-sobre-el-tema-agrario-entre-el-presente-y-el-futuro-de-la-paz.html; e Iván Duque Márquez, Carlos Holmes Trujillo y Óscar Iván Zuluaga, "'La verdadera paz empieza con el No'", *El Tiempo,* 27 de agosto del 2016, https://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-16684980. Gobierno de Colombia y Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia - Ejército del Pueblo, *Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera* (Bogotá: Ediciones desde abajo, 2017), 39.

2 Julio Andrés Pimiento Echeverri, *Derecho Administrativo de Bienes. Los bienes públicos: historia, clasificación, régimen jurídico* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015), 179.

propiedad sobre la tierra.indd 29 2/11/21 11:41 a.m.

miseria, el abandono y el conflicto"[3], y cuáles son de naturaleza privada y deben ser formalizadas en caso de que su titulación o historia registral no esté en orden.

La Corte Constitucional ha sido un actor determinante en la definición de los contornos de este debate a través de la figura de la revisión de tutela[4]. En la medida en que la entidad encargada de la administración de los baldíos, hoy Agencia Nacional de Tierras (ANT) y en su momento Instituto Colombiano de Desarrollo Rural (Incoder), ha recurrido a la acción de tutela para oponerse a las declaraciones de pertenencia de inmuebles sin matrícula inmobiliaria o sin antecedentes registrales de derechos reales, se ha abierto un espacio para que esta corte no solo intervenga sino defina los elementos esenciales de la problemática. Así mismo, los hechos particulares de las prescripciones adquisitivas de dominio sobre los cuales se ha planteado la discusión han propiciado un enfrentamiento entre la jurisdicción constitucional y la ordinaria que toca los fundamentos mismos de las fronteras entre el derecho público y el privado.

Definir qué es un baldío implica definir qué es propiedad privada. Establecer qué pertenece a la nación y es materia de adjudicación significa ordenar los inmuebles a través de una clasificación que identifique qué está en el dominio del Estado y qué en el de los particulares. Por medio de esta taxonomía, la noción de propiedad se afinca y consolida en una dicotomía que determina un código binario en el que los terrenos son enmarcados en regímenes jurídicos excluyentes y complementarios a la vez. Un inmueble no puede ser público y privado al mismo tiempo, ni algo intermedio; conocer cómo se determina qué es un baldío es saber por contraste dónde se ubica y qué es la propiedad privada.

El estructurar y mantener la dicotomía significa generar, en palabras de Sarah Keenan, específicos "espacios de pertenencia" (*spaces of belonging*), es decir, implica darle relevancia jurídica a ciertos hechos y relaciones respecto del objeto sobre el cual recae la propiedad mientras se oscurecen otros[5]. De la misma manera, esta ordenación también supone establecer un tiempo particular que enmarque esos

3 Gobierno de Colombia y Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia - Ejército del Pueblo, *Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera*, 38.

4 La tutela es una acción constitucional que tiene como fin la protección inmediata de los derechos fundamentales de las personas. La Corte Constitucional tiene la facultad de estudiar los fallos de tutela emitidos por jueces y tribunales inferiores por medio de la institución de la revisión. La selección de las decisiones que serán objeto de revisión es discrecional de la Corte Constitucional. Los criterios de selección que en su momento estableciera la Corte a través del Acuerdo Interno n.º 02 del 2015 son simplemente enunciativos y no son taxativos. La decisión de la revisión de tutelas se lleva a cabo en salas de revisión compuestas por tres magistrados. Esto significa que estas sentencias no son emitidas por la Sala Plena de la Corte Constitucional, a menos que se trate de una sentencia de unificación de jurisprudencia.

5 Sarah Keenan, *Subversive Property. Law and the Production of Spaces of Belonging* (Nueva York: Routledge, 2015), 72-78.

propiedad sobre la tierra.indd 30 2/11/21 11:41 a.m.

hechos y relaciones en una narrativa específica[6]. Abordar el análisis de cómo el derecho colombiano establece las reglas que permiten señalar qué espacio es baldío y cuál no ofrece una oportunidad para examinar cuáles son los procesos con los que se definen qué relaciones y hechos jurídicos son relevantes en la creación y transformación de la propiedad en el país, y evaluar su aceptación y efectividad.

En este artículo se examina concretamente la jurisprudencia producida por la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia a partir del 9 de julio del 2014, fecha en la que aquella corporación emitió su fallo hito, la Sentencia T-488 de revisión de tutela, en la que se declaró la nulidad de un proceso de pertenencia tramitado por la jurisdicción civil, hasta el momento de la redacción de este texto[7]. La importancia de esta sentencia radica en que reactivó una controversia que parecía haber perdido protagonismo en el derecho colombiano, respecto de las pruebas necesarias para acreditar la propiedad privada sobre predios no formalizados a través de titulación y registro de derechos reales. El haberse adentrado en este debate revitalizó la pregunta por el origen, la demostración y la gestión de la propiedad pública y privada, y puso en evidencia las complejas tensiones que se entrecruzan y militan en contra de la definición pacífica de lo que constituye un baldío. En este sentido, la discusión actual tiene ecos de las que se dieron en la primera mitad del siglo XX y algunas nuevas dimensiones, tales como el uso de la acción de tutela, que merecen ser analizadas.

Estudiar la jurisprudencia reciente en el tema de qué es y cómo se prueba la existencia de un baldío permite comprender cómo las normas jurídicas contribuyen a la conflictividad social. Específicamente, la claridad, pertinencia y eficacia de la regulación de la propiedad es determinante para poder distribuir de manera efectiva y ordenada los recursos en un contexto social determinado. Contar con este tipo de reglas permite, no solo reducir costos de información entre las personas que desean adquirir propiedad e incentivar la inversión, sino identificar los derechos y obligaciones que surgen de las posiciones de propietario y no-propietario, reduciendo así las probabilidades de litigio[8]. En el caso de Colombia, el tema de la distribución y formalización de la propiedad rural ha sido identificado como una de las causas del conflicto armado. El Acuerdo de Paz con las FARC pretendió proveer una solución a esta situación. Sin embargo, este parece haber generado la reacción contraria, reavivando una discusión que parecía zanjada, o

6 Keenan, *Subversive Property,* 87-91.
7 La redacción de este artículo finalizó en febrero del 2019.
8 Carol M. Rose, *Property and Persuasion. Essays on the History, Theory, and Rhetoric of Ownership* (Boulder: Westview Press, 1994), 11-20.

propiedad sobre la tierra.indd 31 2/11/21 11:41 a.m.

quizá, simplemente, haciendo evidente que el sistema jurídico colombiano en este aspecto es un complejo y contradictorio entramado de normas.

Este artículo es una contribución al entendimiento de los conceptos y argumentos jurídicos básicos de la controversia actual alrededor del tema de los baldíos en Colombia. El hecho mismo de que exista una discusión intensa respecto de este asunto revela que las normas no han podido cumplir su cometido primordial de establecer parámetros mínimos para determinar qué y cuáles son los inmuebles que tiene el Estado para adjudicar y cuáles ya salieron de su reserva patrimonial para convertirse en privados. Esta situación juega en contra de cada una de las personas que de buena fe han establecido relaciones jurídicas con los inmuebles tendientes a adquirir su propiedad, ya fuera porque aspiraban a obtenerlos de la reserva patrimonial del Estado o del acervo propiamente privado de predios que se encuentran en el mercado.

Con este propósito, este artículo está organizado en cuatro secciones. La primera explica la importancia del concepto de propiedad como organizador jurídico y social, y ofrece un resumen de las teorías clásicas y críticas que pretenden explicarla, con el fin de sustentar por qué la aproximación de Sarah Keenan es adecuada para analizar la controversia alrededor de qué es un baldío. En la segunda se lleva a cabo una exposición breve de la regulación de los baldíos en Colombia y de las tensiones que esta ha venido generando desde el nacimiento de la república. En la tercera se analiza cómo el debate acerca de qué constituye un baldío y cómo se prueba su existencia emergió de nuevo en el contexto de discusión e implementación del Acuerdo de Paz con las FARC. Finalmente, la cuarta sección ofrece una serie de conclusiones.

LA PROPIEDAD COMO ESPACIO Y TIEMPO DE PERTENENCIA

La propiedad es un concepto jurídico y una experiencia. Como concepto, la propiedad juega un papel central en el ordenamiento jurídico a nivel doctrinal y teórico, en la medida en que es considerado el arquetipo de derecho subjetivo que condensa todas las posibles maneras en que los individuos y las comunidades se relacionan con los recursos de su entorno y con sus creaciones intelectuales[9]. En su acepción más tradicional, la propiedad es considerada *el* derecho real por

9 Andries Johannes Van der Walt, "Property and Marginality", en *Property and Community*, editado por Gregory S. Alexander y Eduardo M. Peñalver (Nueva York: Oxford University Press, 2010), 82-83.

propiedad sobre la tierra.indd 32 2/11/21 11:41 a.m.

excelencia que cobija la relación más completa que puede tener un individuo de manera unidireccional con los recursos que se encuentran en el comercio de una sociedad determinada. De esta forma, los orígenes de la propiedad se cuentan ya sea a partir de un derecho natural surgido de la misma condición humana o de un derecho civil pactado a través del contrato social. Así mismo, el tiempo de la propiedad en su concepción más ortodoxa se relata a partir de los modos de adquirirla, transferirla, perderla o destruirla. En este sentido, la propiedad se presenta como abstracta, neutra y sujeta a una temporalidad lineal. La promesa del derecho de propiedad en este contexto teórico es que cualquiera puede acceder a ella, siempre y cuando cumpla con las ritualidades propias para adquirirla y que, de la misma manera, puede deshacerse de ella a través de su transferencia, abandono o destrucción.

Las que han sido llamadas teorías clásicas de la propiedad fueron en su momento contribuciones de pensamiento decisivas ya fuera para hacer frente al poder del rey o para avanzar en las empresas coloniales en territorios como las Américas[10]. Así, sus argumentos estuvieron encaminados a proveer de una protección absoluta a los individuos en su relación con sus bienes o a darle un amplio margen al Estado para definir su contenido y destino. La dicotomía público/privado que atraviesa todo el estudio jurídico de la propiedad parece tener sus raíces en la redefinición de esta alrededor de las luchas liberales y de la consolidación de las colonias en los territorios no europeos ocupados a partir de finales del siglo XV. El uso estratégico de esta nueva forma de entender la propiedad fue determinante en la estructuración del Estado moderno y en el modelamiento de las libertades y derechos predicados del prototipo de individuo asociado en su seno. Así, la propiedad fue entendida como integral a la constitución de ese ciudadano ideal y sus poderes de disposición y exclusión como la expresión de la autonomía propia del individuo moderno. Este derecho, entonces, pasó a encarnar la defensa por excelencia de la esfera privada de las indebidas interferencias del Estado y de los demás particulares. La propiedad pasó a ser así comprendida como la relación jurídica hermética entre un bien y una persona con prescindencia de los demás, incluso del Estado.

La propiedad es uno de los elementos que determina la experiencia en y sobre el mundo. Pone a disposición de los individuos un principio ordenador de la distribución de los recursos y de la relación que las personas tienen con ellos y a partir de ellos. Organizar la realidad entre propietarios y no propietarios ha sido

10 Véase Andrew Fitzmaurice, *Sovereignty, Property and Empire 1500-2000* (Cambridge: Cambridge University Press, 2014).

propiedad sobre la tierra.indd 33 2/11/21 11:41 a.m.

una manera bastante efectiva de reconocer derechos políticos, constituir élites y dibujar líneas de pertenencia a las clases sociales. Las teorías clásicas de la propiedad no abordan de manera abierta estas implicaciones y tienden a enfocarse más bien en la dimensión interna del derecho en lo relativo a las facultades del propietario, las escasas limitaciones a las que está sometido y los beneficios económicos de la institución[11]. Así, la propiedad es presentada como autorreferente: definida por las facultades que otorga y estas facultades son establecidas por medio de su definición. Las teorías críticas de la propiedad han procurado hacer visible la dimensión tautológica de la propiedad y explorar las distintas implicaciones que tiene en la experiencia social.

Las teorías clásicas más conocidas en el tema de propiedad surgieron en parte como una respuesta al dilema de si este derecho era civil o natural. En el trasfondo de esta discusión se encontraba la disputa entre las organizaciones estatales y los particulares por el poder de establecer qué es propiedad y gestionarla. Considerarla natural era defender la propiedad como una realidad objetiva esencial a la naturaleza humana que simplemente necesitaba constatación y reconocimiento por parte del ordenamiento jurídico, como ocurre en el caso de John Locke y Hugo Grocio[12]; el considerarla civil era realzar su carácter contingente y, por tanto, maleable por el derecho. Proudhon, Bentham[13] y, más recientemente, Davis y Gray, entre otros, hacen parte de este último grupo. Su posición no solo permite negar que exista un arquetipo de derecho de propiedad, completo e inmutable que debe ser protegido por el sistema jurídico, sino abre la puerta para analizar con detenimiento por qué razón las sociedades deciden organizar la distribución de recursos a través de dicho concepto. Para Davis, determinar si el derecho de propiedad es civil o natural simplifica completamente la complejidad de los procesos jurídicos, políticos, económicos y culturales que permiten la existencia de un concepto omnicomprensivo como este[14]. Para Gray, la propiedad es un mito colectivo, algo en lo que las personas de la mayoría de las sociedades quieren creer en la medida en que se ajusta a sus necesidades[15].

11 Véase Gregory S. Alexander y Eduardo M. Peñalver, *An Introduction to Property Theory* (Cambridge: Cambridge University Press, 2012).

12 Lina M. Céspedes-Báez *et al.,* "Who Owns the Land? Litigants, Justices, Colonos, and Titleholders' Struggle to Define the Origins of Property in Colombia", *Global Jurist* 15, n.º 3 (2015): 6-11, https://www.degruyter.com/dg/viewarticle/j$002fgj.2015.15.issue-3$002fgj2014-0029$002fgj-2014-0029.xml

13 Thomas W. Merrill *et al.,* "The Morality of Property", *William and Mary Law Review* 48 (2007): 1849.

14 Margaret Davies, *Property. Meanings, Histories, Theories* (Nueva York: Routledge, 2007), kindle location 364-418.

15 Davies, *Property,* kindle location 404; Kevin Gray, "Property in Thin Air", *The Cambridge Law Journal* 50, n.º 2 (1991): 252-307.

propiedad sobre la tierra.indd 34 2/11/21 11:41 a.m.

En la misma línea, un grupo de profesores norteamericanos ha procurado posicionar entendimientos de la propiedad que rompan con el marcado individualismo que se encuentra a la base del concepto, con el objetivo de hacer visible y examinar sus implicaciones sociales. Su propuesta de una "propiedad progresista"[16] se ha orientado a estudiar cuestiones tales como la generación de marginación de ciertas personas a través de la implementación de nociones puramente individualistas de la propiedad; a identificar de qué manera las facultades que se consideran parte del derecho de propiedad determinan los contornos de la responsabilidad de los propietarios y de los no propietarios[17]; y a proponer nuevos diseños para los dilemas planteados por la expropiación y su indemnización a partir de encuadrar el bien expropiado en el contexto social, siempre teniendo en cuenta la función que cumple en la vida de las personas implicadas[18].

Una de las revisiones más interesantes al concepto de propiedad proviene de Sarah Keenan[19]. Su intervención se encuadra en el esfuerzo de la teoría crítica por hacer evidentes las complejas relaciones que crean y sostienen la propiedad. Para ello, esta académica plantea que la propiedad es inestable, se encuentra en constante construcción y genera espacios de pertenencia y no pertenencia para las personas. Así, para ella, la propiedad no es una relación jurídica individual y discreta entre una cosa y un sujeto jurídico, sino un entramado de relaciones jurídicas, políticas, económicas que permiten reconocer la propiedad a ciertos sujetos en ciertos espacios y tiempos determinados. Así, es un "espacio de pertenencia" para individuos y colectivos específicos en un tiempo particular.

La aplicación de la teoría de Keenan permite ver la naturaleza cambiante del derecho de propiedad y explicar, por ejemplo, cómo la situación de las mujeres casadas colombianas antes de 1932[20] era precaria, debido a la imposibilidad de administrar su patrimonio propio y el común fruto del matrimonio. Si bien ellas conservaban la titularidad de sus bienes, lo que significaba que la propiedad estaba en su cabeza, la imposibilidad de manejarlos reducía sustancialmente su poder de propietarias. Es decir, su derecho se llamaba de propiedad, sin embargo, su capacidad de ejercerla era bastante limitada. Su espacio de pertenencia era precario,

16 Gregory S. Alexander *et al.,* "A statement of progressive property", *Cornell Law Review* 94 (2009): 743-744.

17 Joseph William Singer, "How property norms construct the externalities of ownership", en *Property and Community*, editado por Gregory S. Alexander y Eduardo M. Peñalver (Nueva York: Oxford University Press, 2010), 57-79.

18 Hanoch Dagan, "Reimagining takings law", en *Property and Community*, editado por Gregory S. Alexander y Eduardo M. Peñalver (Nueva York: Oxford University Press, 2010), 39-55.

19 Keenan, *Subversive Property.*

20 La Ley 28 de 1932 otorgó capacidad a las mujeres casadas para administrar sus bienes y realizar negocios jurídicos en Colombia.

propiedad sobre la tierra.indd 35 2/11/21 11:41 a.m.

principalmente por la concepción imperante respecto de la habilidad de las mujeres para los negocios, por el entendimiento de que la familia solo podía tener un único jefe y por el modelo económico del salario familiar[21].

Hablar de un espacio de pertenencia, siguiendo a Keenan, significa entender la propiedad como un espacio en el que se está propiamente (*properly*), un espacio que sostiene (*hold*) a su propietario, lo define y lo habilita para establecer ciertas relaciones jurídicas y sociales con otros sujetos[22]. En este sentido, las mujeres casadas antes de 1932 no podían establecer sin la mediación de su marido relaciones jurídicas con su propiedad o a través de esta. Cualquier negocio jurídico que ellas llevaran a cabo sin la participación del esposo estaba sujeto a ser desconocido por el ordenamiento jurídico debido a su incapacidad. Es decir, ellas "no estaban" propiamente en ese espacio definido como propiedad. Sus negocios jurídicos no eran perfectos. El espacio de pertenencia no les era concedido en su integridad.

Keenan habla también del tiempo como constitutivo de la propiedad[23]. En su análisis, la autora nos indica que la propiedad ha sido presentada como una institución regida por un tiempo lineal, cuando en realidad ese espacio de pertenencia puede estar cruzado por diversos tiempos que se relacionan con las diversas relaciones y redes sociales que se entretejen alrededor de los espacios de pertenencia. Esta explicación abstracta de Keenan puede entenderse de mejor manera frente a un certificado de tradición y libertad, ese documento con el que el Estado colombiano certifica una sucesión de derechos reales o relaciones de posesión frente al inmueble, entre otros. El relato del certificado ofrece una línea de tiempo ordenada que da a conocer quiénes han tenido relaciones significativas con el inmueble. Sin embargo, el certificado no deja ver cómo las relaciones jurídicas se superponen unas a otras. El mismo espacio de pertenencia llamado propiedad de un inmueble, por ejemplo, contiene los tiempos disímiles de un propietario que se hizo al inmueble por medio de un crédito hipotecario, el gravamen del banco y las servidumbres de ese predio con respecto a otros. De la lectura del certificado se entiende que existen constituciones de derechos de manera ordenada y sucesiva, no obstante, lo que en realidad sucede es que los tiempos de diversos sujetos coexisten en ese espacio de pertenencia. Los quince años del crédito hipotecario no significan lo mismo en la vida del individuo que paga su crédito que en la vida de un establecimiento bancario.

21 Nancy Fraser, *Iustitia Interrupta. Reflexiones críticas desde la posición "postsocialista"* (Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 1997), 55-56.
22 Keenan, *Subversive Property,* 75 y 85.
23 Keenan, *Subversive Property,* 87-91.

propiedad sobre la tierra.indd 36 2/11/21 11:41 a.m.

La teoría de Keenan es útil para abordar el tema de baldíos por cuanto permite entender de qué manera la caracterización de un inmueble como de esta naturaleza implica el reconocimiento de ciertas relaciones jurídicas y sociales que se establecen sobre y a partir del inmueble, mientras que otras son oscurecidas. La determinación de qué es un baldío en Colombia ha estado enmarcada en una constante lucha por establecer quién tiene la última palabra en su identificación jurídica. El inclinar la balanza a favor del Estado o de los particulares privilegiando ciertas pruebas o dándoles más peso a las actuaciones de alguno de estos implica darle preeminencia a ciertos tiempos y relaciones jurídicas sobre otros. Así, la propuesta de Keenan deja ver que señalar cierto inmueble como baldío o no es un proceso complicado de entretejimiento de relaciones y redes, algunas de las cuales son jurídicas. El trasfondo de estas pujas se relaciona con quién tiene el poder de convertir esa entidad llamada inmueble en un espacio de pertenencia regido por sus propios términos, es decir, con quién tiene la capacidad de lograr que sus relaciones y redes respecto del inmueble sean reconocidas por encima de otras. La historia de los baldíos en Colombia demuestra que el concepto de propiedad no es único e inmutable y que ciertos momentos históricos y jurídicos se prestan mejor para que unas relaciones emerjan como significativas para el ordenamiento jurídico y no otras.

BREVE RECUENTO DEL TEMA DE BALDÍOS EN COLOMBIA

La división entre lo público y lo privado constituye la organización básica tradicional de la propiedad en Colombia. Es una clasificación que permite determinar cuál es el régimen jurídico aplicable a cada bien en lo que atañe a su titular, destinación, modo de administración y posibilidades de adquisición y/o transferencia. Es una categorización excluyente que no admite puntos intermedios. Los bienes son públicos o privados, son de propiedad del Estado y están afectados a sus fines o están dispuestos normativamente para que los particulares los adquieran y los hagan circular de acuerdo con sus intenciones y necesidades. Así, la distinción es totalizante y cubre todo el universo de lo que puede ser objeto de propiedad[24].

La base jurídica de la propiedad pública en Colombia se encuentra en el artículo 674 del Código Civil. Allí se establece que los bienes públicos son "aquellos cuyo dominio pertenece a la República", y que se subdividen en bienes de uso público y bienes fiscales, dependiendo si su "uso pertenece a todos los habitantes

24 Pimiento Echeverri, *Derecho Administrativo de Bienes*, 261-270.

propiedad sobre la tierra.indd 37 2/11/21 11:41 a.m.

de un territorio" o no, respectivamente. En este sentido, "calles, puentes, plazas y caminos" se encuentran dentro de los primeros porque su destinación es el uso de todos, mientras que todos los demás bienes públicos que no estén abiertos a ese uso generalizado serán considerados fiscales. La jurisprudencia ha entendido que los baldíos son bienes fiscales adjudicables[25], es decir, bienes inmuebles cuya vocación es la de ser entregados a los particulares en propiedad privada cuando cumplan los requisitos jurídicos establecidos. Esto en contraposición a los llamados bienes fiscales propiamente dichos que han sido identificados como aquellos que "están destinados al cumplimiento de las funciones públicas o servicios públicos"[26] o que "son propiedad de las entidades de derecho público y frente a los cuales tienen dominio pleno"[27].

La inclusión de los baldíos dentro de los bienes fiscales ha sido un recurso utilizado por la jurisprudencia para ubicarlos dentro de la clasificación del artículo 674 del Código Civil y, así, darles un régimen jurídico particular que permite protegerlos de la apropiación indebida de los particulares y gestionarlos de manera que cumplan su cometido: ser destinados a un fin especial determinado por una persona de derecho público[28]. Sin embargo, este tipo de inmueble no puede concebirse como propiamente un bien fiscal, por cuanto no siempre está destinado al servicio público y no puede decirse que sea un bien frente al cual las entidades de derecho público ejercen el dominio pleno a la manera del dominio privado[29]. Ahora, llamarlo bien fiscal adjudicable desconoce que los baldíos han cumplido múltiples funciones a lo largo de la vida republicana de Colombia que han rebasado aquellas relacionadas con la adjudicación a los particulares. Por ejemplo, en el siglo XIX, el Estado colombiano hizo uso de la donación de baldíos a los municipios para promover diversas iniciativas relacionadas con obras públicas, instalación de edificios administrativos y ampliación del radio de la administración municipal[30]. Los baldíos, entonces, más que bienes fiscales, constituyen "una reserva patrimonial inmueble"[31] del Estado sometida a regímenes jurídicos específicos dependiendo de los objetivos perseguidos.

25 Consejo de Estado, Sección Tercera, 29 de febrero del 2016, expediente n.º 30.233, M.P. Ramiro Pazos Guerrero; Corte Constitucional, Sentencia C-255 del 2012, 29 de marzo del 2012, M.P. Jorge Iván Palacios; Corte Constitucional, Sentencia T-549 del 2016, 11 de octubre del 2016, M.P. Jorge Iván Palacios; Corte Constitucional, Sentencia SU-235 del 2016, 12 de mayo del 2016, M.P. Gloria Stella Ortiz.

26 Consejo de Estado, Sección Tercera, 29 de febrero del 2016, expediente n.º 30.233, M.P. Ramiro Pazos Guerrero.

27 Corte Constitucional, Sentencia T-549 del 2016, 11 de octubre del 2016, M.P. Jorge Iván Palacios.

28 Pimiento Echeverri, *Derecho Administrativo de Bienes,* 168, 178-179.

29 Corte Constitucional, Sentencia T-549 del 2016, 11 de octubre del 2016, M.P. Jorge Iván Palacios.

30 Pimiento Echeverri, *Derecho Administrativo de Bienes,* 183-184.

31 Pimiento Echeverri, *Derecho Administrativo de Bienes,* 179.

propiedad sobre la tierra.indd 38 2/11/21 11:41 a.m.

La historia de Colombia da fe de las múltiples destinaciones a las cuales han sido afectados los baldíos. En la medida en que este tipo de bienes fueron cruciales para la financiación de una naciente república en la primera mitad del siglo XIX, su inicial vocación estuvo fuertemente atada a la urgencia de consecución de recursos y pago de deudas heredadas de las guerras de independencia. Así, los baldíos fueron entregados para pagar el servicio militar, cubrir deuda pública, instar la migración de europeos y norteamericanos al país, lograr que ciertas tribus indígenas se convirtieran en sedentarias, promocionar la construcción de obras públicas, entre otros[32]. Para cada uno de estos casos, el Estado diseñó regulaciones particulares con el propósito de lograr la destinación proyectada[33]. Una de las primeras leyes de la república, la del 13 de octubre de 1821, ilustra esta urgencia financiera al establecer el procedimiento de venta de baldíos bajo la justificación de que "los productos de esta enajenación son necesarios para cubrir los inmensos gastos y erogaciones a que están sujetas las rentas públicas"[34].

El haber destinado los baldíos a suplir las arcas públicas no significó que se desconociera el principio de morada y labor heredado de la estrategia de colonización de la Corona española[35]. Por un lado, muchas de las reglas para la entrega de baldíos implicaban una noción de explotación particular, como en el caso en que eran utilizados para construir y pagar grandes obras públicas o promocionar la colonización de territorios[36]. Por otro, el Estado colombiano siguió reconociendo la explotación económica como uno de los principios para su adquisición. Prueba de ello es la Ley del 29 de abril de 1848, en la que se le reconocía la propiedad a quien cultivaba tierras, y la Ley 61 de 1874, en la que se consagraba que "[t]odo individuo que ocupe terrenos incultos pertenecientes a la Nacion, a los cuales no se les haya dado aplicacion especial por la lei, i establezca en ellos habitacion i labranza, adquiere derecho de propiedad sobre el terreno que cultive, enalquiera que sea su estension"[37].

La historia del país también da cuenta de la compleja labor de identificación de la propiedad pública y privada. La creación de una república independiente estuvo entrecruzada por la adopción del ideario liberal decimonónico y la necesidad de encontrar fuentes de riqueza para la nación. Esto supuso adoptar la premisa

32 Pimiento Echeverri, *Derecho Administrativo de Bienes,* 183-185.
33 Céspedes-Báez *et al.,* "Who Owns the Land?, 21-22.
34 Leyes de 1821*,* 264. https://repositorio.unal.edu.co/handle/unal/2006
35 Absalón Machado, *Ensayos para la historia de la política de tierras en Colombia. De la Colonia a la creación del Frente Nacional* (Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2009), 23, 27.
36 Pimiento Echeverri, *Derecho Administrativo de Bienes,* 185.
37 Ley 61 de 1874, 24 de junio, *Diario Oficial* 3199.

propiedad sobre la tierra.indd 39 2/11/21 11:41 a.m.

de la protección de la propiedad privada y, al mismo tiempo, definir el acervo de propiedad pública, en especial baldíos, del cual podía disponer el Estado para sostenerse. La tensión planteada por estos dos objetivos implicaba diseñar las reglas básicas para distinguir entre la propiedad pública y privada, y las pruebas necesarias para ello[38]. En la medida en que la Corona española nunca pudo implementar un sistema efectivo de registro, la nueva república tenía muy escasa información respecto de quiénes eran propietarios privados. Por esta razón, la ley de octubre 13 de 1821 fue la primera de una serie de intentos de formalización de la propiedad privada sobre la tierra. La idea fue darles un periodo a los particulares para obtener los títulos y/o registrarlos so pena de que a su vencimiento los inmuebles fueran considerados públicos (artículos 5.º, 13 y 14)[39].

El siglo XIX fue testigo de la expedición e implementación fallida de varias normas jurídicas para promover la formalización de la tenencia de la tierra en Colombia. Las dificultades del Estado para establecer su reserva patrimonial inmueble alimentaron el conflicto entre los colonos, que aspiraban a acceder a la propiedad de la tierra por medio de la explotación, y los "empresarios territoriales"[40], individuos de clase media y alta con recursos suficientes para establecer haciendas y negocios en el mundo rural colombiano. Como el Estado no sabía cuáles eran sus bienes inmuebles se encontraba imposibilitado para desactivar este conflicto y promover una política efectiva de acceso a la tierra. En 1926, esta situación se agravó con la expedición de un fallo de la Corte Suprema de Justicia, en el que la Sala de Negocios Generales[41] estableció que existía una presunción a favor del Estado y que la carga de la prueba de la propiedad privada estaba en cabeza de los particulares. La Corte no estableció en esa ocasión cuál era esa prueba, causando aún más confusión[42]. Establecer que los particulares eran los llamados a probar la propiedad privada en un país en el cual los sistemas de titulación y registro eran precarios era dar primacía a las formas jurídicas por encima de la contundente evidencia del estado de la tenencia de la tierra en el país.

La Ley 200 de 1936[43] fue aprobada con la aspiración de promover la justicia social en el campo, frenar la concentración de baldíos en manos de pocas personas,

38 Céspedes-Báez *et al.,* "Who Owns the Land?, 20.
39 Céspedes-Báez *et al.,* "Who Owns the Land?, 20-21.
40 Catherine Legrand, *Colonización y protesta campesina en Colombia 1850-1950* (Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 1988), 43, 61-62.
41 Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, 15 de abril de 1926, M.P. Luis Felipe Rosales.
42 Céspedes-Báez *et al.,* "Who Owns the Land?, 25.
43 Ley 200 de 1936, 30 de diciembre, *Diario Oficial* 23.388.

propiedad sobre la tierra.indd 40 2/11/21 11:41 a.m.

darle realidad a la función social de la propiedad incluida en la reforma constitucional de 1936[44] y esclarecer las reglas de determinación de la propiedad pública y privada en Colombia[45]. De esta ambiciosa y larga lista de objetivos solo los dos últimos fueron realmente regulados. Para esto se establecieron dos presunciones legales basadas en la presencia de explotación del inmueble y se trasladó la carga de la prueba por completo al Estado. En este sentido, el inmueble se considerará propiedad privada cuando exista explotación económica del suelo y baldío en su ausencia (artículos 1.º y 2.º). Ahora, como las presunciones legales por esencia se pueden desvirtuar, se estableció que la propiedad privada sobre predios no sujetos a explotación podía ser probada por "título originario expedido por el Estado que no haya perdido su eficacia legal" y los "títulos inscritos" que fueron otorgados antes de que entrara en vigencia esta ley en donde "consten tradiciones de dominio por un lapso no menor del término que señalan las leyes para la prescripción extraordinaria" (artículo 3.º). En lo que respecta a los demás objetivos, la ley no incluyó normas de redistribución de propiedad, ni intervino la estructura de apropiación de la tierra que ya imperaba desde tiempo atrás en el sector rural. El estudio de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia al respecto permite concluir de manera preliminar que la Ley 200 ha sido un instrumento que puede beneficiar tanto a colonos como a empresarios de la tierra, en tanto puedan movilizar el aparato legal para proteger sus intereses[46].

En la medida en que la Ley 200 de 1936 no reguló la forma de adjudicación de baldíos, las normas del Código Fiscal de 1912[47] en la materia siguieron vigentes. En ese sentido, se entendía que quien explotaba un inmueble con esta calidad tenía derecho a su adjudicación (artículo 65). Esta norma no establecía con claridad si la adjudicación era declarativa o constitutiva del derecho de propiedad privada. Existe evidencia de que la interpretación jurisprudencial de esta norma por parte de la Corte Suprema de Justicia fue errática[48]. En algunos casos, la simple demostración de la explotación del bien inmueble era suficiente para defender la propiedad de los particulares, mientras en otros la única forma de llamarse propietario era a través de la adjudicación explícita del Estado. La falta de claridad respecto de cómo operaban las presunciones de la Ley 200 con respecto al proceso administrativo de adjudicación de baldíos fue un obstáculo más para la

44 Acto Legislativo 01 de 1936, 5 de agosto, *Diario Oficial* 23.263.
45 Machado, *Ensayos para la historia de la política de tierras en Colombia*, 191-194.
46 Céspedes-Báez *et al.,* "Who Owns the Land?, 41-42.
47 Ley 110 de 1912, 23 de noviembre, *Diario Oficial* 14.845.
48 Céspedes-Báez *et al.,* "Who Owns the Land?, 26-41.

propiedad sobre la tierra.indd 41 2/11/21 11:41 a.m.

implementación de la Ley 200. Con la Ley 160 de 1994[49] esta discusión llegó a su fin. Su artículo 65 estableció que el título otorgado por el Estado en materia de baldíos es traslaticio de dominio y que esta es la única manera de adquirirlos en propiedad privada.

La difícil interacción entre las presunciones de la Ley 200 y las interpretaciones del Código Fiscal de 1912 propiciaron un escenario en el que, por una parte, se determinó que una de las formas de establecer y probar propiedad privada era la explotación del inmueble y, por la otra, la necesidad de contar con un pronunciamiento del Estado respecto de los baldíos. Si este era declarativo, las presunciones de la Ley 200 tenían plena operatividad; en cambio, si era constitutivo, las presunciones producían serias contradicciones en la regulación de los baldíos.

Para ilustrar esta situación basta pensar en una persona A que decidió asentarse en una extensión de terreno que no daba muestras de explotación y trabajar la tierra por medio de cultivos y ganado. La aplicación de las presunciones de la Ley 200 le permitirían defender su reclamo de propiedad privada sobre el predio mediante el traslado de la carga de la prueba al Estado, en caso de que este buscara tratar el bien como de propiedad pública, o frente a otro particular que alegara mejor derecho. Así, la presunción de propiedad de A solo podría ser desvirtuada por el Estado u otros particulares si estos podían probar mejor derecho. Considerar que la adjudicación del Estado era constitutiva implicaba reducir la prueba de la propiedad solo al título de adjudicación, trasladar la carga de la prueba al individuo A y dejar inoperantes las presunciones de la Ley 200. Los dos caminos interpretativos generaron situaciones complejas ya fuera para quienes explotaban efectivamente la tierra o para el Estado, en especial en un país en el que la formalización de la tenencia de la tierra por medio de titulación y registro no había sido por completo exitosa. En la primera situación, la pregunta de rigor era, entonces, cómo podía el Estado asumir la carga de la prueba. En la segunda, la cuestión era cómo podían las personas acceder al título de adjudicación de manera efectiva.

A pesar de que la Ley 160 de 1994 procuró zanjar estos dilemas en el plano jurídico, y explícitamente afirmó que la única forma de adquirir baldíos era por medio de un título traslaticio expedido por el Estado, estos bienes inmuebles fueron construidos históricamente como espacios de confrontación, opacidad e inseguridad. Del análisis de casi un siglo de jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y de la legislación producida alrededor de esta cuestión se puede inferir de manera preliminar que el Estado, los colonos y los empresarios de la tierra

49 Ley 160 de 1994, 3 de agosto, *Diario Oficial* 41.479.

propiedad sobre la tierra.indd 42 2/11/21 11:41 a.m.

procuraron imponer su interpretación del régimen jurídico de los baldíos para poder defender su acceso a ellos[50]. Por un lado, el Estado alegando la inversión de la carga de la prueba en los particulares y la necesidad de allegar títulos que demuestren que el predio salió de su reserva patrimonial. Por el otro, los colonos defendiendo la explotación como origen de la propiedad y los empresarios reivindicando en algunas ocasiones la titulación y en otras el trabajo sobre la tierra[51].

Esta permanente confrontación se desplegó a nivel de la pertenencia a un espacio y del tiempo de narración del derecho. No solo era una disputa para poder estar en un espacio como propietario, sino por controlar el cuándo y el cómo del origen del derecho de propiedad. Los esfuerzos del Estado a lo largo de los siglos XIX y XX por establecer las reglas del juego para hacerse a ellos y, al mismo tiempo, defender su reserva patrimonial fueron parciales y muchas veces contradictorios, tanto a nivel legislativo como jurisprudencial. Esto desembocó en que las formas de establecer la frontera entre lo público y lo privado en materia de inmuebles rurales fueran inciertas. De esta forma, el baldío fue construido como un espacio de pertenencia en constante conflicto debido a la falta de claridad respecto de la manera de identificarlo y de sacarlo de la reserva patrimonial del Estado para convertirlo en propiedad privada. En este sentido, los inmuebles, en especial rurales debido a la deficiencia en el sistema de registro, entraron en un limbo de indeterminación respecto de su naturaleza jurídica. La controversia respecto de las pruebas para acreditar la calidad de privado de un predio produjo que muchas veces se entendiera que un predio no formalizado era sinónimo de baldío, lo cual podía, en muchas ocasiones, desconocer varias generaciones de trabajo por parte de individuos y sus familias. Esto, en un país como Colombia, en el que la informalidad de la tenencia de la tierra llega al 54 % en los predios del campo, aproximadamente[52], significó convertir un porcentaje significativo del territorio en un espacio de litigio y potencial violencia.

50 El análisis detallado de esta jurisprudencia se encuentra en Céspedes-Báez *et al.,* "Who Owns the Land?, 356-369. Se hace énfasis en que esta conclusión es simplemente preliminar, en la medida que, del análisis de la información que contienen las sentencias analizadas de la Corte Suprema de Justicia, es difícil identificar quién es colono y quién es empresario de la tierra. Esto por cuanto las decisiones no entran en detalles sobre la procedencia o perfil socioeconómico de los litigantes. A veces, esto puede deducirse de las expresiones de la Corte o del escaso contexto que brinda la narrativa de la decisión.

51 Véase, Céspedes-Báez *et al.,* "Who Owns the Land?, 356-369. No hay que olvidar que la evidencia de titulación, así sea precaria, o de explotación del bien inmueble puede servir a cada uno de estos actores en sus pretensiones de adquirir y/o probar la propiedad privada. No solo los colonos ocupan la tierra y la trabajan, también los empresarios de la tierra lo han hecho, especialmente en un país en el que el registro de la propiedad ha sido deficiente.

52 "El 54 % de los predios rurales del país se explotan sin títulos de propiedad", *Dinero,* 29 de julio del 2017, https://www.dinero.com/pais/articulo/informalidad-en-el-campo-colombiano-unidad-planificacion-rural/248010

propiedad sobre la tierra.indd 43 2/11/21 11:41 a.m.

¿REPETICIÓN O CONTINUACIÓN DE LA HISTORIA? LOS BALDÍOS EN EL CONTEXTO DE LA IMPLEMENTACIÓN DEL PROCESO DE PAZ CON LAS FARC

En esta sección se delinearán las aristas de la reciente reactivación de la controversia sobre la determinación de qué es un baldío. Para esto se analizarán los pronunciamientos más importantes de la Corte Constitucional al respecto, encabezados por la Sentencia T-488 del 2014, la cual es el hito que marca el inicio de una reiteración/continuación de una discusión de vieja data. Si bien las preguntas primordiales siguen siendo las mismas, la Corte Constitucional es un actor nuevo que se suma y le disputa poder decisivo del problema jurídico a la Corte Suprema de Justicia. A pesar de esto, la actuación de la Corte Constitucional no está exenta de fisuras, por cuanto sus magistrados no han podido elaborar una posición única respecto al dilema que plantea la determinación de la propiedad privada en un contexto de alta informalidad, indeterminación de la reserva inmueble del Estado y complejidad normativa. El examen del enfrentamiento entre el Estado y los particulares para determinar quién tiene la carga de la prueba, y cuál es el contenido de esta evidencia, indica que la noción de baldío sigue siendo espacio y tiempo de litigio.

Para la década de 1990, el tema del acceso a la propiedad agraria había dejado de ser central. Varias causas se sumaron para que esto sucediera. Desde comienzos de la década de 1980, las guerrillas comenzaron a apoderarse gradualmente de los espacios antes ocupados por el movimiento de la Asociación Nacional de Usuarios Campesinos (ANUC) y a cooptar sus reivindicaciones frente a este asunto[53]. Esto provocó que las demandas sociales relacionadas con la propiedad de la tierra rural se comenzaran a asociar con la insurgencia[54]. Así mismo, el escalamiento del conflicto a finales del siglo XX provocó que el tema del campo colombiano fuera leído en términos de desplazamiento forzado, asistencia humanitaria y seguridad[55].

La pregunta por la distribución y formalización de la propiedad rural resurgió de la mano de la implementación de la Ley 975 del 2005, más conocida como Ley de Justicia y Paz, por medio de la cual se estableció un proceso judicial

53 Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación - Grupo de Memoria Histórica, *La tierra en disputa. Memorias del despojo y resistencias campesinas en la Costa Caribe 1960-2010* (Bogotá: Ediciones Semana, 2010), 13-17; Alejandro Reyes Posada, *Guerreros y campesinos. Despojo y restitución de tierras en Colombia* (Bogotá: Ariel, 2016), 57-58.

54 Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación - Grupo de Memoria Histórica, *La tierra en disputa,* 15.

55 Lina M. Céspedes-Báez, "Far Beyond What is Measured: Governance Feminism and Indicators in Colombia", *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional* 35 (2014): 326-337.

propiedad sobre la tierra.indd 44 2/11/21 11:41 a.m.

transicional para promover la desmovilización individual o colectiva de miembros de grupos armados ilegales[56]. En este contexto, de la mano de las versiones de los postulados a la desmovilización y de los trabajos de académicos, organizaciones sociales, activistas y víctimas se comenzó a reconocer la dimensión asociada al derecho de propiedad en el marco del conflicto armado. De esta manera, se hizo evidente que el enfrentamiento directo e indirecto entre guerrillas, paramilitares y fuerzas militares estatales había provocado una reconfiguración de la tenencia de la tierra en la Colombia rural. Despojo y abandono de tierras comenzaron a ser expresiones comunes para referirse a una de las causas y consecuencias del conflicto. El problema de quién es y de quién debería ser la propiedad de los bienes inmuebles rurales reemergió como una cuestión de justicia transicional.

Frente a esta evidencia, el Estado colombiano aprobó la Ley 1448 del 2011, por medio de la cual se estableció un proceso de restitución de tierras, entre otras medidas, para reparar a las víctimas del conflicto. Por cuanto esta ley solo permitía dar solución a conflictos sobre la propiedad inmueble en los que había mediado la violencia, el proceso de paz con las FARC procuró abordar la problemática sobre la tierra desde una perspectiva más amplia asociada al desarrollo integral del campo. La idea consignada en el Acuerdo de Paz con las FARC es la de diseñar una solución estructural para la ordenación de la propiedad agraria que permita el acceso a la población menos favorecida. Para esto se acordó, entre otras cuestiones, la creación de un fondo de tierras para su distribución, el diseño y la implementación de una estrategia de formalización de la pequeña y mediana propiedad, y la actualización del catastro rural. El conjunto de estas medidas implica establecer claramente las fronteras entre la propiedad pública y privada. Su implementación contribuyó a que la cuestión de la determinación de la reserva patrimonial inmueble del Estado volviera a estar en el centro del debate.

El detonante de esta discusión fue la Sentencia T-488[57], expedida por la Corte Constitucional en el 2014. En esta se revisó una sentencia de tutela interpuesta por un particular en contra de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos (ORIP) del municipio de Paz Ariporo, ubicado en el departamento de Casanare. La razón esgrimida por el demandante para interponer esta acción se basó en la negativa de la demandada de inscribir el fallo en el que se declaró a su favor la pertenencia de un inmueble ubicado en ese departamento. La ORIP de Paz de Ariporo sustentó su negativa en que el inmueble objeto del proceso era un baldío, bien

56 Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación - Grupo de Memoria Histórica, *La tierra en disputa,* 16.

57 Corte Constitucional, Sentencia T-488 del 2014, 9 de julio del 2014, M.P. Jorge Iván Palacio.

propiedad sobre la tierra.indd 45 2/11/21 11:41 a.m.

frente al cual no opera la prescripción, por cuanto este solo puede ser adquirido por un particular por medio de título traslaticio de dominio proveniente de la autoridad estatal competente, en este caso, el hoy liquidado Incoder.

Para resolver el caso, la Corte Constitucional constató los problemas que enfrenta el ordenamiento de la propiedad en el campo, debido a la falta de información confiable y completa respecto del inventario de baldíos de la nación. En palabras de la Corte, esto ha supuesto un obstáculo para alcanzar el mandato constitucional de lograr un acceso progresivo a la propiedad por parte de los campesinos (artículo 64). Acto seguido, analizó la sentencia que declaró la pertenencia y encontró que la misma había incurrido en un defecto fáctico o una falla "en el fundamento probatorio", por cuanto el juez no valoró correctamente el reporte de la ORIP respecto a la situación jurídica del bien. En concreto, la Corte le reprochó al juez no haber considerado que existían "indicios suficientes para pensar razonablemente que el predio en discusión podía tratarse de un baldío", al no encontrarse titulares de derechos reales en la historia registral del inmueble. A su juicio, este estudio errado conllevó a que la sentencia, además, adoleciera de defecto orgánico, por cuanto el juez que declaró la pertenencia no era competente para fallar el asunto.

Con base en los anteriores argumentos, la Corte ordenó dejar sin efecto todo el proceso de pertenencia con el fin de que el Incoder adelantara el proceso administrativo de clarificación de propiedad, con el objetivo de determinar si el inmueble tenía la calidad de baldío. Adicionalmente, esta impartió órdenes estructurales en la medida en que consideró que el problema jurídico planteado por el caso sujeto a decisión rebasaba la situación individual del demandante. Prueba de esto, en palabras de la Corte, fue la afirmación del Incoder en el sentido de que esta entidad no contaba con un inventario de baldíos. La Corte Constitucional dispuso para este efecto que el Incoder debía diseñar y adoptar un plan para llevar a cabo un "proceso nacional de clarificación de todos los bienes baldíos de la Nación". A su vez, estableció que la Superintendencia de Notariado y Registro debería expedir una directriz[58] a todas sus oficinas para reiterar la imprescriptibilidad de los bienes baldíos, identificar los supuestos de hecho y derecho que constituyan indicio de que un bien tiene la naturaleza de baldío, tales como "que el bien no cuenta con antecedentes registrales o la [demanda] se dirija contra personas indeterminadas", y establecer un protocolo para las situaciones en que los jueces declaren la pertenencia sobre estos bienes presuntamente baldíos.

58 Gerente general del Incoder y superintendente de Notariado y Registro, Instrucción Conjunta n.º 13, 20 de noviembre del 2014, *Diario Oficial* 49.341.

propiedad sobre la tierra.indd 46 2/11/21 11:41 a.m.

Esta sentencia de la Corte Constitucional, al ser de revisión de tutela, fue estudiada por una de sus salas de revisión, las cuales están compuestas por el magistrado a quien le es repartida la tutela, el cual la preside, y por los dos magistrados que le sigan en orden alfabético. Esto quiere decir que, en materia de estudio de tutelas en la Corte Constitucional, las sentencias no son adoptadas por la totalidad de sus magistrados o en Sala Plena. Esto contribuye a que estas decisiones sean objeto de controversia, en la medida en que no representan la opinión de la Corte en su integridad. Por esta misma razón, esta composición de las salas de revisión posibilita pronunciamientos contradictorios dentro de la misma corporación[59].

En el caso particular de la Sentencia T-488, una magistrada de la Sala salvó su voto, por cuanto consideró que el problema jurídico estuvo mal planteado, en la medida en que la Sala de Revisión asumió que el bien era baldío, cuando la naturaleza misma del bien estaba bajo cuestión. Así, la posición mayoritaria se preguntó si era inconstitucional declarar la prescripción adquisitiva sobre un bien baldío, cuando el problema jurídico era más bien, en su concepto, si la inexistencia de titulares de derechos reales inscritos respecto del inmueble a prescribir implicaba la obligación del juez de llamar al proceso al Incoder como litisconsorte necesario debido a que el inmueble estaba afectado por la presunción de baldío. Una lectura del salvamento permite apreciar que la manera en que se formuló el problema jurídico impidió que la Corte Constitucional analizara de manera apropiada en su sentencia la regulación jurídica relevante. Como lo dice la magistrada disidente, "la Sala tenía la obligación de interpretar de manera armónica los artículos 1.º de la Ley 200 de 1936, 65 de la Ley 160 de 1994, 675 del Código Civil; y 63 de la Constitución Política", cuestión que no fue abordada en la decisión de la mayoría. Como la Corporación asumió que el bien era baldío desde el principio evadió la solución del problema más complejo: la interpretación de las presunciones de la Ley 200 a la luz de lo ordenado por la Ley 160 para la identificación de *qué* es un bien baldío.

Jurisprudencia posterior de la Corte Constitucional ha procurado dar respuesta al dilema planteado por el salvamento de voto de la Sentencia T-488. Sin

59 La Corte Constitucional cuenta con el recurso de las sentencias de unificación para uniformar sus pronunciamientos en casos como el señalado. Esta posibilidad está regulada por el artículo 62 de su reglamento interno. Acuerdo n.º 02 del 2015, Corte Constitucional, 9 de marzo del 2021, https://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Reforma%20Reglamento-19.pdf. Al momento de la revisión de este capítulo para publicación, la Corte Constitucional se prepara para emitir un fallo de unificación en este tema. "Robo, usurpación y despojo: la guerra sin cuartel que se libra en Colombia por la tierra", *Noticias Caracol,* 2 de marzo del 2021, https://noticias.caracoltv.com/colombia/robo-usurpacion-y-despojo-la-guerra-sin-cuartel-que-se-libra-en-colombia-por-la-tierra

propiedad sobre la tierra.indd 47 2/11/21 11:41 a.m.

embargo, su argumentación al respecto no ha sido del todo sólida, por cuanto se ha limitado a afirmar que solo existe una *aparente* contradicción entre la presunción del artículo 1.º de la Ley 200, que establece una presunción de propiedad privada sobre los bienes sujetos a explotación económica, y la previsión del artículo 65 de la Ley 160 que establece que los baldíos solo se adquieren vía título traslaticio de dominio expedido por el Estado[60]. Esta contradicción aparente se debe a que, según estas decisiones, la presunción de la Ley 200 solo aplica a predios que son privados y lo ordenado por la Ley 160 a los bienes baldíos, de manera que los supuestos de hecho de cada una de estas normas son distintos. Las deficiencias de esta línea argumentativa radican en el desconocimiento de que la expedición de la Ley 200 tuvo como razón de ser precisamente establecer unas presunciones para determinar la frontera entre la propiedad pública y la privada. Decir que la presunción del artículo 1.º de la Ley 200 únicamente aplica a la propiedad privada no solo es tautológico, sino implica dejar de lado el objetivo instrumental perseguido por esta disposición: brindar criterios para poder identificar de manera preliminar cuándo un inmueble es privado y cuándo baldío.

Este salvamento de voto dejó en evidencia que una de las fallas de la decisión T-488 fue el no explorar a profundidad el tema de la prueba en materia de baldíos, el cual era determinante para poder plantear de manera adecuada los problemas jurídicos que se estaban presentando alrededor de procesos de pertenencia de bienes sin antecedentes registrales o titulares de derechos reales. Esta aproximación ha sido replicada en sentencias posteriores, propiciando más confusión. Basta leer la Sentencia T-548 del 2016, en la que se expresa que "la Sala no establece que la carga probatoria respecto a la naturaleza del bien deba recaer sobre el particular o sobre el Incoder" o la T-407 del 2017 en la que se dice que "cuando se trata de determinar si un bien ha salido del dominio del Estado [se debe] allegar título originario que demuestra la propiedad privada del bien a prescribir".

En el segundo semestre del 2017, la frágil coherencia en línea de decisión de la Corte Constitucional comenzó a hacerse evidente. Mientras la Sala Quinta de Revisión expidió la Sentencia T-488 y la Sexta consideró ajustada esta decisión, la Sala Primera comenzó a apartarse debido a que consideró que era necesario realizar análisis detallados de (1) si la tutela estaba siendo utilizada de manera correcta como un mecanismo subsidiario de protección de derechos fundamentales; y (2) la labor probatoria desplegada por el juez que declaró la pertenencia del inmueble.

60 Corte Constitucional, Sentencia T-548 del 2016, 11 de octubre del 2016, M.P. Jorge Iván Palacios; Corte Constitucional, Sentencia T-549 del 2016, 11 de octubre del 2016, M.P. Jorge Iván Palacios.

propiedad sobre la tierra.indd 48 2/11/21 11:41 a.m.

Así, la Sentencia T-580 del 2017, proferida por esta Sala Primera de Revisión, encontró que la tutela no era procedente frente a procesos en los que no se habían agotado todos los recursos ordinarios, tales como la apelación, y consideró que la simple constatación de que no existen derechos reales en la historia registral del inmueble no es motivo suficiente para considerar que este es baldío, siempre y cuando la labor probatoria del juez demuestre que este se valió de otros medios para establecer la naturaleza jurídica del inmueble. En el caso específico, el juez requirió al Incoder y a la ANT para que informaran respecto de la calificación jurídica del predio y constató que el mismo estuviera siendo explotado económicamente. Adicionalmente, la Sala desestimó la aplicación de la Sentencia T-488 a este caso, por cuanto consideró que los hechos eran distintos. Mientras en la primera no existían antecedentes registrales frente al predio, en el caso de la T-580 sí había una historia registral de la posesión privada del bien por medio de las falsas tradiciones[61] desde el año 1949. Así, la Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional invirtió la carga de la prueba respecto de los baldíos y la puso en cabeza del Estado, en los eventos en que la historia registral del inmueble mostrara evidencias de dominio privado aparejado con la explotación económica del bien. En pocas palabras, le dio plena aplicación a la presunción del artículo 1.º de la Ley 200 de 1936. En el 2018, la Sentencia T-079 de la misma Sala de Revisión, con un salvamento de voto, rechazó la tutela contra una sentencia de pertenencia basada en que no se acreditó que se hubieran agotado todos los recursos ordinarios y extraordinarios contra esta.

La decisión T-488 abrió un debate no solo al interior de la jurisdicción constitucional, sino también con la jurisdicción ordinaria (en cabeza de la Corte Suprema de Justicia). La manera en que este se resuelva tendrá implicaciones directas en la implementación de los acuerdos con las FARC en materia de tierras. Identificar de manera precisa la reserva patrimonial inmueble de la nación es el paso obligado y previo para poder organizar la propiedad en el campo y llevar a cabo la distribución prometida en el Acuerdo de la Habana para los campesinos menos favorecidos. Así mismo, esta decisión convirtió a la acción de tutela en un mecanismo rápido para ser utilizado por el Estado, en cabeza del Incoder y luego de la ANT, para dejar sin efecto sentencias de pertenencia sobre bienes inmuebles respecto de los cuales existan dudas de que son baldíos debido a que no cuentan con antecedentes registrales o titulares de derechos reales.

61 Por falsa tradición se entiende "la inscripción en el registro de instrumentos públicos del acto de transferencia de un derecho incompleto que se hace a favor de una persona, por parte de quien carece de dominio sobre determinado inmueble". Ismael Hernando Arévalo Guerrero, *El estudio de títulos. Precedente jurisprudencial* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014), 428.

propiedad sobre la tierra.indd 49 2/11/21 11:41 a.m.

Las discusiones dentro de la Corte Suprema de Justicia se han centrado en responder si la jurisprudencia creada alrededor de la Sentencia T-488 del 2016 es vinculante para la jurisdicción ordinaria y, en caso de ser así, exactamente cuál es su sentido. Al respecto, la Corte Suprema llegó relativamente rápido a un consenso frente a la necesidad de permitir la intervención de la nación en el proceso de pertenencia, a través del Incoder en su momento y actualmente de la ANT, cuando existe duda frente a la naturaleza jurídica del inmueble por cuanto no hay antecedentes registrales o titulares de derechos reales. Esto era particularmente importante para procesos iniciados antes del 1.º de enero del 2016, en la medida en que el Código de Procedimiento Civil[62], hoy derogado, no establecía la necesidad de darle a conocer el proceso a estas entidades (artículo 407), cuestión que fue corregida en el Código General del Proceso[63] (artículo 375 num. 6). Respecto de las demás aristas de este debate, la Corte Suprema ha transitado de una posición abiertamente contraria a la T-488 a una que ha procurado ser deferente con esta.

La inconformidad de la Corte Suprema de Justicia frente a la T-488, expresada en algunas decisiones y salvamentos de voto, se ha centrado en que esta es una sentencia que (1) fue adoptada por una Sala de Revisión, la cual ni siquiera fue unánime; (2) desconoce que existen otros recursos procesales ordinarios y extraordinarios diferentes a la tutela para proteger los derechos supuestamente conculcados con las declaraciones de pertenencia; (3) establece de manera errónea que solo el Estado, a través del Incoder, en su momento, ahora la ANT, puede definir qué bienes son baldíos; (4) le da un valor probatorio inadecuado al certificado del registrador de instrumentos públicos exigido en los procesos de pertenencia, por cuanto este solo tiene como objetivo determinar contra quién se debe dirigir la demanda y no establecer si hay antecedentes registrales o titulares de derechos reales para determinar si el inmueble es baldío; y (5) deja sin efecto la presunción del artículo 1.º de la Ley 200 de 1936, trasladándole sin sustento la carga de la prueba al particular[64].

Al momento de la redacción de este artículo, la mayoría de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia considera que la *ratio decidendi* establecida en la Sentencia T-488, y confirmada en fallos posteriores, constituye precedente obligatorio para decidir los casos en que bienes inmuebles no presenten

62 Decreto 1400 de 1970, 6 de agosto, *Diario Oficial* 33.150.
63 Ley 1564 del 2012, 12 de julio, *Diario Oficial* 48.489.
64 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 16 de febrero del 2016, STC1776-2016, M.P. Luis Armando Tolosa; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 27 de abril del 2016, STC5201-2016, M.P. Luis Armando Tolosa.

propiedad sobre la tierra.indd 50 2/11/21 11:41 a.m.

antecedentes registrales o titulares de derechos reales. Sin embargo, existen distintas apreciaciones en lo que concierne a la interpretación de las presunciones de la Ley 200 frente a lo establecido por el artículo 65 de la Ley 160 de 1994 en lo tocante a la necesidad de contar con título traslaticio de dominio emitido por el Estado para adquirir los baldíos. Ciertas sentencias han considerado que la Ley 160 derogó tácitamente las presunciones de la Ley 200[65]; otras han afirmado que, al estar las dos normas vigentes, la Corte Constitucional optó por una "interpretación de ponderación de intereses", por medio de la cual estableció una "jerarquía axiológica no dada por el legislador" para derogar las presunciones de la Ley 200 y así permitir la aplicación de la Ley 160 en esta materia[66]; incluso, algunas han llegado a decir que la presunción del artículo 1.º de la Ley 200 "solo es predicable para demostrar la buena fe del colono al momento de solicitar la adjudicación de terrenos"[67].

La lectura minuciosa de este cuerpo de sentencias provenientes de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia permiten ver que la efectividad del artículo 65 de la Ley 160 de 1994 para dar por terminado un debate acerca de qué es un baldío y qué clase de espacio y tiempo de pertenencia prima no se ha alcanzado. Incluso puede afirmarse que hoy en día, con la presencia de una jurisdicción constitucional y la acción de tutela, la intensidad de la disputa por esta definición se ha incrementado. Mientras una parte de la Corte Constitucional estima que es el Estado quien debe definirlo a través de sus agencias pertinentes, otra parte disidente de la Corte Suprema de Justicia estima que es el juez ordinario el llamado a hacerlo en los procesos de pertenencia. Así mismo, el tema del valor probatorio de los certificados del registrador frente a los predios sin antecedentes registrales o titulares de derechos reales está en el centro de la discusión. La línea sentada por la T-488 del 2014 estableció que esta situación constituía indicio de que el bien es un baldío, la cual no ha sido pacíficamente aceptada por la Corte Suprema de Justicia, puesto que algunos de sus magistrados defienden su utilización solo para determinar contra quién se debe dirigir la demanda de pertenencia. En últimas está en juego quién y cómo se prueba la propiedad privada en Colombia.

65 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 3 de octubre del 2017, STC15887-2017, M.P. Ariel Salazar.

66 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 3 de agosto del 2017, STC11391-2017, M.P. Aroldo Wilson Quiroz; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 31 de enero del 2018, STC943-2018, M.P. Aroldo Wilson Quiroz.

67 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 10 de julio del 2017, STC9845-2017, M.P. Álvaro Fernando García.

propiedad sobre la tierra.indd 51 2/11/21 11:41 a.m.

La ausencia de claridad en estas cuestiones jurídicas fundamentales contribuye a estructurar la noción de baldío y de inmueble rural no formalizado como un espacio de litigio y controversia al que pertenecen partes procesales actuales y potenciales y no precisamente individuos o comunidades que puedan llamarse propietarios. Las tensiones por definir el tiempo de la propiedad son evidentes. Los particulares que pretenden la declaración de su dominio sobre el predio a través de la pertenencia reivindican el tiempo en terreno por medio de la evidencia de la explotación económica y la historia de la suma de posesiones, que no es más que el recuento de un lote que pasa de una mano a otra, muchas veces entre familias, otras entre amigos y, cómo no, entre desconocidos. Por su parte, el Estado pretende imponer sobre los privados una cronología que data de la Colonia, por medio de la cual sostiene su derecho a la propiedad pública sobre aquellos inmuebles que este no ha entregado en propiedad privada. Así, exige de los particulares la exhibición de títulos originarios emitidos por la Corona española o títulos traslaticios de dominio emitidos por la república. De esta manera, el Estado desconoce la existencia de un tiempo de ejercicio de la propiedad anterior a la producción del documento que dé origen en sus términos a la propiedad.

CONCLUSIÓN

Este artículo tuvo como objetivo contribuir a la discusión jurídica de qué es un baldío en el derecho colombiano. La importancia de determinar qué se entiende por este concepto tiene dos niveles, uno jurídico y otro político. A nivel jurídico, determinar qué es un baldío en Colombia implica delinear los contornos de qué es la propiedad privada, cómo surge y de qué manera se gestiona. El baldío es un concepto de contraste con la propiedad privada que sombrea los límites de su núcleo esencial. A nivel político, saber qué es un baldío es identificar la reserva patrimonial inmueble del Estado. Así como estos bienes inmuebles fueron usados en el nacimiento de la república para costear el surgimiento del país y trazar ciertas líneas de desarrollo, los baldíos hoy son indispensables para negociar la paz con los grupos armados al margen de la ley, reparar las graves violaciones de derechos humanos que tuvieron lugar en el contexto del conflicto armado y promover políticas de justicia social. Los baldíos son herramientas que le dan juego a un Estado para realizar sus fines.

El análisis realizado en este texto demuestra que el Estado colombiano ha fallado por doble partida en esta cuestión: no ha propuesto una regulación clara y no ha llevado a cabo un levantamiento serio de su inventario de baldíos, dos acciones

propiedad sobre la tierra.indd 52 2/11/21 11:41 a.m.

esenciales para solucionar el dilema planteado alrededor de qué es un baldío y cómo se prueba la naturaleza jurídica privada de un inmueble. La reciente intervención de la Corte Constitucional en este asunto no ha contribuido a solventar las tensiones históricas que han existido en este debate. Los pronunciamientos enfrentados de sus salas de revisión de tutela son solo una parte del problema. Se podría decir que el fondo de este asunto radica en que esta corporación no ha hecho un estudio juicioso de (1) las contradicciones entre las presunciones de la Ley 200 y lo estipulado en la Ley 160 respecto de la necesidad del título traslaticio de dominio emitido por el Estado para adquirir los baldíos; (2) las implicaciones de sus sentencias en la larga tradición jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia en lo atinente a la acción de pertenencia; y 3) las consecuencias del uso de la acción de tutela contra sentencias como un mecanismo al servicio de las entidades estatales para ordenar la propiedad.

El uso de la teoría de la propiedad de Sarah Keenan permitió analizar la construcción del baldío como un espacio de litigio, controversia y debate. Así mismo, esta perspectiva teórica arrojó luces sobre la lucha del Estado y los particulares por imponer sus narrativas sobre este espacio a través de cronologías superpuestas que privilegian, ya sea la historia y los títulos, o los hechos de la vida cotidiana y la explotación económica, respectivamente. De esta manera, fue posible ver cómo existen relaciones jurídicas y sociales que entretejen la difícil comprensión de lo que es un baldío y permiten apreciar cómo la discusión alrededor de esta figura jurídica ha sido una constante en la vida del país, que unas veces toma preeminencia y otras parece difuminarse en otras problemáticas como el conflicto armado. En este sentido, hablar de baldíos es hablar de una historia que se repite en muchos aspectos y continúa en otros. No en vano el dilema se plantea aún en términos de legislación de principios de siglo XX, en conjunción con normatividad reciente, utilizada de manera estratégica por actores que parecen no haber mutado, pero que han encontrado en la acción de tutela una nueva herramienta jurídica para hacer valer sus pretensiones.

REFERENCIAS

Acto Legislativo 01 de 1936, 5 de agosto. *Diario Oficial* 23.263.

Alexander, Gregory S. y Eduardo M. Peñalver. *An Introduction to Property Theory.* Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

Alexander, Gregory S., Eduardo M. Peñalver, Joseph W., Singer y Laura S. Underkuffler. "A statement of progressive property". *Cornell Law Review* 94 (2009): 743-744.

propiedad sobre la tierra.indd 53 2/11/21 11:41 a.m.

Arévalo Guerrero, Ismael Hernando. *El estudio de títulos. Precedente jurisprudencial.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2014.

Céspedes-Báez, Lina María. "Far Beyond What is Measured: Governance Feminism and Indicators in Colombia". *International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional* 35 (2014): 326-337.

Céspedes-Báez, Lina María, Rocío del Pilar Peña-Huertas, Daniel Santiago Cabana González y Santiago Zuleta-Ríos. "Who Owns the Land? Litigants, Justices, Colonos, and Titleholders' Struggle to Define the Origins of Property in Colombia". *Global Jurist* 15, n.º 3 (2015): 329-459. https://doi-org.ez.urosario.edu.co/10.1515/gj-2014-0029

Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación - Grupo de Memoria Histórica. *La tierra en disputa. Memorias del despojo y resistencias campesinas en la Costa Caribe 1960-2010.* Bogotá: Ediciones Semana, 2010.

Consejo de Estado, Sección Tercera, 29 de febrero del 2016, Expediente n.º 30.233. M.P. Ramiro Pazos Guerrero.

Corte Constitucional, Sentencia C-255 del 2012, 29 de marzo. M.P. Jorge Iván Palacios.

Corte Constitucional, Sentencia SU-235 del 2016, 12 de mayo. M.P. Gloria Stella Ortiz.

Corte Constitucional, Sentencia T-488 del 2014, 9 de julio. M.P. Jorge Iván Palacio.

Corte Constitucional, Sentencia T-548 del 2016, 11 de octubre. M.P. Jorge Iván Palacios._

Corte Constitucional, Sentencia T-549 del 2016, 11 de octubre. M.P. Jorge Iván Palacios.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 16 de febrero del 2016, STC1776-2016. M.P. Luis Armando Tolosa.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 27 de abril del 2016, STC5201-2016. M.P. Luis Armando Tolosa.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 10 de julio del 2017, STC9845-2017. M.P. Álvaro Fernando García.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 3 de agosto del 2017, STC11391-2017. M.P. Aroldo Wilson Quiroz.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 3 de octubre del 2017, STC15887-2017. M.P. Ariel Salazar.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 31 de enero del 2018, STC943-2018. M.P. Aroldo Wilson Quiroz.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, 15 de abril de 1926. M.P. Luis Felipe Rosales.

propiedad sobre la tierra.indd 54 2/11/21 11:41 a.m.

Dagan, Hanoch. "Reimagining takings law". En *Property and Community*, editado por Gregory S. Alexander y Eduardo M. Peñalver, 39-55. Nueva York: Oxford University Press, 2010.

Davies, Margaret. *Property: Meanings, Histories, Theories.* Nueva York: Routledge, 2007.

Decreto 1400 de 1970, 6 de agosto, por el cual se expide el Código de Procedimiento Civil. *Diario Oficial* 33.150.

Duque, Iván, Carlos Trujillo y Óscar Zuluaga. "La verdadera paz empieza con el No", *El Tiempo,* 27 de agosto del 2016, https://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-16684980

"El 54 % de los predios rurales del país se explotan sin títulos de propiedad", *Dinero,* 29 de julio del 2017, https://www.semana.com/pais/articulo/informalidad-en-el-campo-colombiano-unidad-planificacion-rural/248010/

Fitzmaurice, Andrew. *Sovereignty, Property and Empire, 1500-2000.* Cambridge: Cambridge University Press, 2014.

Fraser, Nancy. *Iustitia Interrupta. Reflexiones críticas desde la posición "postsocialista".* Bogotá: Siglo del Hombre Editores, 1997.

Gobierno de Colombia y Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia - Ejército del Pueblo (FARC-EP). *Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera.* Bogotá: Ediciones Desde abajo, 2017.

Gray, Kevin. "Property in Thin Air". *The Cambridge Law Journal* 50, n.º 2 (1991): 252-307. https://doi.org/10.1017/S0008197300080508

Incoder y Superintendencia de Notariado y Registro, Instrucción Conjunta n.º 13, 20 de noviembre del 2014. *Diario Oficial* 49.341.

Keenan, Sarah. *Subversive Property: Law and the Production of Spaces of Belonging.* Nueva York: Routledge, 2015.

Legrand, Catherine. *Colonización y protesta campesina en Colombia 1850-1950*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 1988.

Ley del 13 de octubre de 1821, sobre enajenación de tierras baldías y creación de oficinas de agrimensura.

Ley 61 de 1874, 24 de junio, adicional al Título x del Código Fiscal. *Diario Oficial* 3199.

Ley 110 de 1912, 23 de noviembre, por la cual se sustituyen el Código Fiscal y las leyes que lo adicionan y reforman. *Diario Oficial* 14.845.

Ley 28 de 1932, 17 de noviembre, sobre reformas civiles (régimen patrimonial en el matrimonio). *Diario Oficial* 22.139.

Ley 200 de 1936, 30 de diciembre, sobre régimen de tierras. *Diario Oficial* 23.388.

propiedad sobre la tierra.indd 55 2/11/21 11:41 a.m.

Ley 160 de 1994, 3 de agosto, por la cual se crea el Sistema Nacional de Reforma Agraria y Desarrollo Rural Campesino, se establece un subsidio para la adquisición de tierras, se reforma el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria y se dictan otras disposiciones. *Diario Oficial* 41.479.

Ley 1564 del 2012, 12 de julio, por el cual se expide el Código General del Proceso y se dictan otras disposiciones. *Diario Oficial* 48.489.

Leyes de 1821*,* 264. https://repositorio.unal.edu.co/handle/unal/2006

Londoño, Rocío. "Acuerdo sobre el tema agrario: entre el presente y el futuro de la paz". *Razón Pública,* 3 de junio del 2013. https://razonpublica.com/acuerdo-sobre-el-tema-agrario-entre-el-presente-y-el-futuro-de-la-paz/

Machado, Absalón. *Ensayos para la Historia de la Política de Tierras en Colombia. De la Colonia a la creación del Frente Nacional.* Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2009.

Merrill, Thomas W. y Henry E. Smith. "The Morality of Property". *William and Mary Law Review* 48 (2007): 1849. https://scholarship.law.wm.edu/wmlr/vol48/iss5/15/

Pimiento Echeverri, Julio Andrés. *Derecho administrativo de bienes. Los bienes públicos: historia, clasificación, régimen jurídico.* Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015.

Reglamento Interno de la Corte Constitucional, 17 de mayo del 2019, https://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Reforma%20Reglamento-19.pdf

Reyes Posada, Alejandro. *Guerreros y campesinos. Despojo y restitución de tierras en Colombia.* Bogotá: Ariel, 2016.

"Robo, usurpación y despojo: la guerra sin cuartel que se libra en Colombia por la tierra", *Noticias Caracol,* 21 de febrero del 2021, https://noticias.caracoltv.com/colombia/robo-usurpacion-y-despojo-la-guerra-sin-cuartel-que-se-libra-en-colombia-por-la-tierra

Rose, Carol. M. *Property and Persuasion. Essays on the History, Theory, and Rhetoric of Ownership.* Boulder: Westview, 1994.

Singer, Joseph William. "How property norms construct the externalities of ownership". En *Property and Community*, editado por Gregory S. Alexander y Eduardo M. Peñalver, 57-79. Nueva York: Oxford University Press, 2010.

Van der Walt, Andries Johannes. "Property and Marginality". En *Property and Community,* editado por Gregory S. Alexander y Eduardo M. Peñalver. Nueva York: Oxford University Press, 2010.

propiedad sobre la tierra.indd 56 2/11/21 11:41 a.m.

CAPÍTULO 3

LAS PRESUNCIONES Y CARGAS EN LA RESTITUCIÓN DE TIERRAS EN COLOMBIA*

Jorge L. Esquirol

INTRODUCCIÓN

En el 2011, el Congreso colombiano promulgó la Ley 1448 para la atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado. La ley incluye una amplia sección sobre restitución de tierras para los desplazados internos. Cinco millones y medio de personas, aproximadamente, han sido forzadas a salir de sus hogares durante los más de cincuenta años de conflicto. Las hostilidades han enfrentado al Ejército nacional, las guerrillas izquierdistas y las milicias paramilitares. Los actores violentos también han sido vinculados al tráfico de drogas, secuestro y crimen organizado. Después de cinco décadas sangrientas, el final de la guerra por fin está a la vista, pues el Gobierno nacional y las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC) firmaron un acuerdo de paz a finales del 2016.

La normativa de restitución de tierras, sin embargo, precede de varios años el acuerdo de paz con las FARC. En el 2011, la llamada "Ley de Víctimas y Restitución de Tierras" fue promulgada a raíz de una sentencia de la Corte Constitucional colombiana. En la T-025 del 2004, la Corte había declarado que la situación de la población desplazada a causa del conflicto armado constituía "un estado de cosas inconstitucional". En esa sentencia, la Corte ordenó al Gobierno nacional solucionar dicha situación y, además, creó una comisión de seguimiento a sus órdenes. Esta ley del 2011 fue, al cabo del tiempo, la respuesta más contundente frente a la precaria situación de los desplazados. La legislación incluye un procedimiento para su retorno a los hogares originales. En ese renglón adopta unas herramientas jurídicas bastante innovadoras. En particular, establece un régimen especial de pruebas que favorece a la persona desplazada.

* Para citar este capítulo: http://dx.doi.org/10.15425/2017.397

propiedad sobre la tierra.indd 57 2/11/21 11:41 a.m.

Como en muchos otros países, el sistema jurídico en Colombia reconoce amplios derechos a propietarios. También reconoce ciertos derechos a poseedores y ocupantes. En tema de desplazamiento, sin embargo, son los *nuevos* propietarios, poseedores u ocupantes quienes gozan de superiores ventajas legales. Son ellos los favorecidos por las leyes ordinarias. Esto se debe a varias razones. Algunos desplazados transfirieron formalmente sus títulos de propiedad. Este hecho les otorga a los nuevos dueños todas las ventajas de un pleno propietario. No obstante, la transferencia en áreas de conflicto armado puede haber sido fruto de una transacción forzada o a un precio irrisorio. En casos de desplazados que no eran propietarios previamente, sino simples poseedores u ocupantes, estos no cuentan más que con la posesión material, que es el fundamento esencial de sus derechos jurídicos. Además, para poseedores en el pasado, el periodo de prescripción adquisitiva sobre terrenos privados habrá cesado desde su partida. Al igual, para previos ocupantes de baldíos, su labor en esas tierras terminó con su ausencia y con esto la posibilidad de reclamar una concesión de título del Gobierno. En vez de ellos, son los nuevos poseedores y ocupantes los que pueden pretender estos mismos beneficios propiciados por la ley.

Así pues, los reclamos de las personas desplazadas, que pueden haber sido dueñas, poseedoras, ocupantes o tenientes de la tierra, contrastan con los derechos de nuevos residentes. Es verdad que las leyes comunes proveen un recurso jurídico para casos de ventas coaccionadas o de extrema minusvaloración. Los desplazados reclamantes de restitución podrían impugnar a los actuales poseedores o propietarios basados en estos recursos. Hay algunas circunstancias en las cuales los desplazados podrían hasta salir victoriosos. Por ejemplo, un desplazado puede alegar un defecto en el título de propiedad transferido o levantar alguna excepción a la transferencia, como la venta coaccionada o de extrema minusvaloración. Podría ganar el pleito, siempre y cuando no haya concluido el periodo de prescripción. También podrían ganar, según las leyes ordinarias, los antiguos poseedores contra nuevos poseedores si el periodo de un año de prescripción de la acción posesoria no ha vencido. Sin embargo, en la mayoría de los casos, las leyes comunes de propiedad no ofrecen un recurso sencillo para aquellos que hagan un reclamo de restitución. El proceso judicial ordinario impone la carga de la prueba a los reclamantes al igual que la responsabilidad de impulsar el proceso. Los costos del litigio, la carga de la prueba y las dilaciones procesales funcionan para impedir la efectividad de estos procesos, especialmente cuando se trata de desplazados con mínimos recursos. Por tal motivo, no es una tarea sencilla lograr que tierras previamente despojadas sean restituidas por medio del ordenamiento jurídico normal.

propiedad sobre la tierra.indd 58 2/11/21 11:41 a.m.

En lugar de limitarse a los cánones de las leyes ordinarias de propiedad, o recurrir a la expropiación estatal, la Ley de Restitución de Tierras establece un régimen de derecho privado *excepcional*. Este se entiende dentro del marco de la justicia transicional. El reconocimiento internacional a este tipo de justicia no solo se aplica a normas penales diferenciadas, sino también se extiende a reglas extraordinarias en materia de derecho privado. En este sentido, la Ley 1448 introduce una serie de innovaciones. Primero, establece un procedimiento separado para reclamar tierras despojadas. Este régimen rige por diez años desde la promulgación de la legislación, prorrogable por el Congreso. Segundo, establece varias presunciones legales a favor de personas desplazadas. Las presunciones son de dos tipos, las irrefutables y las refutables. Estas se activan cuando se cumplen los presupuestos fácticos incluidos en la ley. Por ejemplo, transferencias de propiedad a una persona relacionada con el conflicto armado son inválidas en derecho. En otros casos se presume la invalidez, pero el defecto es refutable. Estos son los casos en que la propiedad se encontraba en área de combate, la transferencia fue realizada a traficantes extraditados, la venta se efectuó por menos del 50 % del valor del mercado, la transferencia resultó en un cambio de cultivo de subsistencia a un monocultivo o minería industrial, o resultó en una transformación de tierras colectivas. Tercero, la nueva ley establece una inversión de la carga de la prueba. En los casos que apliquen estas condiciones, los reclamantes gozan de *presunciones* de derechos superiores al residente actual. Es este último quien tiene la carga de demostrar la validez de la transferencia demostrando la "buena fe exenta de culpa"; de lograrlo recibiría una compensación de parte del Estado, en lugar de una seca expulsión.

De esta manera, la Ley del 2011 pone de cabeza las reglas del derecho de propiedad clásico, al rechazar el elenco más común de presunciones a favor del dueño formal del bien, o al posesor material cuando se trata de disputas entre reclamantes a la mera posesión. En lugar de esto, la ley enumera las características que deben tener las transferencias de tierras que se definen como "despojo" o "abandono forzado". Estas serían las transferencias irregulares efectuadas debido al conflicto armado. Algunas pueden haber ocurrido con intimidación por uso de arma de fuego en áreas de conflicto armado, otras por medio de coerción en beneficio de poderosos intereses económicos y otras pueden haber resultado en enormes ganancias ilegítimas a compradores, o terminando en manos de combatientes armados o narcotraficantes. La ley, por tanto, establece la presunción de invalidez de todas estas situaciones prototípicas de transferencias cuestionadas e impone a los actuales propietarios, poseedores u ocupantes la carga de refutar tales presunciones, con una alta carga probatoria. De este modo, la legislación favorece a aquellos

propiedad sobre la tierra.indd 59 2/11/21 11:41 a.m.

que han sido despojados y que solo ostentan un reclamo "informal". En muchos casos, esos reclamantes no disponen de títulos actualmente registrados y algunos de ellos nunca los tuvieron.

Notablemente, la ley no hace diferencia entre reclamantes que eran propietarios y los que eran poseedores u ocupantes. Provee un proceso para la restitución a la situación anterior, independientemente de derechos formales previos. Además, proporciona un mecanismo para transformar lo que eran posesiones u ocupaciones irregulares, en el pasado, en propiedad plena, en el mismo procedimiento. La ley provee que los jueces de tierra deben formalizar los derechos y conceder la propiedad plena, si los reclamantes reúnen los requisitos. En particular, la adjudicación de un título de propiedad puede ser indicado cuando se cumple con la prescripción adquisitiva, contando los años que los reclamantes estuvieron lejos del bien, o cuando el reclamante reúne los requisitos planteados por el programa de reforma agraria. Dichos títulos, cuando son concedidos, imponen una restricción de enajenación que prohíbe su venta durante dos años. Pero después son libremente enajenables.

Este ensayo contempla las disposiciones empleadas por el Congreso colombiano para facilitar la restitución de tierras a las personas desplazadas. Analiza las técnicas de derecho privado empleadas. También ubica la Ley 1448 del 2011 dentro del contexto contemporáneo de formalización de propiedad, una tendencia particularmente fuerte en los países en vía de desarrollo. La Ley 1448 en sí es igualmente un mecanismo de formalización de los derechos de propiedad, en cuanto la tierra no es solamente restituida sino también formalizada y transformada en propiedad plena.

En relación a la restitución, la presente discusión subraya los cambios significativos que esta ley implica frente al régimen ordinario de propiedad. Estas técnicas cambian las reglas de base del derecho de propiedad al establecer un procedimiento especial, asistencia técnica estatal, una serie de presunciones en casos tipos de ilegitimidad y la inversión de la carga de la prueba. Además de su uso para casos de restitución, este ensayo sostiene que este tipo de régimen puede servir de modelo para la implementación de otras políticas públicas de gran importancia. Los mecanismos jurídicos introducidos en la legislación colombiana, pensados para la restitución, ofrecen las bases para un nuevo derecho *ordinario* de la propiedad, más adaptado a diferentes circunstancias territoriales. Estos mismos mecanismos no necesitan ser limitados a una situación excepcional o a un estrecho periodo de transición. Pueden servir para implementar mejor objetivos de política pública a largo plazo —como puede ser la reforma agraria, la desconcentración de la tenencia de la tierra, viviendas para residentes de bajos ingresos y otros objetivos.

propiedad sobre la tierra.indd 60 2/11/21 11:41 a.m.

En relación a la formalización de la propiedad, la discusión aquí cuestiona la sostenibilidad de una redistribución de tierras basada en la sola forma jurídica de la propiedad plena, tal y como es definida clásicamente en el Código Civil. Es predecible que este tipo de propiedad produzca una reconcentración de tierras. Este es el caso, especialmente, en contextos de economías de mercado y sociedades con grandes diferencias socioeconómicas. Las fuerzas económicas operando en el mercado pueden fácilmente deshacer los logros obtenidos en programas de restitución o redistribución efectuados mediante la concesión de títulos plenos. Incluso si la Ley de Restitución de Tierras fuera fielmente implementada a la letra, la reasignación de tierras sería a duras penas sostenible o duradera. Luego de la restitución, los grandes intereses económicos, o inclusive actores empleando medios de presión, hasta podrían hacerse más fácilmente a las propiedades más deseadas. Estas transferencias, ya después legales, ocurrirían predeciblemente bajo diferentes formas de coerción no fácilmente sancionables, amenazas indirectas o presiones socioeconómicas generales, que enfrenta gran parte de la población rural. La comerciabilidad irrestricta del título agravaría esas presiones, luego de la restricción inicial de dos años para dicha comerciabilidad. Estas transferencias sucesivas, no claramente voluntarias, debilitarían el propósito de dicha ley de reasentar poblaciones desplazadas en sus tierras de origen. Y, más allá de la posible vulneración de la voluntad individual, socavan los propios objetivos de política pública que estos programas intentan avanzar.

Este ensayo recomienda, pues, medios jurídicos más sostenibles para mantener las tierras restituidas en manos de sus destinatarios más vulnerables. En este sentido, el ensayo toma inspiración del mismo régimen de derecho privado transicional implementado en Colombia con la Ley 1448. Las presunciones legales y la inversión de la carga de la prueba ofrecen herramientas que se pueden aplicar de manera más permanente. En específico, estas pueden ser adaptadas para otros objetivos y otras funciones. Para tal fin, las presunciones no tendrían que ser irrefutables —como no lo son en muchos casos contemplados en la ley actual de restitución—. Pueden ser presunciones que, sin embargo, dificulten o imposibiliten transferencias a usos o personas fuera de las actividades o poblaciones legislativamente protegidas. No obstante, pueden admitir prueba en contrario. Estas pruebas estarían vinculadas a los objetivos legislativamente deseados.

Podría considerarse un sistema de transferencias de propiedad similar a la combinación de presunciones y pruebas del actual régimen de restitución, solo que se ajustaría al objetivo en consideración. En el caso de la reforma agraria, por ejemplo, además de otras restricciones posibles, una transferencia individual de propiedad proveniente de la reforma agraria solo gozaría de presunción de validez

propiedad sobre la tierra.indd 61 2/11/21 11:41 a.m.

si es efectuada a un tercero igualmente elegible a la reforma agraria. Transferencias a terceros no elegibles enfrentarían una presunción imprescriptible en su contra, sea refutable o irrefutable la presunción. En casos refutables, la presunción de invalidez podría ser superada solo con determinadas pruebas a cargo del comprador que defiende la transferencia. Estas pruebas se establecerían para coincidir con objetivos legislativos, tales como la aprobación de un proyecto excepcional en un territorio designado, ventas a precios ampliamente compensatorios a campesinos o reubicación a otros terrenos igualmente productivos, al igual que otras posibilidades distintas. Así pues, el modelo de reglas excepcionales, que permite la restitución de manera transicional, podría ser adaptado para alcanzar otras metas más permanentes. Podría contribuir a salvaguardar, por ejemplo, el sector de agricultura de pequeña escala, zonas destinadas para hogares de bajos ingresos y otros objetivos.

El presente ensayo se divide en tres secciones. La siguiente describe el esquema transicional de propiedad erigido en Colombia con la Ley 1448 sobre restitución de tierras, y examina las cláusulas de restitución contenidas en la ley, incluyendo los mecanismos de presunciones legales y la inversión de cargas de la prueba. La tercera sección estudia los aspectos de formalización de la propiedad incluidos dentro de dicha ley. El análisis presentado cuestiona los beneficios a largo plazo de la figura jurídica de propiedad plena como único modo de formalización, aspecto que es priorizado en esta ley. A lo largo de la discusión, este ensayo argumenta, en cambio, a favor de los mecanismos en la Ley de Restitución de Tierras para otros propósitos, más allá de la presente ley, como serían el de proteger los mismos logros del programa de restitución, un cúmulo suficiente de tierras para hogares de bajos ingresos y un sector viable de agricultura a pequeña escala.

RESTITUCIÓN DE TIERRAS PARA PERSONAS DESPLAZADAS POR EL CONFLICTO ARMADO INTERNO

El desplazamiento forzado de campesinos ocupa un lugar central en el conflicto interno colombiano[1]. Algunos autores describen este fenómeno como una verdadera "contrarreforma agraria"[2]. El problema es grave. Según reportes, el 1,4 % de

1 Francisco G. Sanín, "¿Una historia simple?" (Colombia: Comisión Histórica del Conflicto y sus Víctimas, informes, 2016), 35-37. http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/mesadeconversaciones/PDF/una-historia-simple-1447167162-1460380556.pdf

2 Ricardo Rocha García, "Antecedentes y perspectivas del narcotráfico en Colombia: una mirada a las políticas. Instituto de Investigaciones Económicas", *Revista Latinoamericana de Economía* 32, n.º 126 (2001): 59.

propiedad sobre la tierra.indd 62 2/11/21 11:41 a.m.

la población en Colombia es dueña del 65,4 % de la tierra[3]. La violencia ha contribuido a despojar a campesinos, residentes rurales y agricultores de más de seis millones de hectáreas de tierras[4]. La ausencia física de estas personas ha permitido más fácilmente la concentración de tierras en menos manos. En algunos casos, aunque no en todos, estas tierras terminan bajo el dominio de grandes corporaciones de agricultura industrial o proyectos mineros. En otros casos, muy diferentes, estas tierras han sido apropiadas por otras personas igualmente desplazadas. Por estas y otras razones, una restitución de tierras a gran escala enfrenta numerosos obstáculos e intereses.

Antecedentes de la Ley 1448 del 2011

Un antecedente histórico al presente intento fue la controversial Ley de Justicia y Paz en el 2005 que, entre otros asuntos, contempló reparaciones para las víctimas del conflicto[5]. Sus normas en materia de restitución de tierras eran ambiguas y más bien conectadas con la entrega de bienes por parte de combatientes desmovilizados. Estos bienes integrarían un fondo general para la reparación de víctimas. No proveía un mecanismo de pleitos individuales por parte de los desplazados para la restitución de sus propias tierras.

La actual Ley 1448 del 2011, sin embargo, combina medidas de justicia transicional con mecanismos individuales de restitución de tierras. Esta legislación fue producto de una combinación sorprendente de intereses políticos[6]. No menos, es resultado de una decisión de tutela emitida por la Corte Constitucional dictando que el Gobierno desarrollara una política pública de restitución de tierras para las personas desplazadas[7]. En este esfuerzo confluyeron el Ministerio

3 Comisión de Seguimiento a la Política Pública sobre Desplazamiento Forzado, VI Informe a la Corte Constitucional (junio del 2008), 22.

4 Comisión de Seguimiento a la Política Pública sobre Desplazamiento Forzado, Cuantificación y Valoración de las Tierras y Bienes Abandonados o Despojados a la Población Desplazada en Colombia (5 de enero del 2011). Según este informe, el total de hectáreas asciende a 6.600.000 hectáreas.

5 Los artículos 46 y 52 de la Ley 975 del 2005 contemplaron restituciones de tierras, pero bajo una comisión regional. Esta ley fue criticada por permitir impunidad a los actores paramilitares. Una historia más detallada de las restituciones de tierras a favor de las personas desplazadas se encuentra en Ana Jimena Bautista Revelo, *La restitución de tierras en Colombia: ¿realidad o ficción?* (Ecuador: Universidad Andina Simón Bolívar, 2014); David L. Attanasio y Nelson Camilo Sánchez, "Return Within the Bounds of the Pinheiro Principles: The Colombian Land Restitution Experience", *Washington University Global Studies Law Review* 1 (2012): 11; Rodrigo Uprimny-Yepes y Nélson Camilo Sánchez, "Los dilemas de la restitución de tierras en Colombia", *Revista Estudios Socio-Jurídicos* (2010).

6 María Paula Saffon Sanín, "The Project of Land Restitution in Colombia: An Illustration of the Civilizing Force of Hypocrisy?", *Estudios Socio-Jurídicos* 12, n.º 2 (2010): 109-194.

7 Las sentencias de tutela son emitidas por una sala de tres magistrados, y uno de ellos es el magistrado ponente del proyecto de sentencia. Las sentencias de tutela se diferencian de las sentencias

propiedad sobre la tierra.indd 63 2/11/21 11:41 a.m.

del Interior y de Justicia, el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, dos agencias gubernamentales y varios legisladores[8].

En su sentencia, la Corte Constitucional declaró un *estado de cosas inconstitucional* en relación con la situación de las personas desplazadas y ordenó al Gobierno tomar acciones en ese sentido a través de políticas públicas[9]. La Corte también estableció una comisión de seguimiento, la cual tenía como función el monitoreo del cumplimiento de las órdenes dadas por la Corte. En el 2009, la Corte expidió otra decisión en la cual reiteró el estado de cosas inconstitucional[10]. Para el 2010, el recién elegido Gobierno de Juan Manuel Santos, junto a su coalición parlamentaria denominada *Unidad Nacional*, apoyó la restitución de tierras[11]. En el 2011 fue expedida la ley[12].

La restitución de tierras enfrenta varios desafíos fácticos y legales. Ciertamente, el regreso de las personas desplazadas a sus hogares ha sido impedido por el mismo transcurrir del conflicto armado. Estas personas dejan abandonadas sus tierras a causa de combates dentro de sus propiedades o cerca de ellas, situaciones que son legalmente definidas como "desplazamiento forzado"[13]. También fueron despojadas debido a intimidaciones o usos coercitivos de instrumentos legales de transferencia de la propiedad en favor de otra persona, lo cual es definido como un "despojo"[14]. El hecho de que la ley haya entrado en vigor antes de que finalizaran las hostilidades y que muchas áreas aun tengan problemas de seguridad ha significado que no todas las personas desplazadas hayan podido hacer uso de estas disposiciones.

Cerca del 75 % de las personas desplazadas reclaman haber tenido plenos derechos de propiedad sobre sus tierras, mientras que las demás afirman haber sido poseedoras irregulares de alguna clase[15]. Existe una perspectiva bastante difundida que toma a la informalidad como la causa de la violencia. Según este razonamiento, es más fácil despojar a poseedores informales dado que ellos no tienen registros oficiales. No obstante, según las cifras, son más que todo propietarios plenos los que han sido víctimas de despojo. Esto indica que tener títulos plenos de propiedad no ha sido garantía en contra del despojo. Más aun, en algunos

---

de constitucionalidad, entre otros puntos, en que su función es determinar la violación de derechos constitucionales, más que la validez formal o material de una ley o un decreto con fuerza de ley.

8 Para un análisis general sobre esta materia véase Revelo, *La restitución de tierras*.

9 Sentencia T-025 del 2004.

10 Corte Constitucional, Auto 008 del 2009.

11 Saffon, "The Project of Land Restitution in Colombia".

12 Véase Juan Fernando Cristo, *La guerra por las víctimas: lo que nunca se supo de la ley* (Bogotá: Ediciones B, 2012).

13 Corte Constitucional, Sentencia T-025 del 2004.

14 *Ibid.*

15 Comisión de Seguimiento a la Política Pública sobre Desplazamiento Forzado, Primer Informe a la Corte Constitucional (31 de enero del 2008), 58.

propiedad sobre la tierra.indd 64 2/11/21 11:41 a.m.

casos, el sistema legal ha proveído los mecanismos legales para regularizar o formalizar transferencias deshonestas.

En algunos casos, las personas desplazadas fueron intimidadas para obligarlas a vender sus tierras. Esas presiones tomaron la forma de amenazas o presiones físicas, y las tierras fueron transferidas a combatientes, testaferros o traficantes de drogas. Estas ventas se hicieron por precios pírricos en las zonas de combate, cumpliendo incluso con los requisitos formales para un registro válido (a menos que se pudiera luego probar en los juzgados algún vicio o defecto en la venta). Bajo la ley ordinaria de propiedad, y sin la ocurrencia de estos juicios de impugnación, los propietarios actuales disfrutan de todos los beneficios y presunciones que conlleva la propiedad o los derechos de los poseedores u ocupantes, según sea el caso.

Algunas protecciones legales particulares para personas desplazadas existían antes del 2011[16]. Por ejemplo, el Estatuto de Desarrollo Rural, expedido en el 2007, estableció una presunción en contra del consentimiento voluntario en casos de transferencias de propiedad de personas desplazadas. Ese mismo estatuto prohibió posesiones en contra de personas desplazadas y estatuyó procedimientos para reestablecer sus derechos[17]. No obstante, dicha ley fue declarada inconstitucional por la Corte Constitucional en el 2009, por razones no relacionadas con estas disposiciones[18]. Adicionalmente, la Ley 387 de 1997 de asistencia a las personas desplazadas y sus decretos complementarios impusieron unas prohibiciones a las notarías y oficinas de registro para asentar o registrar transferencias de propiedades que hubieren sido notificadas de estar en zonas de desplazamiento forzado[19]. Sin embargo, estos mecanismos no son suficientes para conformar un programa de restitución de tierras a gran escala[20].

La Ley 1448 del 2011 es mucho más ambiciosa que las normas que la antecedieron. Es un ejemplo de justicia transicional en el ámbito de derecho privado. Cabe notar que la justicia transicional es comúnmente entendida como una excepción en la aplicación de las leyes penales ordinarias. Sin embargo, este concepto también puede ser extendido al derecho privado, para superar las leyes ordinarias que impiden una aplicación efectiva de programas de justicia restaurativa. Es de tal suerte que la Ley de Restitución de Tierras del 2011 delinea un régimen de excepción que cuenta con agencias administrativas especiales, distintos procedimientos y reglas sustantivas, y un rol multidimensional para los jueces de

16 Comisión de Seguimiento, VI Informe (véase nota 3).
17 *Ibid.*; Ley 1152 del 2007, arts. 127-132
18 Corte Constitucional, Sentencia C-175 del 2009.
19 Decreto Presidencial 2007 del 2000, regulatorio de la Ley 387 de 1997.
20 Comisión de Seguimiento, VI Informe (véase nota 3), 51.

propiedad sobre la tierra.indd 65 2/11/21 11:41 a.m.

tierras[21]. Las propiedades que estaban previamente en cabeza de personas desplazadas deben ser notificadas a una unidad administrativa especial de restitución de tierras. Esta unidad verifica y registra la propiedad, y la dispone para procedimientos de restitución. Las personas desplazadas tienen a su favor las presunciones y la inversión de la carga de la prueba hacia sus oponentes. Los jueces, además, pueden proveer la restitución de la tierra, la regularización del título, así como otras medidas.

A pesar de este régimen favorable, es probable que la ley no llegue a cumplir sus propósitos. Existen intereses económicos que, no sorprendentemente, se oponen a la ley. De tal modo, la ley será ineficaz a la hora de enfrentar a los mayores despojadores de tierra. Además, será efectiva solo en aquellas áreas donde el Estado pueda controlar de forma efectiva el territorio. Intimidación y violencia física en contra de los reclamantes de las tierras más apetecidas ya ha sido reportada y es probable que persista. Bandas criminales, conocidas como *bacrims*, se han formado para intimidar a las personas desplazadas y presionarlas para que no hagan reclamos de restitución[22]. La organización Amnistía Internacional reportó en el 2014, tres años después de la promulgación de la ley, que su progreso había sido lento y que 35 individuos conectados con reclamos de restitución habían sido asesinados[23]. Colombia ha tenido una larga historia de violencia a causa de la posesión de tierra. El retorno al conflicto armado en zonas de restitución desafortunadamente no puede ser descartado.

Los resultados de dicha ley, de manera más realista, podrían ser evaluados por su *relativa* contribución a sus objetivos generales. Con el fin formal de las hostilidades con las guerrillas de las FARC y la iniciación de las conversaciones con el ELN, ahora abandonadas, la Ley de Restitución tiene mejores perspectivas. A junio del 2017, los reportes indican que aproximadamente 4600 casos, de un estimado de 360.000, han sido decididos por los jueces de restitución de tierras[24]. Los títulos de propiedad de diecinueve grandes empresas relacionadas con el sector financiero, cemento, minero, agroindustria y ganadería han sido cancelados sin compensación luego del proceso de restitución[25]. Esos casos suman

21 Manuel Fernando Quinche, Rocío del Pilar Peña y María Mónica Parada, *El amparo de tierras: La acción, el proceso y el juez de restitución* (Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2015).

22 Amnistía Internacional, "A Land Title is Not Enough: Ensuring Sustainable Land Restitution in Colombia" (2014), 32.

23 *Ibid.,* 34.

24 Fundación Forjando Futuros, "¿Por qué ha sido tan lenta la restitución de tierras?" (mayo 22 del 2017). http://forjandofuturos.org/fundacion/index.php/sala-de-prensa/noticias

25 Fundación Forjando Futuros, "Magistrados condenan a reconocidas empresas a devolver Tierras" (1.º de noviembre del 2016). http://forjandofuturos.org/fundacion/index.php/sala-de-prensa/comunicados?start=10; "Estas son las empresas que han sido condenadas a restituir tierras", *El Uni-*

propiedad sobre la tierra.indd 66 2/11/21 11:41 a.m.

aproximadamente 53.821 de hectáreas restituidas[26]. Además, y de acuerdo con la asociación de empresas mineras de Colombia, 129 casos han involucrado a compañías mineras y 69 concesiones mineras han sido canceladas como resultado de los procedimientos de restitución[27].

De forma notable, la Ley de Restitución de Tierras incluye mecanismos para suavizar la oposición de actuales ocupantes o propietarios, como el autorizar que los jueces de tierras aprueben contratos de arriendo para tierras restituidas en zonas de "proyectos productivos" de agricultura o industria minera a gran escala[28]. Los reclamantes de restitución pueden aceptar recibir un pago de arriendo en lugar del uso fáctico de la tierra[29]. No obstante, solo actuales propietarios que hayan adquirido la tierra de buena fe, como se discute más abajo, pueden recibir los beneficios de esta previsión. De lo contrario, los proyectos productivos serían transferidos al Estado para que se asigne un operador distinto. Aun así, el reclamante puede aceptar una alternativa al derecho de posesión inmediata.

Como ya se mencionó, la ley también convierte la mayoría de tierra restituida en títulos de propiedad plena, independientemente de si el reclamante era propietario o no antes del despojo. El título, como dijimos, viene con una prohibición de enajenación de dos años. Después de esos dos años, las tierras restituidas pueden entrar al mercado para ser libremente comercializadas. Así, intereses económicos podrían fácilmente comprar la tierra después de esos dos años. No habría necesidad de usar nuevamente métodos violentos para forzar su transferencia. Dependiendo del estado económico de sus potenciales vendedores (los desplazados recién restituidos), sería más o menos fácil conseguir que vendan. Esto conlleva que futuros compradores gozarían de mejor posición para obtener un título legítimo, en el mediano plazo. De esta manera, pueden vislumbrarse futuras grandes concentraciones. Algunos críticos arguyen, por tal razón, que este es el verdadero propósito de la ley: bajo el pretexto de la restitución de tierras a personas desplazadas, el título formal es saneado y expedido, lo que hace que dicha tierra sea mejor avaluada por agricultores o intereses mineros[30]. Estos últimos pueden luego hacerse fácilmente con los títulos formales.

---

versal, 2 de noviembre del 2016, http://www.eluniversal.com.co/colombia/estas-son-las-empresas-que-han-sido-condenadas-restituir-tierras-239156

26 Fundación Forjando Futuros, "Magistrados condenan".

27 "Por restitución de tierras, 69 títulos mineros cancelados", *Portafolio*, 29 de mayo del 2017, http://www.portafolio.co/economia/por-restitucion-de-tierras-69-titulos-mineros-cancelados-506318

28 Ley 1448 del 2011, art. 99.

29 Corte Constitucional, Sentencia C-715 del 2012. La Corte mantuvo la constitucionalidad de esta disposición indicando que se requiere el consentimiento del reclamante, quien podría optar por el uso fáctico de la tierra.

30 Revelo, *La restitución de tierras,* 51-52

propiedad sobre la tierra.indd 67 2/11/21 11:41 a.m.

Los aportes conceptuales de la Ley 1448 del 2011

En términos procesales, la Ley de Restitución de Tierras provee un procedimiento judicial por medio del cual pueden ser restaurados los derechos a la propiedad de las personas desplazadas. Los reclamos pueden ser realizados por las personas despojadas o que abandonaron forzadamente sus tierras entre el 1.º de enero de 1991 y la fecha de expiración en el 2021[31], prorrogada hasta el 2031[32]. Esta disposición legal también proporciona asistencia material a los reclamantes para cubrir deudas pasadas y recibir subsidios para mejoras y mantenimiento.

Además, merecen atención dos características distintivas en la ley. La primera es el establecimiento de ciertas presunciones legales y la segunda es la inversión de la carga de la prueba[33]. El carácter inusual y "revolucionario" de esto fue resaltado por el entonces[34] senador Luis Carlos Avellaneda, del Partido Polo Democrático Alternativo, quien se refirió en los siguientes términos sobre el particular:

> Nos parece a nosotros que es muy bueno que el proyecto haya traído un revolucionario aspecto desde el punto de vista legal, que es la inversión de la carga de la prueba. Para todos nosotros que fuimos a la escuela de derecho, allá nos enseñaron que recae sobre el demandante y acá la estamos invirtiendo; pero Señor presidente, déjeme argumentar esto, argumentar que una de las contribuciones de este proyecto es el establecimiento de ciertas presunciones, presunciones que fueron bienvenidas por el Gobierno Nacional y fueron bienvenidas por mis colegas que acá han presentado. Nosotros sostenemos que la creación de dos presunciones que, cuando las circunstancias relevantes se cumplen, las transacciones legales que intentan crear bases legales ficticias para el despojo, entonces nosotros podemos decir que dadas las circunstancias relevantes y la presunción es irrefutable, que no hay prueba que pueda derrotarla, todas las transacciones legales [que caen en esta categoría] son presumidas como involuntarias o sin una causa lícita[35].

31 Revelo, *La restitución de tierras*, 56. La fecha de corte se explica teniendo en cuenta que para ese tiempo los términos de una prescripción adquisitiva no se han agotado.

32 Ley 2078 del 8 de enero del 2021.

33 Nicole Summers, "Colombia's Victims' Law: Transitional Justice in a Time of Violent Conflict?", *Harvard Human Rights Journal* 25 (2012): 219-235, 229-230. En este documento se resaltan estos factores como "el mayor logro" que esta ley contiene.

34 Revelo, *La restitución de tierras*, 33. El Polo Democrático era para ese momento el único partido de oposición al Gobierno y su bancada de 'Unidad Nacional' en el Congreso de la República; su representación era del 4,8 % de los escaños y era conocido como el principal vocero de las víctimas del conflicto y sus derechos.

35 Presentación del senador Luis Carlos Avellaneda Tarazona, del Polo Democrático, Senado de la República, Actas de Comisión, Comisión Primera Constitucional Permanente Honorable Senado de la República, *Gaceta del Congreso* 102 (18 de marzo del 2011): 24-25.

propiedad sobre la tierra.indd 68 2/11/21 11:41 a.m.

En el 2008, la Comisión de Seguimiento de la Corte Constitucional había exhortado al Congreso a que estableciera reglas procesales especiales como parte del programa de restitución de tierras[36]. En específico, la Comisión recomendó invertir la carga de la prueba hacia los oponentes de los reclamos de restitución y suavizar requisitos probatorios que demuestren la conexión de la tierra con las personas desplazadas[37]. Reafirmando tales recomendaciones, y sobrepasándolas, la Corte Constitucional especificó en el 2009 que el Gobierno debería considerar el establecimiento de presunciones de ilegalidad e inversiones de la carga de la prueba[38]. La Corte recomendó tres de estas situaciones: abandonamiento de tierras durante los periodos de despojo expresamente reconocidos en el proceso transicional; tierras localizados en zonas donde se hubieren emitido reportes de riesgo; y, por último, en territorios de tierra colectiva de poblaciones indígenas o afrocolombianas donde se hubiere presentado una solicitud de titulación[39].

Además del mandato de la Corte Constitucional, la legislación también se refiere a principios influenciales elaborados a nivel internacional aplicables a situaciones de restitución de tierras. Unos de los más importantes son los Principios Pinheiro[40], oficialmente reconocidos en agosto del 2005 por la Subcomisión de las Naciones Unidas sobre la Promoción y Protección de los Derechos Humanos. El trabajo inicial sobre estos principios empezó en 1997, cuando el Comité sobre la Eliminación de Discriminación Racial (CERD, por sus siglas en inglés) propuso que la Subcomisión estudiara el retorno de la tierra o las propiedades de los refugiados o personas desplazadas. En su versión final, los principios obtuvieron su denominación después de que el relator especial de la Subcomisión, el sociólogo brasilero Paulo Sergio Pinheiro, condujera el estudio. Los Principios Pinheiro son una serie de guías y de mejores prácticas recomendadas a los Estados y a las agencias internacionales adelantando procesos de restitución de bienes o propiedades a antiguos habitantes en el contexto de una justicia transicional.

Específicamente, los Principios Pinheiro contienen una disposición importante sobre las presunciones legales. Bajo el Principio 15, que se refiere a vivienda, tierra y registros y documentación de la propiedad, se establece:

36 Comisión de Seguimiento, VI Informe (véase nota 3), 68.
37 Comisión de Seguimiento, VI Informe (véase nota 3), 68-69. La Comisión también recomendó que los reclamos de restitución fueran decididos por la Comisión de Verdad y Restitución, cuya creación también fue propuesta por esta Comisión.
38 Corte Constitucional, Auto 008 del 2009.
39 *Ibid,* parágrafo 83.
40 Attanasio y Sánchez, "Return Within the Bounds".

propiedad sobre la tierra.indd 69 2/11/21 11:41 a.m.

> 15.7. Los Estados pueden, en situaciones de desplazamiento masivo donde poca evidencia documental exista sobre derechos de propiedad o posesión, adoptar la presunción conclusiva de que las personas que huyen de sus hogares durante un periodo de tiempo marcado por violencia o desastres lo han hecho por razones relacionadas con la violencia o desastre y, por lo tanto, tienen derecho a restitución de vivienda, propiedad, o tierras. En tales casos, las autoridades administrativas o judiciales pueden establecer, de forma independiente, los hechos relacionados con reclamos indocumentados de restitución.

Notablemente, el primer proyecto de ley sobre víctimas, presentando en el Senado por el Partido Liberal en el 2007, durante el Gobierno de Álvaro Uribe, no contenía disposiciones relacionadas con las presunciones legales[41]. Estas fueron introducidas en una segunda versión en el Senado. En los sucesivos debates en la Cámara de Representantes, el Gobierno introdujo su propio proyecto, pero mantuvo las disposiciones sobre la restitución de tierras y su régimen probatorio excepcional[42]. Este primer intento de legislación no progresó. Solo fue en el 2010, durante el Gobierno de Manuel Santos, que la ley se introdujo de nuevo. En esa versión se mantuvieron las mismas disposiciones sobre la restitución de tierras. El resultado fue la Ley 1448 del 2011.

En una brillante tesis doctoral, Juana Dávila[43] descubre que las presunciones, la inversión de la carga de la prueba y la "buena fe exenta de culpa" son ideas originalmente propuestas por entes consultores al Gobierno, financiados por el Banco Mundial y la USAID (la agencia estadounidense para asistencia internacional)[44]. Los expertos principales, consultados por el Partido Liberal, se inspiraron en los Principios Pinheiro, experiencias en la ex-Yugoslavia, la legislación agraria colombiana durante el periodo de la Violencia[45], al igual que la observación fáctica de la vulneración generalizada de la autonomía de la voluntad, en áreas controladas por fuerzas irregulares. Las innovaciones probatorias entran por primera vez en el segundo debate en el Senado en el 2008, introducidas por el senador

41 Uprimny-Yepes y Sánchez, "Los dilemas de la restitución", 305-322.
42 Saffon, "The Project of Land Restitution in Colombia".
43 Juana Dávila, "A Land of Lawyers, Experts and 'Men without Land': the Politics of Land Restitution and the Techno-Legal Production of 'Dispossessed People' in Colombia" (tesis doctoral, Departamento de Antropología, Universidad de Harvard, noviembre del 2017), 291-312.
44 Citados como Caio y Celso, en la tesis de Juana Dávila, consultores colombianos en el Project for Protection of Land and Patrimony of Internally Diplaced Persons, del Banco Mundial. Además, los consultores de la organización Midas (Program on Alternative and Sustainable Development), financiada por USAID, acogen luego este mismo régimen probatorio excepcional.
45 Ley 201 de 1959.

propiedad sobre la tierra.indd 70 2/11/21 11:41 a.m.

liberal Juan Fernando Cristo[46]. Sin embargo, los orígenes de los varios dispositivos se confunden entre las organizaciones consultoras, congresistas proponentes de la legislación y la Comisión de Seguimiento de la Corte Constitucional. No es simple identificar la génesis definitiva de las ideas.

En todo caso, como se evidencia en el registro de los debates en el Congreso, la decisión de la Corte Constitucional fue fundamental en las discusiones parlamentarias. La Ley 1448 del 2011 provee una lista incluso más larga que la sugerida por la Corte Constitucional[47]. Esencialmente, la explicación de los ponentes es la siguiente:

> La precedente [la restitución de tierras], se encuentra enmarcada en la justicia transicional y el establecimiento de áreas de prioridad para el proceso de restitución de tierras para los despojados, como fue elaborada por el Gobierno. Se crea un sistema de registro de tierras despojadas, y se determina la posesión, ocupación y despojo de propiedad de tal forma que los jueces apliquen las presunciones legales y la inversión de la carga de la prueba en favor de las personas que fueron despojadas, y que ordenen la restitución [de la tierra] en procesos judiciales con apelaciones excepcionales, de modo que solo aquellos que se opongan a la restitución deben hacer respetar sus derechos en un procedimiento expedito.
>
> *El proceso girará en torno a la presunción de ausencia de consentimiento de todas las transferencias o cambios en la posesión en zonas donde ha ocurrido violencia ilegal armada durante el tiempo del despojo y sobre las cuales las personas despojadas reclaman la restitución de sus derechos*[48] (énfasis añadido).

Las leyes ordinarias de propiedad, por lo tanto, quedan descartadas en estas situaciones. Los reclamantes necesitan solamente declarar su conexión interrumpida con la tierra. La unidad administrativa creada por la ley entonces se encarga de verificar el reclamo, registrar la parcela en el Registro de Tierras Despojadas y

46 *Gaceta Oficial* 256 (15 de mayo del 2008). Propuesta para segundo debate: proyecto de Ley n.º 044 del 2007 de la Cámara de Representantes y n.º 157 del 2007 del Senado.

47 Ponencia para primer debate al proyecto de Ley n.º 107 del 2010 Cámara, por la cual se dictan medidas de atención y reparación integral a las víctimas de violaciones a los derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario. Acumulado proyecto de Ley n.º 85 de Cámara, por la cual se establecen normas transicionales para la restitución de tierras.

48 Ponencia para primer debate al proyecto de Ley n.º 213 del 2010 Senado, 107 del 2010 Cámara acumulado con el proyecto de Ley n.º 085 del 2010 Cámara, por la cual se dictan medidas de atención, reparación integral y restitución de tierras a las víctimas de violaciones a los derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario y se dictan otras disposiciones. Bogotá, 23 de febrero del 2011. De los honorables senadores Juan Fernando Cristo B., coordinador de ponentes; Jorge Eduardo Londoño U., Hernán Francisco Andrade S., Luis Carlos Avellaneda T., Roy Leonardo Barreras M., Hemel Hurtado Angulo, ponentes.

propiedad sobre la tierra.indd 71 2/11/21 11:41 a.m.

Abandonadas Forzosamente, y adelantar el proceso de restitución. Sea un proceso administrativo o judicial, las presunciones y la inversión de la carga de la prueba favorecen al reclamante.

Presunciones legales a favor de reclamantes "informales" de restitución

Una presunción irrefutable (*de iure*) de invalidez aplica a las transferencias de tierras a partes que son partícipes del conflicto armado[49]. En estos casos la transferencia es simplemente una nulidad, así como todas las demás transferencias subsiguientes. Las presunciones refutables (*iuris tantum*) son establecidas en el numeral 2 del artículo 77 de dicha ley:

> Áreas en cuyas colindancias hayan existido actos de violencia generalizada, desplazamiento forzado colectivo, o graves violaciones de Derechos Humanos.
>
> Sobre inmuebles colindantes de aquellos en los que, con posterioridad o en forma concomitante a las amenazas, se cometieron los hechos de violencia causando concentración de la propiedad de la tierra en una o más personas, directa o indirectamente; o cuando el uso de tierras vecinas haya cambiado significativamente, de cultivo de subsistencia a agricultura monocultivo, ganadería extensiva o minería industrial. Transferencias a personas extraditadas por tráfico de drogas o crímenes conexos, o personas que hayan actuado a su nombre.
>
> Donde el precio de venta pactado haya sido por debajo del 50 % del valor del mercado.
>
> Frente a propiedad adjudicada por el Estado a empresas comunitarias, cuando con posterioridad al desplazamiento forzado se haya dado una transformación en los socios integrantes de la empresa[50].

Los reclamantes no necesitan demostrar un derecho formal, en particular, sobre la propiedad en cuestión previo al despojo. Estos vínculos pueden consistir bien en el registro formal de la propiedad, la posesión de la propiedad privada de otro o la ocupación de tierras del Estado[51]. La ley aspira, como mínimo, restablecer la situación *ex ante* al despojo. El reclamante no necesita tener documentos oficiales sobre la propiedad en casos en los que él fuera el poseedor o mero ocupante[52]. Cuando el caso se refiere a un anterior propietario registrado, el reclamante

49 Ley 1448 del 2011, art. 77.
50 Ley 1448 del 2011, num. 2, art. 77.
51 Ley 1448 del 2011, art. 75.
52 Ley 1448 del 2011, art. 76.

propiedad sobre la tierra.indd 72 2/11/21 11:41 a.m.

puede haber sido forzado a firmar documentos de transferencia y adelantar el registro. En estos casos, la ley establece que una simple declaración sobre su pasada relación con las tierras es suficiente para iniciar el procedimiento de restitución[53]. De tal modo, la ley privilegia en este sentido a reclamantes *informales*.

La inversión de la carga de la prueba en contra del ocupante secundario

Como se ha indicado, la Ley de Restitución de Tierras requiere que a los "ocupantes secundarios", es decir, los que se oponen a los reclamos de restitución, les sea asignada la carga de la prueba. Los ocupantes secundarios son generalmente aquellos que ocupan el bien, formal o informalmente, cuando el reclamo es formulado, y deben demostrar que la presunción en su contra es falsa. El estándar probatorio que se requiere en este punto es el de "buena fe exenta de culpa", cuyos elementos no son definidos en el cuerpo de la Ley 1448 del 2011. Sin embargo, la Corte Constitucional ha definido cómo interpretar este estándar probatorio[54]. Así, la Corte indicó que la buena fe exenta de culpa se compone de un elemento objetivo y uno subjetivo, requiriendo, además, una *diligencia debida* para probar las circunstancias consensuales de la transferencia. De acuerdo con un análisis sobre los dos primeros años de vigencia de la ley, los jueces de tierras han encontrado probado este estándar probatorio cuando "el oponente no pudo haber conocido el contexto de violencia o la presencia de grupos armados… [y] cuando se ha demostrado que el oponente no ha tomado ventaja del contexto de violencia para obtener la propiedad de la tierra"[55].

Refutar exitosamente la presunción no significa, sin embargo, que el ocupante subsiguiente tenga derecho a permanecer en la propiedad, sino que se convierte en acreedor de una compensación económica por parte del Estado. Cuando el ocupante subsiguiente es, a su vez, una persona desplazada o beneficiario de previos programas de restitución de tierras, la legislación ordena un remedio alternativo para el reclamante, tal como la asignación de unas tierras distintas o una compensación monetaria.

La inversión de la carga de la prueba no ha estado exenta de críticas, incluso de la Asociación Nacional de Campesinos[56], precisamente por la responsabilidad

53 Ley 1448 del 2011, par. 2, art. 84.
54 Corte Constitucional, Sentencia C-330 del 2016, parágrafo 88.
55 Quinche, Peña y Parada, *El amparo de tierras*, 126-127.
56 "Corte Constitucional estudiará polémico punto de Ley de Restitución", *El País*, 20 de junio del 2016, http://www.elpais.com.co/colombia/corte-constitucional-estudiara-polemico-punto-de-ley-de-restitucion.html

propiedad sobre la tierra.indd 73 2/11/21 11:41 a.m.

que impone en actuales ocupantes[57]. En muchos casos, estos nuevos ocupantes no son usurpadores culpables, sino vecinos o desplazados de otras partes. La Corte Constitucional ha establecido una carga de la prueba "variable" (o una buena fe exenta de culpa menos rigurosa) para personas socioeconómicamente vulnerables que estén buscando una compensación económica como ocupantes subsiguientes[58].

Una teoría progresista de la propiedad en la práctica

La creación de presunciones legales no es una novedad. Por el contrario, las presunciones y la inversión de la carga de la prueba son técnicas bastante comunes tanto en las tradiciones del *civil law* como del *common law*. Estos mecanismos, como es claro, proveen beneficios a sus destinatarios. Sin embargo, las presunciones que otorga la Ley 1448 del 2011 y las inversiones de la prueba son inusuales. Más bien, estas ventajas jurídicas corren a favor del propietario formal o del posesor inmediato. En la nueva ley son reajustadas para aventajar a los desplazados y perseguir objetivos de política pública.

En la tradición civilista, el mecanismo procesal por medio del cual normalmente se reclama la usurpación o la transferencia ilegal es la acción de reivindicación, disponible únicamente para los dueños del bien[59]. Además, las leyes reconocen acciones a favor de los poseedores en contra de poseedores subsiguientes[60]. No obstante, en ambas situaciones, los reclamantes deben cumplir sus cargas probatorias demostrando su calidad de dueños o poseedores. La simple aseveración de una anterior posesión no sería suficiente para tales procedimientos ordinarios. Más aun, la ley de propiedad indica que es el dueño registrado, y en algunas ocasiones el poseedor material del bien, el que cuenta automáticamente con las presunciones legales a su favor. Una vez que la calidad de propietario es demostrada, especialmente por medio de registros de propiedad, es el demandante quien tiene la obligación de probar sus derechos. Este orden de prioridades, se puede decir, hace parte del corazón de la ley ordinaria de propiedad.

57 Discurso del ministro de Agricultura y Desarrollo Rural, tercer debate en la aprobación del proyecto de ley, en la Comisión Primera Permanente del Senado de la República, Acta n.º 47 del 2011, *Gaceta del Congreso* 294 del 20 de mayo del 2011 (debate del 12 de abril del 2011). En este punto, el ministro indica que cualquier "transferente de buena fe exenta de culpa en una cadena de transferencias tiene derecho a una compensación económica".

58 Corte Constitucional, Sentencia C-330 del 2016, par. 118.

59 Mauricio Rengifo Gardeazábal, *Teoría general de la propiedad* (Bogotá: Editorial Temis, 2011).

60 *Ibidem.*

propiedad sobre la tierra.indd 74 2/11/21 11:41 a.m.

Aproximaciones menos tradicionales del derecho de propiedad han demostrado que este no es necesariamente el caso. Una perspectiva realista del *common law* hace uso de la analogía del *manojo de palitos*, como metáfora para entender la propiedad. Las ideas de fondo fueron popularizadas por el profesor Wesley Hohfeld[61] —aunque él no utilizaba esta metáfora— en un intento por clarificar las ambigüedades en la jurisprudencia estadounidense, distinguiendo así los distintos tipos de relaciones (los distintos palitos) implicados en los conceptos legales (el manojo), como son la *propiedad* o los *derechos*. Esas relaciones muestran distintas características. Algunas —según Hohfeld— son propiamente derechos con deberes correlativos requeridos de una contraparte. Otros tipos de relaciones, no obstante, son mejor definidas como privilegios, poderes o inmunidades, con diferentes tipos de relaciones con la contraparte. Los conceptos legales, por lo tanto, reflejan distintos tipos de relaciones arquetipos sancionadas por la ley. Cada una describe una combinación distinta de derechos, privilegios, poderes e inmunidades y las relaciones justamente codificadas con sus contrapartes.

Esta perspectiva es útil para demostrar la naturaleza relacional de la propiedad. Es decir, la propiedad es una asignación de facultades jurídicas entre personas, y si algo queda claro es la relatividad de estas facultades. No hay asignación que sea absoluta porque las asignaciones existen siempre en contraposición con las facultades de terceros o el Estado. Pese a esto, en su acepción clásica, se supone que el propietario tiene en sus manos todos los palitos, o derechos, de manera absoluta. El poseedor, en cambio, tiene una gran cantidad de ellos, pero no todos. El reclamante de restitución, al contrario, en el derecho ordinario no tendría en la mayoría de los casos ningún palito —más bien solo un reclamo informal (salvo en los casos en que pueda aducir un vicio reconocible en la transacción de traspaso y no hayan vencido los periodos de prescripción).

Siguiendo esta misma línea teórica, el derecho de bienes puede ser visto de manera un poco diferente. Puede verse como un modo jurídico para reclamar una ventaja económica o material, que será reconocida o no por el Estado[62]. Cada parte en contienda puede expresar su interés en el mismo lenguaje de "derecho de propiedad". El reconocimiento de ventajas a una u otra parte depende del peso que se les dará a los elementos en consideración. Entre estos elementos típicamente se encuentran los actos formales, como la redacción de un contrato o el registro

61 Wesley Newcomb Hohfeld, *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning and Other Legal Essays* (New Haven: Yale University Press, 1919), 35-42.

62 Joseph W. Singer, *Entitlement: The Paradoxes of Property* (New Haven: Yale University Press, 2000). Con la palabra "ventaja" intento a aproximarme al concepto de "entitlement" de la tradición jurídica angloamericana.

propiedad sobre la tierra.indd 75 2/11/21 11:41 a.m.

de derechos. Pero también pueden incluir la posesión física, una relación pasada con el bien y hasta el contexto social. La lista de elementos solo depende de lo aceptable en una determinada comunidad jurídica. Además, el tipo de ventaja reconocida a la parte en cuestión por el Estado —los jueces o la administración— puede variar. Y las ventajas reconocidas por el Estado pueden tener diferentes calidades, como las señaladas por Hohfeld: un derecho pleno, un privilegio, un poder o una inmunidad. Estos reconocimientos en el régimen jurídico significan ventajas a una parte que terceros deben respetar.

Este abordaje subraya que existen expectativas "de propiedad" en ambas partes de una disputa sobre bienes. No se trata, entonces, de identificar el único propietario, y, como consecuencia de esa definición, decidir quién gana el pleito. Más bien, se trata de decidir entre múltiples y encontradas pretensiones de propiedad. Bajo la normativa ordinaria, la parte ganadora será, por lo general, la que posee un documento de compraventa notarizado y registrado, aunque no siempre es el caso. En vez de esas resoluciones automáticas —y hasta formalistas— la cuestión vista de manera más realista requiere una determinación entre diferentes reclamantes sobre quién será reconocido como "dueño", es decir, quién goza de la pretensión superior. Las partes contendientes pueden consistir, por ejemplo, en poseedores descontando un periodo de prescripción, el Estado con pretensiones de extinción de dominio o expropiación, o vecinos con privilegios para hacer alboroto o quemar desechos en lotes aledaños. Las decisiones judiciales entre estas partes se basan en las diversas pruebas de propiedad que son reconocidas oficialmente, a través de presunciones legales, cargas probatorias, documentación, registro y demás, para llegar a estas determinaciones. Estas se pueden organizar o cambiar en la legislación de manera variada para llegar a distintos objetivos. Además, los juzgados disfrutan de un gran margen de discreción para valorar cada elemento de prueba, argumento y posición.

Como tal, el derecho de la propiedad no es como lo describe la doctrina clásica. No es el derecho individual y absoluto sobre un bien. Más claramente, el Estado —a través de sus entidades— decide cómo valorar los variados reclamos sobre bienes. Bajo esta perspectiva, el derecho de propiedad suple las herramientas valorativas para determinar quién es el "dueño predominante" en cada situación y cuáles prerrogativas son implicadas en ese reconocimiento. En el derecho clásico de propiedad, quien detiene el acto notarial y el registro de propiedad generalmente goza de la gran presunción a su favor —aunque no es absoluta—. En el régimen transitorio en Colombia, en cambio, el reclamante informal ha sido dotado con la fuerza de la presunción.

Y estas ideas teóricas sobre la propiedad se trasladan con facilidad al campo procesal. Según el derecho ordinario, la mayoría de las disputas sobre la propiedad

propiedad sobre la tierra.indd 76 2/11/21 11:41 a.m.

deberían ser de fácil resolución: el propietario documentado y registrado goza de todas las presunciones. Un reclamante, por el contrario, podría ganar solo en casos excepcionales y si supera una alta carga de la prueba. Por ejemplo, un propietario registrado tiene la presunción a su favor de la libre venta de su tierra. Sin embargo, un acreedor hipotecario podría impedir o, por lo menos, condicionar su transferencia. De modo similar, el privilegio presuntivo de hacer lo que uno desea en su propiedad puede verse derrotado. Vecinos pueden exigir una moderación de ruidos, desechos y demás. El Estado puede exigir la manutención de cultivos productivos en tierras agrícolas. Sin embargo, a través de una reorganización de las pruebas y las presunciones se podría llegar a determinaciones muy diferentes en el derecho de la propiedad[63].

De hecho, la asignación de potestades y derechos reales está incrustada en una lógica muy paralela al régimen procesal de presunciones y pruebas. Una de las partes tiene a su favor la presunción y la otra tiene la carga de refutarla. La refutabilidad de la presunción, la carga de la prueba y las pruebas reconocidas son cuestiones que, sin embargo, pueden variar, y que pueden ser determinadas por vía legislativa o jurisprudencial. El propietario puede hacer ruido en su propiedad, sin embargo, un reglamento municipal sobre el control de ruido en áreas residenciales puede restringir estos derechos. Tal reglamento puede parecer, a primera vista, fácil de aplicar tal como aparece en los libros, pero su ejecución está sujeta a grandes márgenes de discrecionalidad. Puede requerir, por ejemplo, pruebas difíciles de obtener del volumen del ruido y la frecuencia de ladridos de perros de vecinos, u otros indicios. En otro ejemplo, los dueños tienen el derecho de vender su propiedad libremente, sin embargo, los titulares de hipotecas pueden bloquear la transferencia de títulos plenos, o hacer valer sus propios derechos contra poseedores en propiedad ajena, en algunos casos. Por otra parte, el no exponer sus reclamos en el momento debido, durante una subasta judicial, por ejemplo, o en una determinación de derechos entre poseedor y propietario, puede causar la supresión de los derechos del teniente de la hipoteca. De esta manera, la lógica procesal puede servir igual para resaltar, por tanto, la dimensión relacional y relativa de los reclamos sobre la propiedad.

Lo que el régimen de justicia transicional en Colombia hace es cambiar las presunciones ordinariamente reconocidas. En vez de favorecer al dueño registrado, la presunción de un derecho superior de propiedad es asignado según otros factores. Esos criterios se relacionan con el tipo de propietario formal y la cercanía

63 *Ibid.*, 94: "En la asignación de poderes presuntivos de control y de cargas de persuasión, la ley de propiedad delinea los contornos de las relaciones sociales".

propiedad sobre la tierra.indd 77 2/11/21 11:41 a.m.

de la propiedad con las áreas de violencia o conflicto armado. Lo que es más importante no es la formalidad en la propiedad de las tierras, sino el reconocimiento de condiciones informales que las afectan. Esos factores son privilegiados en la forma de presunciones legales al sostener que las transferencias de tierras bajo ciertas condiciones y a algunas personas se presumen inválidas. La mayoría de esas presunciones legales son refutables, pero con el cumplimiento de una pesada carga de prueba y estándar probatorio.

FORMALIZACIÓN DE TIERRAS EN LA LEY 1448 DEL 2011

La Ley de Restitución de Tierras provee, además, mecanismos para formalizar los títulos de propiedad. En los debates legislativos, el razonamiento fue el siguiente: "La decisión judicial [de restitución] ordenará la titulación de la propiedad restituida, independientemente de su condición previa. De esta forma, se logrará el objetivo de convertir la propiedad restituida en activos negociables"[64]. Se puede decir, entonces, que las intenciones de los autores de la ley recaen tanto sobre la restitución como en la formalización. La ley busca no solo restablecer las personas desplazadas en sus tierras de origen sino también formalizar dicha restitución en títulos plenos[65]. En todo caso, los jueces de tierras solo pueden conceder títulos plenos cuando los reclamantes hayan cumplido los requisitos[66].

En resumen, son dos los mecanismos por los cuales se ofrece la titulación. El reclamante bien puede cumplir con los requisitos de la prescripción adquisitiva o con los requisitos del programa gubernamental de adjudicación de tierras del Estado. La prescripción adquisitiva es un mecanismo común en muchos sistemas legales, incluido el colombiano. Por medio de ella se le reconocen derechos de propiedad a un poseedor cuando ha pasado cierto tiempo, generalmente cinco

64 Ponencia para primer debate al proyecto de Ley n.º 213 del 2010 Senado, 107 del 2010 Cámara acumulado con el proyecto de Ley n.º 085 del 2010 Cámara, por la cual se dictan medidas de atención, reparación integral y restitución de tierras a las víctimas de violaciones a los derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario y se dictan otras disposiciones. De los honorables senadores, Juan Fernando Cristo B., coordinador de ponentes; Jorge Eduardo Londoño U., Hernán Francisco Andrade S., Luis Carlos Avellaneda T., Roy Leonardo Barreras M., Hemel Hurtado Angulo, ponentes (23 de febrero del 2011).

65 Comisión de Seguimiento, VI Informe (véase nota 3), 51. Se estimaba que la tasa de informalidad para el 2004 era del 40 % respecto de toda la tierra registrada en el (incompleto) registro catastral nacional.

66 Quinche, Peña y Parada, *El amparo de tierras,* 128-131. Acá se argumenta que el precedente fijado por la Sala Civil Especializada en Restitución de Tierras del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el 31 de marzo del 2014, autoriza la formalización incluso cuando no se cumplen las condiciones impuestas por los subsidios de reforma agraria

propiedad sobre la tierra.indd 78 2/11/21 11:41 a.m.

años en Colombia[67], y él ha hecho uso del bien con explícito ánimo de "señor y dueño"[68]. Adicionalmente, programas de reforma agraria han sido implementados en Colombia, de una forma u otra, desde 1936[69] y han tenido el propósito de proveer tierra a campesinos sin tierras o a aquellos que fueren dueños de pequeños lotes de tierras improductivas. Al pasar de los años, estos programas han tenido un éxito muy parcial[70]. Solo arrancaron en serio a partir de la Ley 135 de 1961. Entre 1962 y el 2000 fueron beneficiadas 103.084 familias con aproximadamente 1,7 millones de hectáreas asignadas —un 0,4 % del total de la propiedad en el país ubicada dentro de la frontera agrícola[71].

La idea de reforma agraria retomó fuerza hace unos años debido a los acuerdos de paz con las FARC, ya que fue uno de los puntos principales de las negociaciones. El primerísimo capítulo del acuerdo contiene un ambicioso programa de restitución de tres millones de hectáreas a lo largo de los próximos doce años[72]. Este programa procedería en modo paralelo a las restituciones efectuadas bajo la Ley de Restitución de Tierras. Es más, la Ley de Restitución hace referencia a los requisitos de elegibilidad del programa de reforma agraria. Ordena al juez de restitución a efectuar una concesión de título pleno cuando el reclamante es ocupante —y no propietario— pero califica como beneficiario de reforma agraria. Por otro lado, el acuerdo de paz también se refiere a la restitución de tierras de manera indirecta. Contiene un capítulo independiente sobre la compensación a las víctimas y sobre la cuestión de la restitución de tierras. Sin embargo, se limita a reiterar y respaldar la legislación del 2011 sobre restituciones ya existente.

En cualquier caso, si las condiciones para la prescripción adquisitiva o la elegibilidad por reforma agraria se cumplen, el juez de restitución debe conceder tanto la restitución como el título. Si el reclamante no cumple alguna de estas dos condiciones, entonces el reclamante puede obtener la posición legal que tenía antes del despojo, un derecho distinto a la propiedad plena —como sería el caso de mero poseedor[73]—. De hecho, este ha sido el resultado judicial en algunos casos.

67 La Ley 791 del 2002 reformó los artículos pertinentes del Código Civil sobre la prescripción adquisitiva, estatuyendo que la prescripción extraordinaria se cumple a los diez años, mientras que la ordinaria se cumple en cinco.

68 Código Civil, arts. 762 y 2518.

69 Por ejemplo, véase la Ley 200 de 1936.

70 Helena Alviar García, "The Unending Quest for Land: The Tale of Broken Constitutional Promises", *Texas Law Review* 89, n.º 7 (2010-2011): 1895.

71 Predios ingresados. Informes de seguimiento. Oficina de Planeación e Informática. Incora. Citado en Incora, *Colombia, tierra y paz: Experiencias y caminos para la Reforma Agraria. Alternativas para el siglo XXI - 1961-2001* (Bogotá: MADR, 2001), 175-176.

72 http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/mesadeconversaciones/PDF/24-1480106030.11-1480106030.2016nuevoacuerdofinal-1480106030.pdf

73 Véase Rama Judicial del Poder Público, Juzgado Primero Civil del Circuito Especializado en Restitución de Tierras Distrito Judicial de Antioquia, Medellín. Reclamo de restitución y formalización

propiedad sobre la tierra.indd 79 2/11/21 11:41 a.m.

Formalización del derecho pleno individual

La formalización de la tenencia ha sido la práctica preferida por la comunidad internacional desde los años noventa, como herramienta para el desarrollo económico[74]. El sentido de la formalización que se pretende, sin embargo, es un poco particular. No significa una simple documentación y registro público, como sería el significado más transparente del término formalización. En vez, requiere una transformación de la tenencia de las relaciones actuales a una tipología de propiedad plena. En un sentido estricto, una formalización de la tenencia informal solo formalizaría las relaciones actuales no las transformaría en relaciones diferentes. Es decir, mantendría el cúmulo de relaciones jurídicas intactas. Solo las reconocería de manera formal por medio de una documentación oficial y un registro público. Sin embargo, la formalización apoyada internacionalmente y de gran auge en países en vía de desarrollo tiene otro significado. Requiere la transformación de relaciones actuales a la figura jurídica de propiedad plena, así como aparece en los códigos civiles modelados en el *Code Napoléon*.

Este enfoque sobre el derecho de propiedad plena se ha popularizado gracias al economista peruano Hernando de Soto[75]. La idea nace de sus reflexiones comparativas entre el Perú y países ya desarrollados, y las razones de sus diferencias económicas. Los derechos de propiedad plenos e hipotecables, según él, explican la diferencia. También el enfrentamiento en Perú en la década de los ochenta con la guerrilla maoísta Sendero Luminoso es otro elemento de su reflexión. Los pobres y las personas con tenencia informal no hacen parte del sistema capitalista. No tienen nada que perder con su destrucción. De Soto presenta otro sendero. Busca involucrar a los "informales" en el sistema económico de compraventas formales e ingreso al mundo de créditos hipotecarios. Esta sería su manera de integrar al segmento informal en la economía de mercado y crear más defensores de la economía política actual.

La fórmula ha sido acogida en muchos países en vía de desarrollo y por las instituciones financieras internacionales. Es llamativo tanto para la derecha política como para la izquierda. Para la izquierda, promete una transferencia de bienes a favor de los más pobres. Representa un programa social. Para la derecha, supone una solución de mercado al problema de vivienda. Mientras las invasiones de propiedad ajena y su regularización han sido firmemente rechazadas en el pasado, este enfoque plantea un argumento de tipo financiero para su reconocimiento.

---

de tierra de Ramiro de Jesús Arias Clavijo y María Nely Palacio, decisión n.º 61 (007), 2 de diciembre del 2013.

74 David W. Kennedy, "Some Caution about Property Rights as a Recipe for Economic Development", *Accounting, Economics and Law,* nº. 1 (2011).

75 Hernando de Soto, *The Other Path* (Nueva York: Basic Books, 2002).

propiedad sobre la tierra.indd 80 2/11/21 11:41 a.m.

La formalización de propiedad plena normaliza en la sociedad este tipo de propiedad como singular modo de vivienda. Refuerza el sistema de un mercado único para la transferencia de estas propiedades. Además, consolida la tipificación de estos derechos de propiedad en su forma más absoluta conocida en el Código Civil. Del mismo modo, ofrece más facilidad para una eventual enajenación de estos terrenos, previamente fuera del mercado formal por no tener título reconocido. Más aun, en la teoría, desarrolla y amplía el mercado financiero de hipotecas y créditos, gracias a la emisión de nuevos títulos sobre estas tierras. Estos créditos serían otorgados a residentes de bajos recursos, cuya única garantía sería su hogar informal recién titulado bajo estos programas.

Este ha sido el modelo de formalización de tierras en América Latina, con algunas excepciones, como los títulos colectivos concedidos a comunidades indígenas o afrodescendientes. Estos otros casos se erigen como jurisdicciones independientes o separadas, con distintas regulaciones, o simplemente como una propiedad indivisa. No obstante, en la gran mayoría de casos, ocupantes ilegales urbanos, programas de redistribución de tierra rural y programas en favor de aquellas personas desplazadas por guerras civiles han optado por la titulación de propiedad plena tal como aparece en el Código Civil.

En el caso de las zonas rurales en Colombia, muchos comentaristas han impulsado aún más esta corriente al denunciar la extensa informalidad de la tenencia como una de las razones del conflicto armado. Este diagnóstico torna aún más urgente el enfoque sobre la formalización. Derechos de propiedad inciertos, según esta perspectiva, han sido la causa del conflicto. Es entendible, entonces, que el primer punto de las negociaciones con las FARC se refiera, de hecho, a cuestiones sobre la tierra y la reforma agraria. En este aspecto, la guerrilla insiste en una "nueva reforma rural integral", y en el pacto se acordó la asignación de tres millones de hectáreas de tierra en la forma de títulos plenos, sujetos a una restricción de venta por siete años. Más aun, se pactó la formalización de siete millones de hectáreas en zonas rurales.

Desventajas de la formalización con títulos plenos

Como ya se ha mencionado, la Ley 1448 también busca formalizar los derechos de propiedad. Estos últimos son concedidos, siempre que sea posible, durante los procesos de restitución, en forma de títulos plenos, con una restricción a la enajenación de dos años. El conflicto armado —del cual surge la necesidad de restitución— ha contribuido a una concentración de tierras, a una contrarreforma agraria se suele decir. La restitución busca invertir esta reconcentración.

propiedad sobre la tierra.indd 81 2/11/21 11:41 a.m.

Paralelamente a programas de reforma agraria, estas reasignaciones adelantan una política social. Las parcelas objeto de restitución son, en su mayoría, pequeñas o medianas extensiones. Su restitución —aunque no propiamente una redistribución de tierras— es comúnmente percibida como un mecanismo adicional de redistribución. Sin embargo, la posibilidad de una ulterior reconcentración a través de transferencias posteriores, pasado el periodo de restricción de dos años, pone en riesgo estos objetivos. Al facilitar tales transferencias de la manera más amplia, la figura jurídica de la propiedad plena puede conllevar fácilmente a una reconcentración. Así pues, una formalización realizada de esta manera puede acarrear importantes desventajas.

Las enseñanzas de la informalidad

De manera paradójica, la informalidad nos tiene algo que enseñar, pues no solo proporciona desventajas. En ciertos casos también genera algunas ventajas. Por ejemplo, es bien conocido que la informalidad torna la tierra mucho *menos* deseable para algunos —particularmente negociantes, especuladores y otro tipo de inversionistas, lo cual ciertamente afecta su valor—. Pero este resultado no es siempre negativo. Puede servir para adelantar ciertas políticas públicas. El Lincoln Land Institute de Cambridge, Massachusetts, estima que la tierra no titulada es comúnmente valorada en un 20 % menos que los terrenos con título[76]. Esto significa que, aun valiendo menos, el inmueble informal también entra en circulación. La diferencia es que se vende en un mercado diferente y a un precio menor. Las casas informales circulan entre las personas que quieren, o solo pueden, vivir ahí, de tal forma que se estructura un mercado separado de viviendas de bajo costo. Los constructores de edificios e inversionistas se mantienen, en general, fuera por falta de títulos formales, y la imposibilidad de obtener escrituras registradas y préstamos hipotecarios.

Este fenómeno no es desconocido en otras partes del mundo. Un mercado dual de viviendas puede ser deseable. Y, en ciertas comunidades, estructurado de manera consciente. En Estados Unidos, por ejemplo, algunos proyectos de viviendas de bajo costo crean mercados separados al utilizar cláusulas restrictivas en las escrituras de traspaso. Las transferencias futuras se limitan a compradores igualmente de bajos ingresos, tal y como se especifica en las cláusulas restrictivas de la escritura. La informalidad, por igual, crea un mercado inmobiliario

76 Edésio Fernandes, "Regularization of Informal Settlements in Latin America", Policy Focus Report (Lincoln Institute of Land Policy, 2011), 24.

propiedad sobre la tierra.indd 82 2/11/21 11:41 a.m.

separado. De hecho, es un modo orgánico y difuso en muchas partes del mundo. Sufre de variados problemas como también es ampliamente conocido. No obstante, suple un mercado "protegido" de viviendas a reducido costo.

Este mercado diferenciado se destruye al convertir tierras informales en tierras con títulos plenos. La formalización con solo títulos plenos extingue la forma de tenencia que sostiene el mercado separado. Es más, la formalización de este tipo extiende una única forma de propiedad al mercado inmobiliario, uniendo los diferentes mercados en uno solo. Se podría decir, por otra parte, que este es el verdadero propósito de estos programas —unificar el mercado de viviendas, homologar una única forma de propiedad e introducirla en un único mercado financiero internacional—. La pregunta permanece, sin embargo, si esta sea la mejor opción para avanzar una política social en beneficio de hogares de bajos recursos.

Basados en las consideraciones precedentes podría decirse que no. Los nuevos propietarios titulados serían sujetos a más presiones para vender, sea por coacción de poderosos intereses económicos o porque se encuentran en una posición socioeconómica desaventajada[77]. A cierto punto, propietarios con trabajos mal pagados e ingresos inciertos podrían verse forzados por presiones económicas a deshacerse de sus tierras a la primera oferta. Quizás estén enfrentando alguna enfermedad o una incapacidad para alimentar a sus familias. Por supuesto, estas situaciones igual podrían afectar a personas sin títulos formales o con diferentes derechos a sus tierras y viviendas. Sin embargo, la diferencia estaría en las protecciones que se mantendrían no solo para el individuo vendedor, sino también para salvaguardar un sector de vivienda a bajo costo, o, paralelamente en las áreas de campo, de agricultura de pequeña escala.

Si los estimados del Lincoln Land Institute son correctos, la informalidad cuesta, en promedio, un 20 % del valor de la propiedad. Esta es la relación con propiedades que tienen título pleno. Tal diferencia recaería sobre los tenientes de terrenos en estos sectores y su enajenabilidad sería limitada a otros compradores interesados o no perturbados por la falta de título formal. Sin embargo, estas desventajas tendrían que ser sopesadas contra los beneficios que podrían brindar. Podrían, de hecho, mantener más seguro un sector de vivienda social y agricultura campesina. Los especuladores y grandes concentraciones estarían mucho menos interesados por la falta de títulos comerciables en mercados formales.

En el caso contrario, la formalización a título pleno en todos los casos crearía un ambiente de más coerción antes y después de dichas concesiones. Distintos

77 Robert Hale, "Coercion and Distribution in a Supposedly Noncoercive State", *Political Science Quarterly* 38, n.º 3 (1923): 470.

propiedad sobre la tierra.indd 83 2/11/21 11:41 a.m.

grados de coerción económica serían previsibles contra actuales posesores si al final de proceso los compradores detentan títulos plenos subsanados. Estas situaciones representan obvios casos de desproporciones de poder. En cambio, diferenciar formas de propiedad, a la luz de las enseñanzas de la informalidad, podría servir como herramienta del derecho privado para avanzar metas de política social. Para aclarar, no tiene que quedar en la pura informalidad —o, en otros términos, en falta de documentación e inscripción de derechos reconocidos—, sino que las diferencias señaladas por la informalidad pueden ser recogidas en otras formas de reconocimiento de propiedad que no sea solo la propiedad plena.

De hecho, la legislación de países occidentales, al igual que de América Latina, manifiesta una larga historia de protección a la parte más débil en transacciones jurídicas. Las leyes de protección al consumidor, las leyes laborales o las regulaciones de vivienda han tenido el propósito de regular el mercado en favor de la parte más débil y susceptible de actuar bajo presión. En el caso de propiedades informales, no es una legislación que cumple este rol de protección. Es la misma informalidad que opera de forma análoga, reduciendo la deseabilidad de tierras sin título pleno formal. De ese modo, reduce las presiones del mercado formal para vender, aunque no impide la posibilidad de transferencias. La informalidad también reduce el riesgo de préstamos predatorios y ejecuciones hipotecarias. Sin embargo, la informalidad y los factores que esta induce vienen con un precio. Como se ha anotado, se reflejan en la reducción de valor del bien, el no acceso a préstamos hipotecarios y un mercado más reducido de potenciales compradores.

Pese a esto, el acceso a préstamos hipotecarios no necesariamente pone en mejor posición a las personas de bajos ingresos. Las circunstancias laborales que afligen a esta población, trabajos ocasionales o mal pagos, comprometen su habilidad de cumplir puntualmente con pagos fijos, lo cual pone en peligro su vivienda. Algunas cuotas impagadas los llevarían al desahucio. Esto implica que la plena propiedad puede, en resumidas cuentas, crear más inestabilidad en la tenencia. Los datos sobre este punto aún están por confirmarse entre las comunidades que han entrado en estos programas de formalización. No obstante, los reportes preliminares sugieren que los bancos privados no han sido proclives a conceder préstamos hipotecarios y tomar casas informales como garantía. Desde la perspectiva de los prestamistas, estos negocios son de alto riesgo. Teniendo en cuenta que esto fue un factor fundamental de la crisis financiera del 2007-2008 que comenzó en los Estados Unidos, quizás aceptar tales garantías no sería un riesgo aceptable para los bancos y hasta puede resultar en una crisis generalizada para la economía. Los riesgos de los desahucios y embargos pueden no materializarse

propiedad sobre la tierra.indd 84 2/11/21 11:41 a.m.

nunca, principalmente porque los bancos privados no están concediendo estos créditos. No es negocio para ellos.

En tal situación, para alcanzar los propósitos de mayores préstamos de este tipo, los gobiernos tendrían que convertirse en prestadores ellos mismos o, por lo menos, servir de garantes a créditos privados. Que el Estado adopte este rol implicaría que la titulación y la formalización dejarían de ser políticas basadas en el puro mercado, dirigidas tanto a la vivienda como al fortalecimiento de los mercados de capital. Se tornaría, por el contrario, en una transferencia económica concedida por el Estado en la forma de tasas de interés subsidiadas, garantías gubernamentales o pagos exonerados. Sin embargo, programas de asistencia social, como serían estos apoyos, son generalmente escasos y altamente escrutados, especialmente en el mundo en desarrollo, dada la alta carga fiscal que implica para la administración macroeconómica del país. Subsidiar tasas de interés de préstamos hipotecarios, u ofrecer créditos habitacionales, es de discutible beneficio como programa de asistencia social. Como mínimo, requeriría ser discutido como tal y comparado con otras opciones. Los programas de formalización de propiedad se promocionan como una solución de mercado, sin gran inversión pública. Convertirlos en un programa de subsidios gubernamentales desmiente sus más básicas promesas. Es decir, compensar todas las deficiencias de un modelo de formalización de títulos plenos puede costar más e involucrar más recursos públicos que otras opciones. Las ventajas señaladas aquí para otros tipos de propiedad —como es la propiedad informal— ofrecen otras alternativas a partir de un rediseño del derecho privado.

Política social sostenible

De hecho, desde una perspectiva de política social a nivel nacional, conceder títulos plenos como único modo de formalización puede no ser la mejor opción. Este mecanismo jurídico puede hacer que la redistribución de tierras sea menos sostenible con el transcurso del tiempo. Redistribuciones y restituciones pueden ser efectivas, en un principio, para devolverles las tierras a las personas despojadas o sin tierras. Sin embargo, las fuerzas del mercado pueden actuar para reconcentrar la tierra luego de la restitución inicial. Para evitar tal escenario, se requieren algunas protecciones legales para asegurar que las tierras permanezcan en las manos de sus beneficiarios legítimos.

Dadas las tasas de informalidad, en algunas áreas, se puede decir que la informalidad cumple un amplio rol, dejando varias zonas territoriales fuera del mercado formal. Asumiendo la continuación de la forma actual de la economía global,

propiedad sobre la tierra.indd 85 2/11/21 11:41 a.m.

la presencia constante de un sector de bajos ingresos será una de las características endémicas de las economías nacionales, haciendo que más viviendas accesibles financieramente se vuelvan necesarias. Los barrios irregulares y sus casas construidas improvisadamente han satisfecho hasta ahora esta necesidad. Estos barrios irregulares son el mercado *de facto* para transar viviendas de bajo costo. Responden a una necesidad pública y a la falta de una política social adecuada. Así, la informalidad mantiene un inventario de viviendas a bajo costo. Si se transformaran en un sector formal, seguramente se agravarían la inaccesibilidad económica y escasez de tales viviendas en zonas centrales de las ciudades y tierras rurales productivas.

Sin duda, los problemas con los barrios informales son bien conocidos. La existencia de estos vecindarios requiere cierta tolerancia cuando entran en tensión con la propiedad pública o privada, así como una relajación de los códigos urbanos y de construcción. El no cumplimiento de los permisos y la poca verificación por parte de los inspectores crean un régimen regulatorio alternativo para estos barrios, en los que los estándares de seguridad y sanidad no se cumplen. Incluso, llegan a ser impenetrables para la policía u otro tipo de oficiales gubernamentales. Y eso no es todo.

Sin embargo, la posición asumida frente a la informalidad no tiene que ser tajante. Sus ventajas al sostener un inventario constante de viviendas de bajo costo pueden ser potenciadas, mientras que sus deficiencias pueden ser mejoradas. Por tal razón, no es del todo incorrecto pensar en intervenciones en el sector informal sin eliminar por completo algunos de sus aspectos rescatables. Por ejemplo, se podría pensar en aumentar la regulación de servicios y construcciones y los programas sociales en dichas zonas. Asimismo, se pueden confirmar los aspectos de la informalidad que sostienen la vivienda de bajo costo, el régimen regulatorio alternativo *de facto* y un mercado separado para la transferencia de estos bienes. Incluso, estos factores pueden formalizarse, aunque no en un molde legal idéntico a la propiedad plena.

Un posible enfoque diferenciado puede reconocer la "propiedad informal" como un tipo distinto de propiedad. Un ajuste podría ser ofrecer un modo de publicidad, lo cual no sucede con la propiedad informal actualmente. De hecho, es esta ausencia la señalada como principal fuente de inestabilidad al asegurar la tenencia de residentes. Claro está que en un contexto de guerra como el conflicto interno colombiano, ni la propiedad registrada ni la informal pueden contener una violencia determinada y predatoria. Si algo, la publicidad solo ofrece un registro más claro para luego poder dar una reparación una vez terminada la violencia generalizada, no puede impedir la usurpación —con o sin escritura— cuando la situación de orden público llega a niveles incontrolables.

propiedad sobre la tierra.indd 86 2/11/21 11:41 a.m.

En todo caso, los elementos de este tipo de propiedad pueden ser trazados haciendo referencia a la combinación particular de derechos y deberes que se ostenta en la práctica. Es decir, este tipo de propiedad expresaría las características que actualmente se manifiestan en la informalidad. En sus formas más características, estaría sujeta a un régimen regulatorio distinto y no sería hipotecable en los registros públicos. Así, se crearía un mercado paralelo para este tipo de propiedad, que circularía entre personas de bajos ingresos, campesinos, y demás beneficiarios.

Históricamente, es usual encontrar en los países de tradición civilista una enumeración de "los derechos reales". El derecho real que más se aproxima al modelo de informalidad propuesto aquí podría ser un arrendamiento a largo plazo, como el que es proveído por la enfiteusis. También sería posible legislar por completo un nuevo tipo de derecho real. Semejantes innovaciones no son desconocidas en América Latina, ya que se han legislado numerosos tipos de propiedad en la región, tales como el *patrimonio familiar*, el cual protege la propiedad rural de embargos. Del mismo modo, la figura de la Unidad Agrícola Familiar (UAF) fue creada en Colombia en los años sesenta como un mecanismo de reforma agraria. En esos casos, la enajenación solo era posible si se contaba con la autorización de la correspondiente agencia gubernamental.

Estas innovaciones pueden ser intentadas y, por lo tanto, deberían ser objeto de profundas discusiones. Lo cierto es que existe mucha resistencia a la formalización de propiedades por medio de derechos reales distintos al título pleno. En primer lugar, cualquier alternativa que no proporcione un título pleno es tenida como una propiedad de segunda clase, en cuanto implicaría una limitación en el propietario para disponer de su tierra. Segundo, podría ser tomada como un dispositivo excesivamente paternalista en relación a sectores sociales desaventajados. Más aun, dependiendo de las características de este tipo alternativo de propiedad puede tornarse excesivamente restrictivo. Las UAF, por ejemplo, han tratado de prohibir su enajenación, lo cual es criticable como una indebida limitación a los planes de vida de sus destinatarios.

Cabe notar que todo programa estatal conlleva condiciones de elegibilidad y restricciones. Los subsidios son a veces condicionados en número de hijos, al hecho de matricular a los niños en escuelas, y se traducen en un monto fijo mensual según las posibilidades del Gobierno. Un programa de política social en torno a las tierras también tiene que tomar en cuenta los objetivos colectivos y decisiones fiscales del Estado. No depende solo de las preferencias de los entendidos beneficiarios. Aunque es claro que estos programas estatales deberían buscar satisfacer los planes de vida de sus destinatarios en la medida de lo posible. Sin embargo, no solo porque tales beneficiarios quieran, de todos modos, la propiedad plena en

propiedad sobre la tierra.indd 87 2/11/21 11:41 a.m.

estos casos redistribución significa que esta sea la mejor o la única opción desde la óptica de una política social generalizada. Es más, puede que no corresponda al mejor interés del beneficiario, vista las cosas de otra manera.

En todo caso, el deseo del beneficiario no puede ser el único criterio. Del mismo modo que los beneficiarios de asistencia social no pueden exigir cuánto es que recibirán en el cheque de asistencia social del Gobierno. De esta misma manera, la redistribución de tierras es condicionada a reglas que permiten la viabilidad sistemática de tales programas. En el caso de viviendas informales, el Estado debe buscar mantener una base constante de estas habitaciones y su mejoramiento; en el sector rural, debe buscar la manutención de una cierta extensión de tierras dedicadas a la agricultura de pequeña escala o a la agricultura asociativa, y proteger el modo de vida campesino.

Las atracciones irresistibles del título pleno

Aun así, la formalización con títulos plenos permanece para muchos la opción preferida. El título pleno es, sin duda, atractivo tanto para ocupantes informales como para comerciantes de la tierra. En el programa de restitución de tierras es incluso considerado un elemento de justicia restaurativa. La ley no solo provee la restitución sino también la conversión a título pleno. Esta conversión, o formalización como es caracterizada, sustituye la posibilidad de otros tipos de tenencia.

Sin embargo, se podría pensar en otros instrumentos jurídicos, como se viene argumentando. Estos tal vez puedan ofrecer los beneficios de un título pleno, pero sin sus desventajas, tales como la absorción de viviendas de bajos ingresos y granjas pequeñas por el mercado formal. Tal reconcentración reduciría la disponibilidad de tierras para personas en necesidad y la posibilidad de sostener el sector de agricultura campesina. En un contexto urbano esto afectaría la calidad de vida de las personas de bajos recursos, su acceso a vivienda, sus viajes a la ciudad y su relación con la vida social en sus comunidades. En el sector rural, esto amenaza la sostenibilidad de un territorio para pequeños y medianos granjeros al apuntalar a la agroindustria y al sector minero.

Se puede extraer una enseñanza del régimen excepcional de la Ley de Restitución de Tierras del 2011. Las presunciones y las cargas de la prueba que crea son temporales y solo aplican para la resolución de los reclamos de restitución. Presunciones parecidas e inversiones de la carga de la prueba pueden ser, sin embargo, concebidas de manera permanente para ciertos tipos de tierras, sin desvirtuar la calidad de títulos plenos. Por ejemplo, se podrían establecer ciertas presunciones que presuman inválida la transferencia a una parte que no sea campesina o

propiedad sobre la tierra.indd 88 2/11/21 11:41 a.m.

de bajos recursos. Así, estas presunciones podrían terminar creando un mercado paralelo para este tipo de propiedades en el que solo sean válidas las transacciones entre personas de bajos recursos o campesinos. Estas presunciones pueden ser un mecanismo alternativo a las restricciones absolutas o temporales de venta del bien. Sería una presunción en contra de transferencias a favor de alguien que es inelegible para programas de asistencia, personas desplazadas o reformas agrarias. Ventas a favor de la agroindustria, al sector minero o actores semejantes serían presuntamente inválidas.

Estas medidas podrían desincentivar las ventas a personas no elegibles, incluso sin recurrir a las cortes para lograrlo. Tal medida impondría una duda sobre el título, lo cual podría ser lo suficientemente poderoso como para desincentivar la venta. Esto podría desalentar a los bancos para conceder un préstamo sobre un bien con tales inseguridades, incluso si es registrado debidamente, ya que existiría una presunción en su contra. En una situación de impago, los bancos no podrían asumir la propiedad del bien tras la ejecución de una hipoteca. Claro está que, aunque disuasivo, este mecanismo no impediría, *ex ante,* que las personas vendan el bien a quien esté dispuesto, como sea, a recibir unos derechos nulos o dudosos sobre el bien.

Por otra parte, la presunción no tiene que ser absoluta sino refutable. El estándar de prueba para esto podría ser establecido en referencia a los objetivos de la política social en las que se enmarcan. Si el campesino tiene alguna otra propiedad, por ejemplo, o tierras adicionales a cierto límite, la presunción podría refutarse. Adicionalmente, si las demandas de reforma agraria han sido satisfechas en determinada zona, la presunción también podría ser refutada en dicha área. Los distintos estándares y causales deberían ser cuidadosa y detalladamente especificados. Sin embargo, los mecanismos procesales podrían cumplir un rol continuo en, por lo menos, disminuir el proceso de reconcentración de tierras.

Ciertamente, existen problemas administrativos con esta idea y, claro está, no es a prueba de errores. No existe un mecanismo que, *ex ante*, prevenga la transferencia material a un comprador inelegible. No obstante, la propuesta delineada acá se basa en una posible perturbación del título en el caso de no cumplir con la ley (y en una recisión potencial del negocio sin compensación) que podría desincentivar transferencias entre compradores no elegibles. En cualquier caso, los detalles específicos de tal medida tendrían que ser explicitados de acuerdo con las políticas acordadas. La Ley 1448 del 2011, sin embargo, ofrece algunas pistas para remodelar las reglas de propiedad y alinearlas mejor con los propósitos de una política nacional de justicia social.

propiedad sobre la tierra.indd 89 2/11/21 11:41 a.m.

CONCLUSIÓN

La Ley 1448 del 2011 ofrece algunos elementos novedosos para cumplir el propósito de restitución de tierras. Esta ley establece varias presunciones a favor de las personas desplazadas e invierte la carga de la prueba en contra de sus oponentes. Sin duda, existen varios obstáculos que impiden resultados exitosos claros para esta legislación, y existen numerosos cuadros complejos que quedan por resolver. También existe una insuficiencia de recursos y una activa resistencia por parte de aquellos sectores que se verían afectados por la implementación de la ley. Violencia e intimidación en contra de los reclamantes también han sido fenómenos ampliamente reportados.

Con todo, los tribunales y jueces de restitución de tierras han procesado numerosos casos, y muchos han sido resueltos en contra de poderosos grupos económicos, como lo son la agroindustria y el sector minero. Según datos del Gobierno, 220.000 hectáreas habían sido restituidas para octubre del 2017. Aun asumiendo que los resultados de esta ley sean exitosos, esto no sería impedimento para que sus objetivos de restitución y redistribución sean neutralizados rápidamente en el futuro. La combinación de las fuerzas del mercado, las reglas legales y los grupos sociales vulnerables produce a menudo resultados injustos e inequitativos. De hecho, este es el razonamiento detrás de amplias ramas del derecho que tutelan a la parte más débil. El derecho laboral, el derecho de protección al consumidor y el derecho del medio ambiente son todos respuestas a este fenómeno. Estas leyes reconocen que ciertos grupos o circunstancias sociales requieren una protección legal permanente.

La restitución de tierras a personas desplazadas es también una de estas situaciones. Es verdad que el programa de restitución en Colombia no está limitado a pequeños propietarios. Podría beneficiar igualmente a terratenientes de grandes extensiones. No obstante, la ley sirve en gran parte como un programa de redistribución. En consecuencia, es necesario evitar que muchas de estas tierras recién restituidas sean redespojadas, esta vez por fuerzas del mercado, mecanismos legales o la vulnerabilidad socioeconómica de sus destinatarios.

Este ensayo discutió el rol que la informalidad ha jugado en el pasado, de hecho, paradójicamente, como mecanismo protector frente al mercado formal. La formalización y conversión a propiedad plena, en la Ley de Restitución, indudablemente ofrecen ciertas ventajas. Sin embargo, para el propósito de permanencia de la redistribución, también presentan desventajas. Así pues, no es descabellado explorar otras opciones. Por ejemplo, pueden emplearse diferentes categorías de propiedad, de modo tal que no trasladen estas tierras recién restituidas directamente a un mercado único, evitando así que sus propietarios sean

propiedad sobre la tierra.indd 90 2/11/21 11:41 a.m.

expuestos a todas las presiones económicas. Es claro que las medidas alternativas también tienen sus desventajas, que no son insignificantes. Entre ellas, se puede percibir una reducción en el mercado de posibles compradores o la apariencia de bienes restringidos y, por ende, de segunda clase. Esta ventajas y desventajas de un tipo de propiedad diferente tendrían que ser sopesadas.

Otra alternativa distinta se desprende de la estructura de la misma ley colombiana de restitución. Se trata del uso del título pleno, pero de una forma reacomodada. El otorgamiento del título pleno puede satisfacer las expectativas populares de tener una propiedad plena, y así evitar la impresión de un bien de segunda categoría. Aun así, el tipo de presunciones legales y la inversión de la carga de la prueba que se hace de forma excepcional y transicional en la Ley 1448 podrían ser adoptadas de modo permanente y con otro tipo de propósitos. Incluso se podrían convertir en régimen aplicable a los títulos plenos sobre tierras en ciertos casos y en ciertas zonas. Por lo tanto, propiedades y tierras tenidas como objetivo de una política pública de viviendas para personas de bajos ingresos se presumirían enajenables solo entre personas que también sean calificadas como elegibles. Del mismo modo, en el caso de las tierras rurales, la transferencia de tierras restituidas o de tierras redistribuidas a través de una reforma agraria solo se presumirían válidas si son transferidas a otras personas elegibles. Estas y otras ideas necesitarían desarrollarse de manera más completa en sucesivas discusiones. En todo caso, podrían nutrir el debate sobre la sostenibilidad de viviendas de bajos ingresos y de un sector de pequeños agricultores.

REFERENCIAS

Alviar García, Helena. "The Unending Quest for Land: The Tale of Broken Constitutional Promises". *Texas Law Review* 89, n.º 7 (2010-2011): 1895.

Amnistía Internacional. "A Land Title is Not Enough: Ensuring Sustainable Land Restitution in Colombia" (2014), 32.

Attanasio, David L. y Nelson Camilo Sánchez. "Return Within the Bounds of the Pinheiro Principles: The Colombian Land Restitution Experience". *Washington University Global Studies Law Review* 1 (2012): 11.

Bautista Revelo, Ana Jimena. *La restitución de tierras en Colombia: ¿realidad o ficción?* Ecuador: Universidad Andina Simón Bolívar, 2014.

Comisión de Seguimiento a la Política Pública sobre Desplazamiento Forzado. Primer Informe a la Corte Constitucional (31 de enero del 2008), 58.

Comisión de Seguimiento a la Política Pública sobre Desplazamiento Forzado. VI Informe a la Corte Constitucional (junio del 2008), 22.

propiedad sobre la tierra.indd 91 2/11/21 11:41 a.m.

Comisión de Seguimiento a la Política Pública sobre Desplazamiento Forzado. Cuantificación y valoración de las tierras y bienes abandonados o despojados a la población desplazada en Colombia (5 de enero del 2011).

"Corte Constitucional estudiará polémico punto de Ley de Restitución". *El País*, 20 de junio del 2016. http://www.elpais.com.co/colombia/corte-constitucional-estudiara-polemico-punto-de-ley-de-restitucion.html

Corte Constitucional, Sentencia T-025 del 2004, 22 de enero. M.P. Jorge Eliécer Betancourt Márquez.

Corte Constitucional, Auto 008 del 2009, 26 de enero. M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

Corte Constitucional, Sentencia C-175 del 2009, 18 de marzo. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

Corte Constitucional, Sentencia C-715 del 2012, 13 de septiembre. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

Corte Constitucional, Sentencia C-330 del 2016, 3 de agosto. M.P. María Victoria Calle Correa.

Cristo, Juan Fernando. *La guerra por las víctimas: lo que nunca se supo de la ley.* Bogotá: Ediciones B, 2012.

Dávila, Juana. "A Land of Lawyers, Experts and 'Men without Land': the Politics of Land Restitution and the Techno-Legal Production of 'Dispossessed People' in Colombia". Tesis de doctorado, Departamento de Antropología, Universidad de Harvard, noviembre del 2017.

Decreto 2007 del 2000, regulatorio de la Ley 387 de 1997.

De Soto, Hernando. *The Other Path*. Nueva York: Basic Books, 2002.

"Estas son las empresas que han sido condenadas a restituir tierras". *El Universal*, 2 de noviembre del 2016. http://www.eluniversal.com.co/colombia/estas-son-las-empresas-que-han-sido-condenadas-restituir-tierras-239156

Fernandes, Edésio. "Regularization of Informal Settlements in Latin America". Policy Focus Report. Lincoln Institute of Land Policy, 2011.

Fundación Forjando Futuros. "Magistrados condenan a reconocidas empresas a devolver Tierras", 1.º de noviembre del 2016. http://forjandofuturos.org/fundacion/index.php/sala-de-prensa/comunicados?start=10

Fundación Forjando Futuros. "¿Por qué ha sido tan lenta la restitución de tierras?", 22 de mayo del 2017. http://forjandofuturos.org/fundacion/index.php/sala-de-prensa/noticias

Gaceta Oficial 256. Propuesta para segundo debate: Proyecto de Ley 044 del 2007 de la Camera de Representantes y n.º 157 del 2007 del Senado. 15 de mayo del 2008.

propiedad sobre la tierra.indd 92 2/11/21 11:41 a.m.

Hale, Robert. "Coercion and Distribution in a Supposedly Noncoercive State". *Political Science Quarterly* 38, n.º 3 (1923): 470.

Incora. *Colombia, tierra y paz: Experiencias y caminos para la Reforma Agraria. Alternativas para el siglo* XXI - *1961-2001,* 175-176. Bogotá: MADR, 2001.

Kennedy, David W. "Some Caution about Property Rights as a Recipe for Economic Development". *Accounting, Economics and Law,* nº. 1 (2011).

Ley 200 de 1936, diciembre 30, sobre régimen de tierras. *Diario Oficial* 23.388. https://www.redjurista.com/Documents/ley_200_de_1936_congreso_de_la_republica.aspx#/

Ley 201 de 1959, diciembre 30, por la cual se dictan medidas tendientes a impedir el aprovechamiento económico de la violencia durante el estado de sitio. *Diario Oficial* 30.147. http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=1655261

Ley 1152 del 2007, 25 de julio, por la cual se dicta el Estatuto de Desarrollo Rural, se reforma el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural, Incoder, y se dictan otras disposiciones*. Diario Oficial* 46.700. https://www.redjurista.com/Documents/estatuto_de_desarrollo_rural_(inexequible)_-_ley_1152_de_2007.aspx#/

Ley 1448 del 2011, 10 de junio, por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno y se dictan otras disposiciones.

Diario Oficial 48.096. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1448_2011.html

Ley 2078 del 2021, 8 de enero, por medio de la cual se modifica la Ley 1448 del 2011 y los Decretos-ley Étnicos 4633 del 2011, 4634 del 2011 y 4635 del 2011, prorrogando por diez años su vigencia. *Diario Oficial* 51.551. http://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=30040336

"Por restitución de tierras, 69 títulos mineros cancelados". *Portafolio*, 29 de mayo del 2017. http://www.portafolio.co/economia/por-restitucion-de-tierras-69-titulos-mineros-cancelados-506318

Ponencia para primer debate al proyecto de Ley n.º 213 del 2010 Senado, 107 del 2010 Cámara acumulado con el proyecto de Ley n.º 085 del 2010 Cámara, por la cual se dictan medidas de atención, reparación integral y restitución de tierras a las víctimas de violaciones a los derechos humanos e infracciones al derecho internacional humanitario y se dictan otras disposiciones. Juan Fernando Cristo B., coordinador de ponentes; Jorge Eduardo Londoño U., Hernán Francisco Andrade S., Luis Carlos Avellaneda T., Roy Leonardo Barreras M., Hemel Hurtado Angulo, ponentes (23 de febrero del 2011).

propiedad sobre la tierra.indd 93 2/11/21 11:41 a.m.

Newcomb Hohfeld, Wesley. *Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning and Other Legal Essays,* 35-42. New Haven: Yale University Press, 1919.

Quinche, Manuel Fernando, Rocío del Pilar Peña y María Mónica Parada. *El amparo de tierras: La acción, el proceso y el juez de restitución.* Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2015.

Rengifo Gardeazábal, Mauricio. *Teoría general de la propiedad*. Bogotá: Editorial Temis, 2011.

Rocha García, Ricardo. "Antecedentes y perspectivas del narcotráfico en Colombia: una mirada a las políticas". *Revista Latinoamericana de Economía* 32, n.º 126 (2001).

Saffon Sanín, María Paula. "The Project of Land Restitution in Colombia: An Illustration of the Civilizing Force of Hypocrisy?". *Estudios Socio-Jurídicos* 12, n.º 2 (2010): 109-194.

Sanín, Francisco G. "¿Una historia simple?". Colombia: Comisión Histórica del Conflicto y sus Víctimas, informes, 2016. http://www.altocomisionadoparalapaz.gov.co/mesadeconversaciones/PDF/una-historia-simple-1447167162-1460380556.pdf

Senado de la República, 18 de marzo del 2011, presentación del senador Luis Carlos Avellaneda Tarazona, Actas de Comisión, Comisión Primera Constitucional Permanente Honorable Senado de la República. *Gaceta del Congreso* 102.

Singer, Joseph W. *Entitlement: The Paradoxes of Property*. New Haven: Yale University Press, 2000.

Summers, Nicole. "Colombia's Victims' Law: Transitional Justice in a Time of Violent Conflict?". *Harvard Human Rights Journal* 25 (2012): 219-235, 229-230.

Uprimny-Yepes, Rodrigo y Nelson Camilo Sánchez. "Los dilemas de la restitución de tierras en Colombia". *Revista Estudios Socio-Jurídicos* (2010).

propiedad sobre la tierra.indd 94 2/11/21 11:41 a.m.

CAPÍTULO 4

ENTRE LA FRAGMENTARIEDAD Y EL ENTRELAZAMIENTO: UNA AGENDA PARA LA INVESTIGACIÓN DE LA PROPIEDAD PÚBLICA A PARTIR DE LA DISTINCIÓN ENTRE SUBSUELO Y SUELO*

María Carolina Olarte-Olarte**

INTRODUCCIÓN

La distinción entre el suelo y el subsuelo ha jugado un papel definitivo en la distribución de derechos y del acceso a recursos. Los conflictos entre los usuarios de la tierra y el Estado[1] asociados a esta distinción, y en particular el traslape sistemático de los derechos a la tierra, el suelo y los recursos naturales en forma de concesiones, han sido incluso calificados como un fenómeno global[2]. Este traslape está relacionado con la complejidad de la seguridad en la tenencia de la tierra en áreas ricas en recursos naturales debido a que múltiples personas pueden llegar a tener reclamos o demandas legítimas sobre una misma área del suelo. Pero en el escenario actual de la crisis climática y del carácter irreversible que ciertas intervenciones al territorio pueden tener, la discusión sobre la explotación del subsuelo va más allá de los conflictos de propiedad, al tiempo que interpela el rol del derecho de propiedad mismo en la configuración de una respuesta urgente a esas situaciones.

Este artículo explora algunos de los lentes a través de los cuales el derecho ha configurado y difundido, pero también asumido, una clara distinción entre el suelo y el subsuelo. Desde esta perspectiva busca ofrecer una aproximación

* Para citar este capítulo: http://dx.doi.org/10.15425/2017.398

** Muchas gracias a Ángela María Sánchez por su asistencia de investigación durante la elaboración de este capítulo.

1 Julio Postigo, Mariana Montoya y Kenneth Young, "Natural resources in the Subsoil and Social Conflicts on the surface: perspectives on Perú's surface Political Ecology", en S*ubterranean Struggles: New Dynamics of Mining, Oil, and Gas in Latin America,* editado por Anthony Bebbington y Jeffrey Bury (Austin: University of Texas Press, 2013), 223.

2 James Mitchell, "The systematic overlaying of rights to land and natural resources - a global phenomenon, a global challenge", en *GPA 20Plus20: Reflections on Urban Development,* compilado por Geoffrey Payne (Londres: GPA, 2018).

propiedad sobre la tierra.indd 95 2/11/21 11:41 a.m.

diferente a la teoría y ejercicio de la propiedad pública del subsuelo mediante el examen crítico de un supuesto que con frecuencia subyace a las decisiones sobre exploración y explotación del subsuelo, a saber, la posibilidad material de fragmentar nítidamente el territorio. La fuerza del derecho consiste aquí, entonces, en que habilita dicha suposición, y no ya la posibilidad misma. Con esto, argumentaré, moviliza una comprensión del suelo, la capa vegetal y el subsuelo como espacios independientes el uno del otro. Así, por ejemplo, ante eventos en los que demandas sobre la afectación del suelo y el agua, como consecuencia de explotaciones mineras del subsuelo, se traslapan con demandas que exigen la protección de los títulos de explotación, tal supuesto ha servido de sustento para posicionar la explotación del subsuelo como elemento definitorio del mandato constitucional para el ejercicio de la propiedad pública. Se trata, entonces, de una suposición con profundos efectos materiales que paradójicamente convive con el reconocimiento jurídico de que las intervenciones al subsuelo implican afectaciones al suelo.

Ahora, si bien la distinción constituye un parámetro constitucional y legal para la asignación de derechos, no contamos con alternativas claras que nos permitan una aproximación capaz de responder a la innegable interconexión, interdependencia e integralidad del territorio, la capa vegetal y lo que a esta subyace. A pesar de que la jurisprudencia ha advertido en años recientes que las intervenciones en el subsuelo necesariamente implican cambios para el suelo y, consecuentemente, para la disponibilidad de uso de este último, la escala espacio-temporal de las implicaciones socioambientales de la distinción jurídica exige análisis urgentes y más profundos. Concretamente, este capítulo examina una serie de decisiones de la Corte Constitucional acerca de la participación local y de la competencia de los municipios y las comunidades locales respecto de las posibles implicaciones socioambientales de las decisiones sobre el subsuelo (C-123 del 2014, T-445 del 2016, C-035 del 2016, C-273 del 2016). A pesar de que estos avances jurisprudenciales son apenas un tímido reconocimiento de una interrelación y una apelación ambigua, por decir lo menos, a la concertación entre entidades territoriales y del orden nacional, contribuyeron significativamente al debate. En contraste, una decisión de la Corte Constitucional (SU-095 del 2018) modificó el mencionado reconocimiento y restringió aún más la apelación ambigua a la concertación. Mientras que para las primeras decisiones la explotación económica no es una característica ineludible del ejercicio de la propiedad y coexiste con una noción densa de protección del ambiente y la participación local; la SU-095, argumentaré, hace equivaler el interés general con una comprensión económica de corto plazo de la gestión del subsuelo y los recursos naturales no

propiedad sobre la tierra.indd 96 2/11/21 11:41 a.m.

renovables. Esta lectura modifica el contenido del mandato constitucional para el ejercicio de la propiedad pública, porque hace equivaler el interés general con criterios economicistas en función de una compresión particular de desarrollo y de corto plazo en la gestión del subsuelo y de los recursos naturales no renovables.

Este artículo interpela la reconfiguración jurídica del subsuelo en esta decisión con una propuesta de agenda de investigación para repensar la distinción y sus alcances desde el derecho a partir de algunas preguntas y claves de análisis que ofrecen *la ecología política, la geografía jurídica y los estudios de la ciencia y la tecnología.* Mientras que la decisión de la Corte enmarca las discusiones sobre el alcance de las consultas populares locales en las decisiones de explotación del subsuelo en una lectura reductiva de la propiedad de este en cabeza del Estado, las contribuciones de los tres espacios de investigación mencionados convergen en hacer evidente el carácter irreductible de las relaciones de interdependencia e interconexidad entre lo que el derecho denomina suelo y subsuelo. Las preguntas que abren y articulan están cuestionando una lectura reductiva de la propiedad pública. En este marco, el artículo invita a tender puentes transdisciplinarios que permitan problematizar la asumida independencia entre uno y otro, y, en esta línea, ofrecer herramientas para dar cuenta de la experiencia y defensa de los territorios que activen una labor de traducción orientada a modificar los lentes jurídicos empleados para adoptar decisiones sobre estos espacios.

La primera parte del artículo examina el reconocimiento explícito en la jurisprudencia constitucional de la interacción entre el suelo y el subsuelo, así como sus limitaciones. A continuación sostiene que la decisión SU-095, con ocasión de los debates sobre el alcance de la autonomía territorial y las consultas populares locales, se alejó de dicho reconocimiento y reconfiguró el mandato constitucional para el ejercicio de la propiedad pública del subsuelo. Aquí, el artículo resalta el rol que jugaron los supuestos espaciales en la representación jurídica del territorio. Esa representación, argumentaré, está al servicio de una equivalencia del interés general con criterios economicistas que privilegian un tipo de desarrollo económico a expensas de las discusiones democráticas sobre el sustento constitucional del ejercicio de la propiedad pública. En contraste, la segunda parte introduce algunos de los cuestionamientos que diversas aproximaciones transdisciplinarias ofrecen para el estudio de la distinción entre suelo y subsuelo. Específicamente busca dos objetivos. Primero, visibilizar el carácter interrelacionado y entrelazado de los elementos biofísicos del suelo y el subsuelo pero también de estos con los modos de vida, economías y experiencias del lugar de quienes habitan la superficie. Segundo, a partir de lo anterior, resaltar el papel que la distinción jurídica puede tener en la invisibilización de formas de despojo

propiedad sobre la tierra.indd 97 2/11/21 11:41 a.m.

que no involucran el desplazamiento forzado, y que, por tanto, pueden ocurrir incluso en lugares en los que los derechos de propiedad sobre la tierra no parecen estar en disputa.

Con esto, el artículo busca articular una serie de preguntas que permitan, usando la expresión de Kristina Lyons, "desestabilizar" la legibilidad del espacio que ha producido el derecho con relación a la manera en que ha entendido —o quizás mejor asumido— la nítida división suelo/subsuelo. A manera de agenda de investigación, esta "desestabilización" podrá, por ejemplo, movilizar una noción más cercana al carácter entrelazado e interdependiente del suelo y el subsuelo. El artículo espera así contribuir a la comprensión, a partir del derecho, del escenario de limitación actual a la participación local en las decisiones que afectan a los habitantes en ese nivel territorial, pero también al resto de la colectividad en el marco específico de las disputas actuales sobre la exploración y explotación del subsuelo.

EL SUBSUELO A TRAVÉS DE LOS LENTES JURÍDICOS: DEL RECONOCIMIENTO DE SU CARÁCTER INTERRELACIONADO A SU REFRAGMENTACIÓN VELADA

El alcance material y jurídico de la distinción suelo/subsuelo es todo menos una cuestión indisputada o clara. Por otro lado, las transformaciones relacionadas con la explotación de recursos en el subsuelo han dado lugar a discusiones sobre la capacidad explicativa de las categorías y teorías de la propiedad pública, y a retos relacionados, entre otros, con el ejercicio de sus atributos, el derecho de daños y el alcance mismo de los derechos de propiedad privada en relación con la propiedad pública[3]. ¿Dónde empieza el subsuelo y termina el suelo? ¿Es el subsuelo un

3 Estas transformaciones no son solo locales. Un ejemplo emblemático es el de los debates sobre la propiedad del espacio poroso con ocasión de la captura y almacenamiento o depósito de carbón y las modificaciones introducidas al principio "up to Heaven and down to Hades", que rige la propiedad del subsuelo en varios países, debido a las expectativas surgidas de la intención de comercializar los espacios porosos de los lechos de roca. Como hace notar Jill Morgan en su artículo "Digging deep: property rights in subterranean space and the challenge of carbon capture and storage", *International and Comparative Law Quarterly* 62, n.º 04 (2013): 813-837, estos espacios porosos son espacios huecos en las rocas en los que es posible almacenar CO_2 en desarrollo del almacenamiento geológico, considerado una de las formas más prometedoras de almacenamiento de CO_2 en profundidades que exceden los setecientos metros. Siguiendo a la autora, las disputas con ocasión de estos almacenamientos pueden surgir tanto respecto de los propietarios de las superficies como de quienes puedan tener derechos sobre recursos o porciones bajo la superficie o incluso sobre el espacio en el que están localizados incluso luego de ser extraídos —todo lo cual varía de acuerdo con las diferentes jurisdicciones—. Elizabeth J. Wilson y Mark A. de Figueiredo, "Geologic Carbon Dioxide Sequestration: an Analysis of the Subsurface Property Law", *Environmental Law Reporter* 36-10114, n.º 2

propiedad sobre la tierra.indd 98 2/11/21 11:41 a.m.

recurso natural como un todo o lo son solo ciertos minerales y elementos que representan un interés económico? Estas son solo algunas de las preguntas que emergen en torno de la distinción jurídica entre suelo y subsuelo, una distinción que no parece ser clara ni física ni conceptualmente en el derecho.

Ahora, las teorías tradicionales dirigidas a explicar la propiedad pública, su naturaleza y el tipo de vínculo entre el Estado y la propiedad no ofrecen elementos para responder estas preguntas en un contexto de implicaciones ambientales y sociales sin precedentes y en el que las discusiones sobre la crisis climática ponen sobre la mesa la imposibilidad de negar el carácter irreversible de la intervención humana en el entorno. Y no lo hacen por, al menos, dos razones. Por un lado, estas teorías carecen de una dimensión y reflexión espacial que les permita incorporar y problematizar la complejidad de las interacciones entre el derecho y el entorno —así como las escalas de sus efectos— y, por el otro, porque están más orientadas a explicar la justificación de la propiedad en cabeza del Estado a partir de una visión del territorio como elemento de la soberanía que el ejercicio mismo de la propiedad pública, su operación y la manera en que transforma los espacios específicos[4].

Es en este contexto que el análisis a continuación, así como la posterior integración de otras disciplinas para proponer una agenda de investigación de la propiedad pública, están enmarcados en el denominado giro espacial en el derecho. Este giro busca promover investigaciones jurídicas en las que el espacio no es entendido como algo inmóvil y fijo, "como simplemente un contenedor

---

(2006), por ejemplo, han descrito cómo las nuevas disputas sobre la propiedad del subsuelo como contenedor separado de los minerales que alberga, las cuales están transformando la propiedad del subsuelo en Estados Unidos y Canadá, entre otros países. Adicionalmente, en los escenarios en los que el subsuelo no es propiedad del Estado, los debates han sido acompañados, además, por discusiones sobre el interés público como límite a la propiedad privada del subsuelo; véase Contraloría General de la República, *Minería en Colombia - Volumen III: Daños ecológicos y socio-económicos y consideraciones sobre un modelo minero alternativo,* 276, https://redjusticiaambientalcolombia.files.wordpress.com/2014/08/libro-mineria_vol-iii_serie-final.pdf. Otros ejemplos van desde disputas surgidas en torno a los cambios en los acuíferos subterráneos en Chile, Argentina y Brasil, que han dado lugar a implicaciones transfronterizas y a desarrollos doctrinales que resaltan el carácter interrelacionado e interdependiente de los elementos del subsuelo, hasta discusiones de derecho urbano sobre el diámetro del suelo. Estas discusiones son importantes, además, porque permiten problematizar lo subterráneo como un espacio dado y fijo.

4 Estas incluyen, entre otras, la teoría del dominio eminente que ha ligado la propiedad con la soberanía y su mutación en dominio público para referirse a los bienes públicos de los que es titular el Estado. Para una revisión de las teorías más difundidas sobre la naturaleza de la propiedad del subsuelo véase Julián Andrés Pimiento, "La propiedad del subsuelo en el derecho colombiano. Aportes para un concepto", en *Minería y desarrollo, aspectos jurídicos de la actividad minera,* editado por Juan Carlos Henao y Milton Fernando Montoya Pardo (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2016), 25-58; Contraloría General de la República, *Minería en Colombia - Volumen I: Fundamentos para superar el modelo extractivista,* https://www.contraloria.gov.co/documents/20181/472306/01_CGR_mineria_I_2013_comp.pdf/40d982e6-ceb7-4b2e-8cf2-5d46b5390dad; para una revisión de la literatura colombiana sobre su lugar en el derecho de bienes y la teoría del dominio eminente véase Pimiento, "La propiedad del subsuelo".

propiedad sobre la tierra.indd 99 2/11/21 11:41 a.m.

vacío"[5], sino un proceso dinámico que tiene una historia. Este giro ofrece herramientas conceptuales y empíricas para analizar la producción de espacios por, contra y en el derecho, así como las interacciones y efectos materiales que el derecho como práctica tiene con y sobre el entorno, pero que también "produce" ciertos espacios[6].

En este sentido, la preocupación que subyace al estudio de la propiedad pública en este artículo está orientada a ver de qué manera el subsuelo se convierte en un objeto jurídico al ser inscrito en una regulación prescriptiva que implícitamente descansa sobre una particular visualización segmentada del territorio. Así, busca propiciar una pregunta sobre cómo vemos y hacemos ver con el derecho. Específicamente, para el objetivo de este artículo, cómo la jurisprudencia ha delimitado ese objeto legal y las posibles implicaciones que sus suposiciones espaciales tienen al habilitar una particular forma de intervenirlo. Las decisiones judiciales en juego, argumentaré, descansan sobre unos presupuestos sobre la materialidad del suelo y el subsuelo que organizan una representación de estos. En el ejercicio de interpretar su propia representación, la suposición de la posibilidad de fragmentar nítidamente el suelo del subsuelo no solo va a jugar un rol central en la distribución de cargas y derechos, sino en la configuración misma del alcance de la propiedad pública. El argumento central en esta sección sugiere que la fragmentación jurídica sobre la que hoy descansa la propiedad del subsuelo ha dado lugar, en el contexto de las discusiones sobre las consultas populares, a un quiebre del sustrato democrático sobre las decisiones de explotación del subsuelo al tiempo que excluye la posibilidad de una escala espaciotemporal más amplia que permita siquiera advertir las posibles implicaciones de dicha explotación. A continuación relaciono brevemente las características particulares de la propiedad del subsuelo como un tipo especial de propiedad pública para luego examinar el tipo de fragmentación que subyace a la manera en la que la Corte Constitucional enmarca hoy la propiedad pública del subsuelo en cabeza del Estado entendido "en sentido amplio".

5 María Carolina Olarte-Olarte e Illan Wall, "The Occupation of Public Space in Bogotá: Internal Displacement and the City", *Journal of Social and Legal Studies* 21, n.º 3 (2012): 321-339.

6 Véase Irus Braverman *et al.*, eds., *The Expanding Spaces of Law. A Timely Legal Geography* (Stanford: Stanford University Press, 2014); Sarah Keenan, *Subversive Property: Law and the Production of Spaces of Belonging* (Londres: Routledge, 2014); Sarah Keenan, "Subversive property: Reshaping malleable spaces of belonging", *Social & Legal Studies* 19, n.º 4 (2010): 423-439; Nicholas Blomley, "Simplification is complicated: property, nature, and the rivers of law", *Environment and Planning A: Economy and Space* 40, n.º 8 (2008): 1825-1842; entre otros.

propiedad sobre la tierra.indd 100 2/11/21 11:41 a.m.

La propiedad pública del subsuelo y sus recursos: una propiedad especial

La propiedad pública del subsuelo es un tipo de propiedad especial que escapa a la capacidad explicativa de la clasificación civil de los bienes públicos en virtud de sus particulares características y su afectación a los fines del Estado. En primer lugar, está la titularidad *sui generis* de la propiedad del subsuelo y sus recursos. Se trata de un titular múltiple y complejo: el Estado en sentido amplio, ya que en él confluyen personas de derecho público nacional y territorial, y la ciudadanía. Aquí debe resaltarse que la Constitución de 1991 cambió la titularidad que la Constitución de 1886 daba a la nación sobre el subsuelo para dársela al Estado[7]. La finalidad fue evitar la centralización de las decisiones y los beneficios relacionados con el subsuelo y sus recursos, porque atribuirle su titularidad constitucional al Estado implica que tanto los órganos del nivel central como las demás entidades territoriales del nivel descentralizado son titulares del subsuelo. En particular, con el cambio de la Constitución de 1991 estos últimos "son partícipes activos de la riqueza del subsuelo y de los recursos naturales"[8]. En consecuencia, el actuar del aparato estatal con respecto de la explotación del subsuelo debe concentrarse en que el ejercicio de las competencias específicas de cada nivel territorial se ciñan a los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad[9]. No obstante, pareciera que esta titularidad múltiple se diluyera en la interpretación y el contenido normativo que la Corte le ha atribuido a las facultades de decisión y disposición en cabeza de entidades del orden nacional. En otras palabras, como indicaré más adelante al referirme al giro realizado por la decisión SU-095 del 2018, la titularidad múltiple se disuelve significativamente en las facultades de decisión del sector central que terminan por crear una titularidad *de facto* en cabeza de la nación.

Segundo, las características físicas de los tipos de bienes sobre los que recae esta propiedad pública dificultan su clasificación en la tipología civil de los bienes de uso público y fiscales. La dificultad de una distinción binaria para clasificar los bienes públicos en general ya ha sido objeto de análisis. Pimiento, por ejemplo, ha indicado que la "diversidad de bienes que pueden pertenecer a la administración y de intereses que ellos buscan cumplir impide acudir a la simplicidad

7 Contrástese el artículo 202 de la Constitución Política de 1886 con los artículos 332 y 334 de la Constitución Política de 1991.

8 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Sentencia del 5 de abril del 2018, C.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez, 53.

9 Corte Constitucional, Sentencia T-445 del 2016, 19 de agosto, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, 141-143; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, Sentencia del 5 de abril del 2018, C.P. Jorge Octavio Ramírez Ramírez.

propiedad sobre la tierra.indd 101 2/11/21 11:41 a.m.

de una presentación binaria"[10]. En consecuencia, añade, los diferentes tipos de bienes públicos deben mejor entenderse "a partir del reconocimiento de diversos fundamentos jurídicos" para su protección[11]. El punto que quiero resaltar aquí es otro y consiste en las presuposiciones espaciales que subyacen a la manera como se hace legible el subsuelo para el derecho. El subsuelo es representado en el derecho como un depósito que "contiene" otro bien público, a saber los recursos naturales no renovables, que son también designados como propiedad del Estado. Así, por ejemplo, la Ley 685 del 2001 habla constantemente del subsuelo para referirse a los recursos naturales no renovables en él contenidos o "yacentes"[12]. Esta es una representación del subsuelo que establece una fragmentariedad del subsuelo como un todo. Bajo esta perspectiva, los recursos no son parte constitutiva del subsuelo sino un bien diferente, y por esto escindible —aunque tampoco son clasificados como una forma de bien accesorio—. Este supuesto espacial de contenedor es problemático en términos ecológicos y de responsabilidad del Estado, entre otros posibles ámbitos, porque no aborda al subsuelo como un sistema integrado e interdependiente que solo en cuanto tal es posible comprender como objeto de protección socioambiental y de reparación.

Por otro lado, si en consonancia con Pimiento lo que rige el carácter especial de los bienes públicos no es necesariamente la protección de su uso público —que nos llevaría a tener que acudir a la restrictiva clasificación binaria entre bienes de uso público y fiscales—, sino una variedad de razones que justifican su especial protección, hace que la clasificación del subsuelo como espacio público en el nuevo Código de Policía y, por ende, como bien de uso público, en el capítulo II sobre el cuidado e integridad del espacio público[13], sea por lo menos desconcertante a primera vista. Resulta difícil entender las motivaciones de esta designación porque el espacio público ha sido usualmente entendido en términos del acceso de la ciudadanía al mismo. De conformidad con el Código Civil, los bienes de uso público son aquellos cuyo "uso pertenece a todos los habitantes de un Territorio, como el de calles, plazas, puentes y caminos" —llamados "bienes

10 Julián Pimiento, "Reflexiones en torno a la distinción de los bienes públicos en el Código Civil", *Revista de Derecho Privado,* n.º 21 (2011).

11 *Ibidem.*

12 Ley 685 del 2001, 8 de septiembre, artículos 2.º, 5.º, 7.º, 95, entre otros, por la cual se expide el Código de Minas y se dictan otras disposiciones.

13 Ley 1801 del 2016, 29 de julio, artículo 139, por la cual se expide el Código Nacional de Policía y Convivencia: "Definición del espacio público. Es el conjunto de muebles e inmuebles públicos, bienes de uso público, bienes fiscales, áreas protegidas y de especial importancia ecológica y los elementos arquitectónicos y naturales de los inmuebles privados, destinados por su naturaleza, usos o afectación, a la satisfacción de necesidades colectivas que trascienden los límites de los intereses individuales de todas las personas en el territorio nacional. [...] Constituyen espacio público: el subsuelo…".

propiedad sobre la tierra.indd 102 2/11/21 11:41 a.m.

de la Unión o de uso público o bienes públicos del Territorio"—[14]. A menos que resignificáramos el sentido de "uso público"— como, por ejemplo, un bien que debe ser protegido como condición del sustento de la vida de generaciones futuras, resulta difícil predicar dicho uso respecto del subsuelo. Esta decisión del legislador probablemente responde más a la pretensión de ampliar el alcance del uso de la fuerza policial en escenarios de explotación de recursos naturales en el subsuelo. En todo caso reitera la dificultad de situar el tipo de bien público que es el subsuelo y sus recursos en la clasificación civil convencional.

Una tercera particularidad muy relacionada con las anteriores es la dificultad de predicar la función *del límite* respecto de este tipo de propiedad pública. Se trata de una ausencia de reflexión sobre el límite físico mismo, es decir, dónde, cómo y quién determina la frontera entre el suelo y el subsuelo. Se trata de la política de su delimitación que con certeza abrirá futuras discusiones.

Por último, están las limitaciones y finalidades constitucionales de la explotación de los recursos naturales y del subsuelo. Se trata de las disposiciones y designios constitucionales que regulan su ejercicio y explotación. En otras palabras, del mandato constitucional para su ejercicio. El siguiente apartado aborda los supuestos espaciales que alejan la reciente decisión SU-095 del 2018 de la jurisprudencia anterior. Sobre esa base, sintetiza los elementos centrales del cambio en el mandato constitucional para el ejercicio de la propiedad pública del subsuelo que dicha decisión implicó.

Del reconocimiento de la interacción a la nítida fragmentación

Afirmar que existe una relación inescindible entre el suelo y el subsuelo pareciera una obviedad —no por ello menos compleja—. Difícilmente alguien negaría

14 Ley 84 de 1873, 31 de mayo, Código Civil de los Estados Unidos de Colombia, artículo 674. Véase también la Ley 9 de 1989, 11 de enero, por la cual se dictan normas sobre planes de desarrollo municipal, compraventa y expropiación de bienes y se dictan otras disposiciones. De acuerdo con el artículo 5.º de esta ley, se entiende por espacio público "el conjunto de inmuebles y los elementos arquitectónicos y naturales de los inmuebles privados, destinados por su naturaleza, por su uso o afectación, a la satisfacción de necesidades urbanas colectivas que trascienden, por tanto, los límites de los intereses individuales de los habitantes. […] Así, constituyen el Espacio Público de la ciudad las áreas requeridas para la circulación, tanto peatonal, como vehicular, las áreas para la recreación pública, activa o pasiva; para la seguridad y tranquilidad ciudadana, las franjas de retiro de las edificaciones sobre las vías, fuentes de agua, parques, plazas, zonas verdes y similares, las necesarias para la instalación y mantenimiento de los servicios públicos básicos, para la instalación y uso de los elementos constitutivos del amueblamiento urbano en todas sus expresiones, para la preservación de las obras de interés público y de los elementos históricos, culturales, religiosos, recreativos y artísticos, para la conservación y preservación del paisaje y los elementos naturales del entorno de la ciudad, los necesarios para la preservación y conservación de las playas marinas y fluviales, los terrenos de bajamar, así como de sus elementos vegetativos, arenas y corales y, en general, por todas las zonas existentes o debidamente proyectadas en las que el interés colectivo sea manifiesto y conveniente y que constituyan por consiguiente zonas para el uso o el disfrute colectivo".

propiedad sobre la tierra.indd 103 2/11/21 11:41 a.m.

que la intervención sobre el segundo necesariamente afecta de alguna manera al primero. Sin embargo, la manera como la regulación de la propiedad pública del subsuelo ha asumido y asignado consecuencias sobre este y la superficie se aleja de esta obviedad, o, por lo menos, la elude exitosamente. Esto a pesar de su reconocimiento formal en la jurisprudencia.

La decisión C-123 del 2014, y en particular uno de sus salvamentos de voto, permiten advertir el carácter relacional del territorio como una cuestión de representación jurídica del espacio con profundas consecuencias distributivas[15]. En esta sentencia, la Corte Constitucional declaró la constitucionalidad condicionada del artículo 37 del Código de Minas que prohibía a las autoridades regionales, seccionales o locales excluir de la minería, de manera permanente o transitoria, zonas del territorio incluso a través de los planes de ordenamiento territorial. La Corte decidió que la disposición no era contraria a la Constitución en virtud del principio de organización unitaria del Estado y los artículos 332 y 334 constitucionales que atribuyen al Estado la propiedad de los recursos del subsuelo y la facultad para establecer políticas relativas a la explotación de recursos naturales. No obstante, precisó que la prohibición contenida en dicha disposición no podía ser interpretada de forma absoluta porque implicaría desconocer la autonomía de las entidades territoriales (artículo 287 C.P.) y los principios que rigen la distribución de competencias entre la nación y las entidades territoriales (artículo 288 C.P.)[16].

Así, para la Corte, el artículo 37 no era contrario a la Carta bajo el entendido de que "las autoridades competentes del nivel nacional deberán acordar con las autoridades territoriales concernidas, las medidas necesarias para la protección del ambiente sano, y en especial, de sus cuencas hídricas, el desarrollo económico, social, cultural de sus comunidades y la salubridad de la población, mediante la aplicación de los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad"[17]. Este mandato de acuerdo entre el nivel central y local estuvo basado, si bien

15 Corte Constitucional, Sentencia C-123 del 2014, 5 de marzo, M.P. Alberto Rojas Ríos. En un sentido más amplio, el carácter interrelacionado del territorio no es una cuestión novedosa para el derecho. Ya en las decisiones de la Corte de Oro sobre la función social de la propiedad está presente la interrelacionalidad —si bien no bajo esa denominación—, como también lo está en las múltiples decisiones que reconocen la particular relación con el territorio de pueblos indígenas, comunidades negras y campesinos. La revisión detallada de las espacialidades que subyacen a estas decisiones escapan, no obstante, a este artículo, que busca enfocarse en las particularidades de los presupuestos espaciales en las discusiones sobre autonomía territorial y consultas populares en contextos de intervención del subsuelo.

16 Corte Constitucional, Sentencia C-123 del 2014, 5 de marzo, M.P. Alberto Rojas Ríos, 48.

17 Este artículo fue posteriormente declarado inexequible por razones de forma en la Sentencia C-273 del 2016.

propiedad sobre la tierra.indd 104 2/11/21 11:41 a.m.

tímidamente[18], en un reconocimiento sobre la incidencia que el uso del subsuelo tiene sobre la disposición y uso del suelo —así como a los derechos asociados a esta interacción—. En este marco, aunque no era claro qué medidas serían necesarias para la protección del ambiente y la salubridad de la población, esta protección y el desarrollo económico, social y cultural de las comunidades resultaban inescindibles de un reconocimiento del carácter interconectado e interrelacionado del suelo y el subsuelo. Así mismo, el rol central reconocido al principio de subsidiaridad —que desaparece en la SU-095 del 2018— avalaba la intervención del poder municipal en las tensiones entre lo local y lo nacional como manifestación del Estado en el nivel más próximo al ciudadano, en contextos en los que las intervenciones del subsuelo los puede afectar.

Sin embargo, ante la ausencia de una reflexión más profunda sobre la relación suelo/subsuelo, el salvamento de voto de María Victoria Calle y Luis Ernesto Vargas problematizó y visibilizó las dificultades empíricas y jurídicas de aceptar una nítida distinción jurídica entre el suelo y el subsuelo que, en todo caso, sustentaba la decisión de resolver las tensiones alrededor de decisiones sobre el subsuelo a partir de concertaciones entre los niveles central y local[19]. El salvamento evoca la obra *El mercader de Venecia* de Shakespeare para ilustrar de qué manera la decisión de la mayoría conduce en todo caso a un resultado ambiguo frente a las afectaciones del suelo. En el relato, Porcia, disfrazada de abogado, advierte que cercenar una libra de carne del cuerpo del mercader como consecuencia del incumplimiento en el pago de un préstamo al usurero Shylock implica necesariamente derramar sangre que no hacía parte del contrato. Con esto, Porcia le evita al mercader un corte de su cuerpo. Para los magistrados, la opinión mayoritaria es opuesta a la que obtuviera Porcia. La Corte, sugiere el salvamento, parece aceptar la posibilidad de intervenir el subsuelo sin entrar a estudiar de qué manera y en qué extensión puede afectar los usos, composición de la superficie y los derechos relacionados con su uso. Así, aunque reconoce que la intervención del subsuelo necesariamente afecta los usos del suelo, la decisión descansa sobre el presupuesto imposible de la fragmentabilidad del territorio. Lejos de la lucidez de Porcia al evaluar la interdependencia de sangre y carne, la Corte suscribe de manera ambigua que es posible a un tiempo aceptar decisiones nacionales de carácter minero con intervención del subsuelo y proteger la autonomía territorial para determinar los usos del suelo:

18 Si bien hay un reconocimiento de la interrelación, la confianza en mandatos de concertación de este tipo elude una discusión más profunda sobre el carácter relacional del territorio y puede así neutralizar los disensos locales sobre los usos del suelo y del subsuelo.

19 Corte Constitucional, Sentencia C-123 del 2014, 5 de marzo, M.P. Alberto Rojas Ríos.

propiedad sobre la tierra.indd 105 2/11/21 11:41 a.m.

> [...] al aceptar que los municipios tienen la facultad de adoptar decisiones sobre el manejo del suelo, pero sin tocar una gota del subsuelo, y a la vez adoptar una ambigua solución de compromiso entre unidad y autonomía, en el intento de salvar la constitucionalidad de una norma manifiestamente contraria a la Carta, este Tribunal apenas brindó una protección precaria a la participación y la autonomía de los entes territoriales del nivel local, en uno de los asuntos de mayor trascendencia para la satisfacción de sus necesidades, para la definición de su destino y la conservación de sus formas de vida[20].

Una profunda crítica a la comprensión segmentada del territorio y sus elementos desde el derecho subyace al salvamento. El territorio, sugiere, es integral y sus elementos están interrelacionados y son interdependientes. Aplicar e interpretar el derecho a costa de dicha interrelacionalidad implica aceptar una distribución muy inequitativa y antidemocrática del acceso a la tierra y sus usos porque desarticula tanto el acceso a esta como la planeación del suelo de las consecuencias de su intervención y de la actual distribución de las cargas públicas asociadas a la tierra. Esta crítica posiciona a la integralidad del territorio como premisa tanto del modelo constitucional de gestión y decisión sobre los recursos naturales como del alcance de la autonomía territorial y la participación local. Además, la asignación de las competencias para la planificación de los usos del suelo y la explotación del subsuelo no puede descansar sobre un imposible, a saber, la fragmentación nítida de los elementos del suelo y el subsuelo:

> [...] esta fragmentación no es posible desde el punto de vista empírico ni jurídico. No lo es en el plano empírico, por el hecho evidente de que la extracción de los recursos minerales que yacen en el subsuelo requiere de manera necesaria una intervención del suelo. Pero, más allá de esto, tal fragmentación no es posible si se atiende, por un lado, a la interdependencia que existe entre los organismos vivos y el medio en el que cohabitan formando un ecosistema y, ligado a esta, a la necesaria integralidad de los distintos elementos que conforman el territorio[21].

Luego, en la decisión C-035 del 2016[22], de nuevo la Corte abordó la relación entre las entidades territoriales y del nivel nacional para pronunciarse sobre

20 Corte Constitucional, Sentencia C-123 del 2014, salvamento de voto, 5 de marzo, M.P. Alberto Rojas Ríos, 74.

21 *Ibid.,* 61.

22 Corte Constitucional, Sentencia C-035 del 2016, 8 de febrero, M.P. Gloria Stella Ruiz Delgado. La Corte estudió en esta decisión la demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 20 del PND anterior (Ley 1573 del 2015) y 108 del PND 2010-2014, en los cuales se definían las zonas

propiedad sobre la tierra.indd 106 2/11/21 11:41 a.m.

temas relacionados con la exploración y explotación de áreas mineras. La Corte declaró la exequibilidad condicionada de la norma cuestionada, bajo el entendido de que la definición de dichas áreas debe contar con un espacio de *concertación* entre los distintos niveles territoriales. El fundamento de la concertación radicaba en la necesidad de preservar la autonomía de las entidades territoriales para adoptar decisiones en las cuestiones que las afecten, su capacidad para reglamentar los usos del suelo y garantizar la participación ciudadana en las decisiones que los afectan. Como la disposición demandada —sobre la selección y posterior oferta de áreas de reserva minera especial— no consagra un mecanismo para asegurar lo anterior, la Corte sostuvo que "la autoridad competente para definir las áreas de reserva minera deberá concertar previamente con las autoridades locales de los municipios donde van a estar ubicadas"[23].

A lo anterior añade que el ejercicio de la ordenación del territorio de manera exclusiva por una entidad del nivel central "puede tener un impacto significativo sobre la autonomía de las autoridades municipales para planificar y ordenar sus territorios"[24]. En consecuencia,

> […] la extracción de recursos naturales no renovables no sólo afecta la disponibilidad de recursos en el subsuelo, sino también modifica la vocación general del territorio, y en particular, la capacidad que tienen las autoridades territoriales para llevar a cabo un ordenamiento territorial autónomo[25].

Posteriormente, en la Sentencia C-273 del 2016, que declaró inexequible el artículo 37 del Código de Minas[26] por considerarlo violatorio de la reserva de ley orgánica, la Corte reiteró el carácter esencial de la función de ordenamiento territorial de los municipios y departamentos ya indicada en la C-035 del 2016. Independientemente de la distribución competencial que se establezca, sostuvo, "la misma no puede anular el contenido específico del principio de autonomía

---

de reserva para la minería. Estos artículos establecían la potestad del Gobierno de identificar zonas donde se encuentran minerales estratégicos para el desarrollo económico del país, delimitarlas y entregarlas en concesión mediante un proceso de selección cuyos criterios serían definidos por la autoridad nacional minera.

23 Corte Constitucional, Sentencia C-035 del 2016, 8 de febrero, M.P. Gloria Stella Ruiz Delgado, 159.

24 *Ibidem.*

25 *Ibidem.*

26 Ley 685 del 2001, 8 de septiembre, por la cual se expide el Código de Minas y se dictan otras disposiciones, artículo 37: "Prohibición legal. Con excepción de las facultades de las autoridades nacionales y regionales que se señalan en los artículos 34 y 35 anteriores, ninguna autoridad regional, seccional o local podrá establecer zonas del territorio que queden permanente o transitoriamente excluidas de la minería. Esta prohibición comprende los planes de ordenamiento territorial de que trata el siguiente artículo".

propiedad sobre la tierra.indd 107 2/11/21 11:41 a.m.

territorial que se manifiesta en la posibilidad de que los municipios reglamenten los usos del suelo dentro de su respectivo territorio"[27]. Como el artículo 37 prohibía a las entidades de los órdenes "regional, seccional o local" excluir temporal o permanentemente la actividad minera, esto afectaba de manera directa y definitiva la competencia de las entidades territoriales para llevar a cabo el ordenamiento de sus respectivos territorios. Por esta razón, la Corte consideró que la norma afectaba bienes jurídicos de especial importancia constitucional y, en esa medida, está sujeta a reserva de ley orgánica.

Posteriormente, la Corte abordó específicamente el alcance y procedencia de las consultas populares mineras en un caso de tutela. Se trata del caso Pijao (T-445 del 2016), en el que una habitante del municipio interpuso una tutela en contra de la decisión del Tribunal Administrativo del Quindío que había declarado inconstitucional la consulta popular propuesta por el alcalde del municipio por considerar que la pregunta[28] atentaba contra la libertad del votante y desconocía que las autoridades locales no tenían competencia para excluir las actividades mineras en sus territorios. Si bien la Corte sostuvo que la pregunta de la consulta vulneraba la Constitución por atentar contra la libertad del votante, precisó que "los entes territoriales poseen la competencia para regular el uso del suelo y garantizar la protección del medio ambiente, incluso si al ejercer dicha prerrogativa terminan prohibiendo la actividad minera"[29]. Para resolver la tutela, la Corporación resaltó el carácter relacional del territorio. En particular enfatizó que entre este y el ordenamiento territorial se plasma una "interrelación y articulación entre los miembros de la sociedad y su entorno cultural y natural"[30]. Sostuvo, además, que en las zonas cercanas a áreas donde se lleva a cabo actividad minera es posible evidenciar la degradación de la calidad de vida de los habitantes, sobretodo en el acceso al agua y la economía/vocación agrícola, y de los ecosistemas que perviven en las zonas limítrofes. Es por esto que para la Corte el ordenamiento territorial no *ordena* solo el territorio sino también la vida en comunidad y el modelo de desarrollo que esta seguirá. Este análisis está ligado con un cuestionamiento previo al ideal del desarrollo, al replanteamiento de la relación del ser humano con la naturaleza[31] y la tensión entre el aprovechamiento

27 Corte Constitucional, Sentencia C-273 del 2016, 25 de mayo, M.P. Gloria Stella Ruiz Delgado, 34.
28 La pregunta era la siguiente: "¿Está usted de acuerdo, si o no, con que en el municipio de Pijao se ejecuten actividades que impliquen contaminación del suelo, pérdida o contaminación de fuentes hídricas, afectación a la salubridad de la población, o afectación de la vocación agraria del municipio, con motivo de proyectos mineros?".
29 Corte Constitucional, Sentencia T-445 del 2016, 19 de agosto, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, 152.
30 *Ibid.,* 54.
31 *Ibid.,* 61-66.

propiedad sobre la tierra.indd 108 2/11/21 11:41 a.m.

eficiente de los recursos naturales y su protección. Aunque la Corte también reconoce una escala temporal menos inmediata para referirse a las generaciones futuras[32] e incluye el concepto de "equidad intergeneracional"[33].

Sobre la relación entre el suelo y el subsuelo, en particular, la Corte sostuvo que debido a la *inseparable* conexión entre ambos no es posible adoptar una decisión sobre un proyecto minero (por ejemplo, uso del subsuelo) "sin decidir al mismo tiempo sobre el agua, la agricultura, la salud pública y el ambiente de toda una región"[34], pues no es fácticamente posible extraer recursos mineros sin afectar la superficie[35]. Esto por cuanto el subsuelo tiene funciones de importancia ambiental, biótica, geológica y cultural-simbólica por las que adquiere significancia respecto de la forma en que se podrá usar el suelo luego de adoptar decisión alguna. Frente a la tensión de principios que estudia la Corte, señala que "de nada serviría que un municipio pueda regular el suelo si una directriz del Gobierno central será la que disponga sobre los usos del subsuelo"[36]. Por esto, la competencia exclusiva de la nación para definir los usos del subsuelo podría vaciar el contenido esencial del principio de autonomía territorial. Es así como la consulta popular sobre temas mineros se encuentra dentro del ámbito de competencia del municipio y existe un derecho en cabeza de los ciudadanos de Pijao de poder participar o poder expresar su punto de vista al respecto.

Las respuestas ofrecidas por la Corte tanto en materia de participación local y competencia de los municipios como frente a las posibles implicaciones socioambientales fueron modestas. Aún así, la centralidad del reconocimiento de la interrelación entre el suelo y el subsuelo sustentó la protección al medio ambiente, a las competencias de los municipios y a las consultas populares locales.

En contraste, la reciente decisión SU-095 del 2018[37] desplazó la centralidad del reconocimiento para posicionar el "mapa" político administrativo como el referente espacial para delimitar la propiedad pública y el ámbito competencial de los municipios. En este marco, la posibilidad de que las comunidades locales decidan sobre la intervención del subsuelo mediante consultas populares desapareció. En otras palabras, mientras que una lectura del territorio como algo

32 *Ibid.,* 64.
33 *Ibid.,* 72.
34 *Ibid.,* 104.
35 Dice la Corte, "En esa medida, es imposible definir la vocación minera de un área sin intervenir el ejercicio de competencias sobre el uso del suelo que les corresponden a las autoridades del orden territorial". Corte Constitucional, Sentencia T-445 del 2016, 19 de agosto, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, 131.
36 Corte Constitucional, Sentencia T-445 del 2016, 19 de agosto, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, 139.
37 Corte Constitucional, Sentencia SU-095 del 2018, 11 de octubre, M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

propiedad sobre la tierra.indd 109 2/11/21 11:41 a.m.

interconectado e interdependiente empezaba a hacerse presente en las decisiones anteriores, en la SU-095 la Corte identificó el territorio con el mapa político administrativo al establecer que aquello que exceda las competencias que radican de forma exclusiva en los municipios va más allá de su posibilidad de participación —y la de las comunidades que lo habitan— en las decisiones correspondientes. A partir del criterio de las competencias exclusivas de los municipios intensificó el supuesto espacial de la nítida fragmentación del territorio.

Esto lo hace mediante tres vías. Primero, la decisión sustituye la centralidad del reconocimiento sobre el carácter interrelacionado de suelo y subsuelo por un argumento de "convergencia de actividades" del uso de suelo y explotación del subsuelo. Aquí la premisa consiste en una representación espacial en la cual distintas actividades convergen porque se superponen en un espacio vertical. Es esta convergencia, y ya no el carácter interrelacionado del territorio ni las afectaciones que de su intervención puedan surgir, lo que sustenta la concurrencia de competencias. En contra de este argumento podría argüirse que la sentencia explícitamente afirma que existe una "relación inescindible" entre el suelo y el subsuelo "como elementos esenciales del territorio", y que, por esta razón, "es incuestionable que las actividades y la operación de los proyectos tendientes a la explotación del subsuelo y de RNNR generan impactos en los territorios y en el suelo"[38]. No obstante, las consecuencias que la SU-095 asigna a este reconocimiento son sustancialmente diferentes. Mientras en las decisiones anteriores el reconocimiento sustentó incluso la viabilidad de las consultas, en la SU-095 la respuesta que la Corte da a su propia declaratoria de un déficit de protección "constitucionalmente inadmisible" frente a la participación y a la aplicación de los principios de coordinación y concurrencia entre la nación y las entidades territoriales es paradójica. A pesar de reconocer un déficit de participación, la Corte insiste en un esquema débil de participación en la etapa precontractual, y distractor en etapas posteriores a la toma de decisiones sobre la exploración y la explotación. Es débil porque los espacios de participación y socialización en el procedimiento de concesiones para la exploración y explotación de hidrocarburos, y en el proceso de licenciamiento ambiental, son los mismos que han demostrado no ser suficientes frente al déficit de protección. Y es distractor al disponer en su parte resolutiva el robustecimiento de las estrategias de participación ciudadana en una etapa en la que ya no es posible ser parte de las decisiones de intervención del subsuelo. Esto último al ordenar que en la política pública de los sectores de hidrocarburos y de minería, y en los contratos de concesión se "robustezcan las estrategias

38 *Ibid.,* 163.

propiedad sobre la tierra.indd 110 2/11/21 11:41 a.m.

y cláusulas contractuales de participación ciudadana, información, coordinación de acciones sociales y de inversiones sociales con entidades públicas"[39]. Si bien esta orden está orientada a fortalecer ciertas formas de participación, constituye un distractor frente al déficit de participación que la propia Corte reconoce. Esto por dos razones. Primera, porque confía la protección de la participación a acciones muy generales de información y coordinación. Segunda, por la ausencia de garantías con anterioridad a la contratación y a la imposibilidad decisoria para entidades territoriales y comunidades afectadas tanto antes como con posterioridad a las intervenciones del suelo y el subsuelo. Por todo lo anterior, la decisión le resta cualquier efecto útil al reconocimiento de la relacionalidad al concentrar la protección —por lo menos mientras el legislador expide mecanismos de participación ciudadana de conformidad con el exhorto que le hizo la Corte[40]— en espacios en los que la participación no tiene una dimensión decisoria significativa.

Segundo, la Corte excluye el principio de subsidiariedad como criterio de definición de las tensiones entre las competencias de la nación y las entidades territoriales para referirse únicamente a los principios de coordinación y concurrencia[41]. De acuerdo con este principio, la intervención el Estado, y la correspondiente atribución de competencias, debe realizarse en el nivel más próximo al ciudadano[42], a saber, su municipio. El daño, entonces, define la competencia. No importa el origen de este, es decir, no importa si su causa excede o está fuera de la extensión geográfica del municipio o debajo de la superficie sobre la que este tiene competencias de ordenación. La subsidiariedad sin duda rompe con la representación espacial que implica el criterio de convergencia de competencias asignado de acuerdo con el mapa político administrativo que superpone las competencias de ordenación del suelo con la propiedad del subsuelo. Así, a pesar de reconocer formalmente la innegable interrelación entre los procesos en la superficie y el subsuelo, la Corte eliminó sin justificación alguna la subsidiaridad de sus fundamentos para decidir.

Tercero, la Corte excluye a la consulta popular como mecanismo para "dar aplicación a los principios de coordinación [sic] concurrencia entre la nación y el territorio" por considerar que la competencia para decidir sobre la realización de

39 *Ibid.,* resuelve séptimo.
40 *Ibid.,* resuelve cuarto.
41 *Ibid.,* 156 y 170. Esta eliminación ocurrió a pesar de que en el momento de resumir la jurisprudencia relevante para determinar si el tribunal demandado había o no vulnerado el precedente, la Corte incluyó apartes y síntesis de las decisiones que mencionaban el principio de subsidiariedad como criterio para definir las tensiones competenciales en virtud del artículo 288 superior. Véanse las páginas 146 a 154 de la sentencia.
42 Así fue definido el principio de subsidariedad en la misma sentencia. Corte Constitucional, Sentencia SU-095 del 2018, 11 de octubre, M.P. Cristina Pardo Schlesinger, 59.

propiedad sobre la tierra.indd 111 2/11/21 11:41 a.m.

actividades de exploración o explotación del subsuelo o los recursos "no radica en forma absoluta en cabeza de municipios, y por ello excede su competencia"[43]. La regla derivada de este argumento no es clara. ¿Quiere esto decir que cualquier actividad o fenómeno que pueda generar graves afectaciones a los usos del suelo y los modos de vida locales y que no encaje en una competencia que radique "de forma absoluta en cabeza de los municipios" está fuera de su competencia y, por ende, no puede ser sometido a consulta popular? De ser así, ¿qué significa en términos espaciales que una competencia radique de forma absoluta en los municipios? Pareciera que la Corte estuviera haciendo una lectura de las competencias de las entidades territoriales a partir del mapa político administrativo y de una noción que parte de aceptar que es posible fragmentar nítidamente el suelo del subsuelo en términos verticales y estratificados. La decisión, entonces, asume una noción del territorio que excluye cualquier comprensión de su carácter relacional e interconectado que habilite un efecto material a la protección socioambiental. Esto último porque, como indicaré más adelante, es posible que se abran escenarios de interpretación institucional en los que la relacionalidad sea empleada precisamente en contra de la justicia ambiental y distributiva[44].

El argumento parece, además, conducir a una paradoja. Si el eje se trata de competencias que radican absolutamente en cabeza de estos, entonces todo el esquema de los principios para resolver las tensiones no tiene efecto útil porque precisamente las tensiones surgen cuando las competencias de los distintos órdenes entran en colisión. Esta lectura, además, conduciría a un confinamiento imposible, material y jurídico, de las competencias de las entidades territoriales al mapa político administrativo. Esto implica, como se indicó, dos supuestos espaciales. Primero, hacer equivaler el territorio con el mapa político administrativo para definir decisiones cuando se trata de recursos que atraviesan sus límites, y, segundo, en términos de verticalidad del territorio, representarlo como una superposición clara de fragmentos delimitados a partir de su propiedad y las competencias asignadas.

Ahora, la SU-095 sí otorga efectos al carácter relacional del territorio, pero desde un registro distinto: afianzar las competencias de entidades del orden nacional para la decisión sobre la explotación del subsuelo. La Corte señala que algunos recursos del subsuelo y los recursos naturales no renovables se encuentran

43 Sentencia SU-095 del 2018, 11 de octubre, M.P. Cristina Pardo Schlesinger, 156.

44 Estos escenarios podrían conducir a formas de autoritarismo constitucional e institucional. Sobre el constitucionalismo autoritario véase Helena Alviar García, "Neoliberalism as a form of Authoritarian Constitucionalism", en *Authoritarian Constitutionalism: Comparative Analysis and Critique* (Reino Unido y Estados Unidos: Edward Elgar Publishing, 2019), 37-56.

propiedad sobre la tierra.indd 112 2/11/21 11:41 a.m.

en yacimientos o canales que superan la delimitación político administrativa de la superficie[45]. Y es en esta trascendencia de la delimitación —lo que podría leerse como su carácter fluido o diseminado— que se sustenta la premisa de que estos recursos representan los intereses nacionales de todo el país[46]. De manera tal que, para la Corte, la definición de la política pública del sector minero energético a partir de una estructura del sector claramente centralizada en entidades nacionales se explica por el hecho de que la ubicación y carácter de los yacimientos no coinciden con la división del mapa político-administrativo, y, en específico, superan los límites definidos para las entidades territoriales. Esta lectura conduce a la Corte a resaltar a continuación que la riqueza pública del subsuelo "debe ser aprovechada en beneficio de la sociedad"[47].

Una cuestión central que orienta la decisión, a pesar de no ser formulada explícitamente, es si el ejercicio de la propiedad pública del subsuelo implica necesariamente un deber de explotación de los recursos en cabeza del Estado. Al delimitar el objeto de la propiedad pública del subsuelo, esta cuestión permite contrastar al menos dos configuraciones espaciales en conflicto. Escoger una u otra cambia la manera como se definen los parámetros constitucionales de su protección. Por un lado, está la aproximación de la SU-095 que hace legible el subsuelo y los recursos naturales no renovables como recursos que deben ser explotados, de esta manera el subsuelo termina siendo un contenedor de recursos destinados a la explotación[48]. Del otro lado, está una comprensión del mismo como un sistema que aparece sugerido en las sentencias antes mencionadas y más explícitamente en la decisión de Pijao —y en la movilización social que ha acompañado a las consultas populares en el país—. En contraste con la anterior visión, aquí el subsuelo es un sistema que sustenta una serie de derechos comprendidos en una escala espacio temporal que exceden la planeación económica que rige a la primera concepción[49].

45 Corte Constitucional, Sentencia SU-095 del 2018, 11 de octubre, M.P. Cristina Pardo Schlesinger, 81.

46 *Ibid.,* 80.

47 Corte Constitucional, Sentencia C-424 de 1994, 29 de septiembre, M.P. Fabio Moron Díaz, citada en Corte Constitucional, Sentencia SU-095 del 2018, 11 de octubre, M.P. Cristina Pardo Schlesinger, 82.

48 Por ejemplo, véase la argumentación presentada en las páginas 66-70. Corte Constitucional, Sentencia SU-095 del 2018, 11 de octubre, M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

49 Este debate del subsuelo como recurso económico no es nuevo. En el contexto de los debates sobre la minería, por ejemplo, un estudio de la Contraloría no solo abordó en detalle el carácter interdependiente entre la superficie, el suelo y el subsuelo sino que resaltó la dificultad de entender este último como "'el terreno que está bajo la capa labrantía o laborable' (Madrid-Malo, 1994; Ministerio de Minas, 2003)". Contraloría General de la República, *Minería en Colombia - Volumen III: Daños ecológicos y socio-económicos y consideraciones sobre un modelo minero alternativo*, 272, https://redjusticiaambientalcolombia.files.wordpress.com/2014/08/libro-mineria_vol-iii_serie-final.pdf.

propiedad sobre la tierra.indd 113 2/11/21 11:41 a.m.

El lugar de la premisa económica en la delimitación de lo que se entiende por interés general, sugiero a continuación, está en el trasfondo de la modificación del mandato constitucional para el ejercicio de la propiedad del subsuelo que la SU-095 estableció.

El mandato constitucional para el ejercicio de la propiedad del subsuelo

La pregunta por el ejercicio y fundamento de la propiedad del subsuelo está atada al interés general y, por consiguiente, a los mandatos que de este se deriven. En efecto, la propiedad pública en general está ligada al cumplimiento de los fines del Estado y esto implica que su régimen jurídico esté atravesado por lo que se supone público y por el interés general. Pero el alcance, delimitación y sustrato democrático de este interés en contextos de explotación del subsuelo tampoco es una cuestión saldada. De hecho, es quizás el subtexto de las discusiones actuales sobre las consultas populares. No obstante, la invocación del interés general en las decisiones judiciales con frecuencia da por sentado su alcance o aparece desligada de las disputas por su contenido en el contexto de las consultas populares y los crecientes conflictos socioambientales y luchas por la defensa del territorio. En conexión con lo anterior,una reflexión sobre la construcción y significado de lo público en el ejercicio de la propiedad pública está virtualmente ausente. Más sorprendente aún es la ausencia de reflexión sobre la función social y ecológica de la propiedad pública en los debates institucionales sobre exploración y explotación del subsuelo.

Ahora, sin duda, el uso por parte de diferentes comunidades de la consulta popular en el nivel municipal como mecanismo de participación para decidir sobre la explotación de recursos del subsuelo dio lugar a diferentes debates sobre el

---

Dicha comprensión, sostiene el informe, "reduce la importancia del subsuelo a la riqueza o aprovechamiento económico de sus componentes" porque entiende a los recursos naturales no renovables "como recursos económicos". Por el contrario, el informe, citando a Garay, resalta que el territorio "en términos físicos se refiere a su integralidad tanto al suelo como al subsuelo y a la superficie de vuelo, lo que plantea una problemática no solo analítica sino de primacía/subsidiaridad de derechos de propiedad, uso y usufructo en cada uno de sus niveles espaciales de acción, así como de distribución y equidad en términos de política pública". En una ocasión anterior, la misma Contraloría se refirió específicamente a la interrelacionalidad como sustento de la vida, anotando en esa oportunidad que "el subsuelo no solamente está conformado por minerales para extraer y lucrarse, sino que es el medio que permite la inmensa mayoría de los procesos vitales que ocurren en la superficie, que los mismos minerales, en algunos casos, son el hábitat de organismos vivos, igualmente que son el medio conductor de las aguas subterráneas y que, por tal razón, también debe ser objeto de protección y manejo especial, así como la base alimentaria tanto de biomas como de comunidades humanas que diseñan sistemas productivos dependiendo de estas calidades complejas que se interrelacionan". *Minería en Colombia - Volumen 1: Fundamentos para superar el modelo extractivista*, 44, https://www.contraloria.gov.co/documents/20181/472306/01_CGR_mineria_I_2013_comp.pdf/40d982e6-ceb7-4b2e-8cf2-5d46b5390dad.

propiedad sobre la tierra.indd 114 2/11/21 11:41 a.m.

alcance de la propiedad pública, su titularidad, la delimitación de los regímenes de disposición y decisión sobre los recursos extraídos, la competencia de las entidades territoriales, la distribución de las cargas socioambientales, entre otros. Es en este contexto que la pregunta por el mandato constitucional para el ejercicio de la propiedad pública enfrenta dos comprensiones y articulaciones diferentes de la propiedad en cabeza del Estado[50]. Mientras que para la primera la explotación económica no es una característica ineludible del ejercicio de la propiedad y coexiste con una noción densa de protección del ambiente y la participación local, que empieza desde el momento de la decisión sobre la explotación, la segunda hace equivaler el interés general con una comprensión económica de corto plazo de la gestión del subsuelo y los recursos naturales no renovables. Así, un tipo particular de interés económico es erigido como contenido preponderante del interés general.

Aquí es donde resulta necesario matizar el interés económico y el sustrato democrático del interés general. Ambos componentes tendrán un peso y significación diferente en el mandato constitucional para el ejercicio de la propiedad pública del subsuelo establecido por la Corte en diferentes momentos. Por mandato me refiero al conjunto y organización de disposiciones y protecciones constitucionales que orientan, sustentan y limitan el ejercicio de la propiedad pública del subsuelo y sus recursos. A continuación, esta sección contrasta dos maneras en las que la reciente jurisprudencia constitucional ha configurado dicho mandato. La primera parte analiza los elementos que la jurisprudencia anterior a la decisión SU-095 del 2018 identificó como determinantes constitucionales para su comprensión y ejercicio. La segunda parte muestra el giro que dicha decisión hace en la delimitación constitucional de la propiedad, con lo cual modificó radicalmente el mandato constitucional que venía consolidándose desde el 2014. Una representación espacial particular del subsuelo acompaña a cada una de las configuraciones.

50 Para citar un ejemplo, mientras que para la Contraloría el interés general que informa el ejercicio de la propiedad de los recursos del subsuelo como parte del patrimonio público está atado al "servicio a la comunidad, la promoción de la prosperidad general y la garantía de la efectividad de los principios, derechos y deberes constitucionales y el mantenimiento de la integridad territorial", para el autor Julián Pimiento, el subsuelo corresponde a un tipo de reserva patrimonial del Estado que "por razones económicas o de otro tipo —pero siempre ligadas al interés general—" el ordenamiento le atribuye al Estado "no solo para que se gestione o conserve" sino para que lo explote económicamente. Contraloría General de la República, *Minería en Colombia - Volumen III*: *Daños ecológicos y socio-económicos y consideraciones sobre un modelo minero alternativo,* 275, https://redjusticiaambientalcolombia.files.wordpress.com/2014/08/libro-mineria_vol-iii_serie-final.pdf; Julián Andrés Pimiento, "La propiedad del subsuelo en el derecho colombiano. Aportes para un concepto", en *Minería y desarrollo, aspectos jurídicos de la actividad minera,* editado por Juan Carlos Henao y Milton Fernando Montoya Pardo (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2016), 25-58.

propiedad sobre la tierra.indd 115 2/11/21 11:41 a.m.

El interés general como delimitante de la explotación del subsuelo en la jurisprudencia sobre consultas populares y sobre la autonomía territorial frente a la explotación del subsuelo fue asociado por la Corte con las finalidades constitucionales de la "racionalización de la economía": el mejoramiento de la calidad de vida, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo y la preservación de un ambiente sano (artículo 334 C.P.). Sobre el desarrollo en particular, la comprensión de su contenido en el nivel territorial es multidimensional, de ahí la explícita mención de que el desarrollo es no solo económico, sino social y cultural. Es por esto que las decisiones articulan la facultad para el ordenamiento del suelo con cierta autonomía de los municipios para definir el "modelo de desarrollo local" que incluye dimensiones sociales y culturales.

Por su parte, el reconocimiento del carácter interrelacionado y conexo entre el suelo y el subsuelo en estas decisiones, si bien de manera tímida, sustentó la centralidad de las medidas de protección al ambiente, el acuerdo al que debían llegar la nación y las entidades territoriales, pero, sobre todo, la participación local a través de consultas populares. Además, la invocación explícita de las finalidades de la racionalización de la economía y las consecuencias atribuidas a la interrelacionalidad del territorio permiten, por lo menos, sugerir que el interés general que informa el ejercicio de la propiedad pública del subsuelo admite la posibilidad de no explotación como limitante del ejercicio de la propiedad pública del subsuelo.

El mandato constitucional para el ejercicio de la propiedad pública del subsuelo antes de la SU-095 del 2018, entonces, puede sintetizarse en una serie de condicionamientos y orientaciones así: (1) el interés general que sustenta la titulación de la propiedad en cabeza del Estado en sentido amplio no está predefinido de manera absoluta y su determinación debe incluir los intereses y las afectaciones locales; (2) como consecuencia de lo anterior, el mandato constitucional que informa el ejercicio de la propiedad pública no implica inexorablemente la explotación del subsuelo y sus recursos; (3) las decisiones de las comunidades locales mediante consultas populares pueden constituir una limitante de la propiedad pública; (4) el mejoramiento de la calidad de vida de los habitantes, la distribución equitativa de las oportunidades y los beneficios del desarrollo como fines de la racionalización económica —pero también como elementos del interés general— condicionan el ejercicio de la propiedad pública en casos de la explotación del subsuelo; y (5) allí donde la autonomía territorial se vea anulada, el ejercicio de esta propiedad encuentra un límite. Sobre la base anterior, desarrollar la manera en que la función ecológica y social de la propiedad pública opera en el ejercicio de la propiedad del subsuelo es una tarea pendiente hoy en Colombia.

propiedad sobre la tierra.indd 116 2/11/21 11:41 a.m.

Este desarrollo será crucial para consolidar un cambio en la comprensión del subsuelo como un sistema y no como un contenedor, así como los recursos naturales no renovables y el material inorgánico del subsuelo como parte de ese sistema y no simplemente como elementos contenidos en aquel.

La SU-095 del 2018 configura el interés general de otra manera, y con esto el mandato constitucional para la propiedad pública. Si bien la Corte no hace una argumentación sobre qué es lo que constituye ese interés general, que menciona en varias ocasiones, lo construye por vía de un ejemplo y de una afirmación. Sobre el primer punto, la sentencia indica que las "actividades de trascendencia económica" son un ejemplo de interés general[51], sin entrar a diferenciar qué hace que una actividad sea de este tipo ni cómo se decide cuando varias actividades de transcendencia económica están en tensión en un escenario de explotación de recursos del subsuelo —por ejemplo, la minería y la economía campesina protegida en el punto uno del Acuerdo de la Habana—. Por vía de afirmación, la Corte sostiene que el "interés nacional de superior entidad" prevalece para determinar el interés general que, como tal, puede desplazar otros intereses[52]. De esta manera, parece operar una suerte de nacionalización del interés general. Varios cambios conducen a esta conclusión. Primero, la centralidad dada a la dirección general de la economía pareciera implicar una escala cuatrienal de decisión y disposición sobre los recursos, con lo cual podría estar presidencializando la propiedad pública[53]. Además, la titularidad de la propiedad queda diluida en el ámbito competencial para su gestión, lo cual hace inocuo el cambio de la titularidad de la propiedad del subsuelo de la nación al Estado realizado por la Constitución del 91. Surge la duda, entonces, de si el ámbito competencial para la disposición en cabeza de múltiples entidades del orden nacional no termina confundiéndose con la titularidad misma de la propiedad.

Segundo, la decisión construye el interés general a partir del carácter incuestionado de la decisión de explotar los recursos del subsuelo. En otras palabras, la explotación de estos recursos termina erigida como una actividad constitutiva del mandato para el ejercicio de la propiedad pública.

Tercero, la expulsión del principio de subsidiaridad de los criterios para decidir sobre el ámbito competencial excluye del interés de mayor entidad la

51 Corte Constitucional, Sentencia SU-095 del 2018, 11 de octubre, M.P. Cristina Pardo Schlesinger, 57.

52 *Ibidem.*

53 Véanse especialmente las páginas 65, 138 y 155. Corte Constitucional, Sentencia SU-095 del 2018, 11 de octubre, M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

propiedad sobre la tierra.indd 117 2/11/21 11:41 a.m.

participación en la decisión sobre la explotación de quién debe responder en primera instancia al ciudadano, a saber, el municipio.

Por último, y aunque puede parecer solo un gesto citacional, la decisión se libera de una carga argumentativa fundamental para dar contenido constitucional al interés general que subyace a la explotación del subsuelo. En efecto, aunque la Corte hace referencia implícita a la "racionalización de la economía" en algunas ocasiones no lo hace a sus finalidades, excepto en dos pies de página en los que cita el artículo 334 de la Constitución Política. Esta omisión la libera de argumentar de qué manera debe darse la explotación del subsuelo para satisfacer dichas finalidades[54].

El mandato constitucional para la propiedad pública en la SU-095 podría sintetizarse así: (1) la explotación económica del subsuelo y los recursos naturales no renovables es un imperativo constitucional para el ejercicio de esta propiedad; (2) el "interés nacional de superior entidad", cuyo contenido está representado por el valor económico de la explotación del subsuelo, prevalece para determinar el interés general; (3) una comprensión de la delimitación competencial a partir del criterio de las exclusivas materias de los municipios habilita, a su vez, una representación de la propiedad pública del subsuelo como nítidamente fragmentable; y, (4) en virtud de lo anterior, el titular complejo de esta propiedad es difuminado en las competencias asignadas para la disposición y gestión de los recursos en entidades de orden nacional.

Bajo esta configuración del mandato para la propiedad pública del subsuelo, las implicaciones son múltiples. Primero, diversas relaciones físicas y sociales son subordinadas a una comprensión espacial que da por sentada la fragmentariedad nítida del territorio como si no requiriera otro esfuerzo interpretativo. Segundo, la protección a la participación de las comunidades que puedan verse afectadas por las decisiones que se toman al respecto de la exploración y la explotación del subsuelo se ve debilitada al ser trasladada a la etapa posterior de dicha decisión y al hacer énfasis en deberes de quienes no tienen una posición imparcial frente a este tipo de decisiones. Tercero, la distribución de las cargas ante la posibilidad de situaciones materiales y fácticas de irreversibilidad no es parte de la argumentación que sustenta el esquema de competencias ni de las medidas adoptadas para proteger la participación y la autonomía territorial. Por último, la eliminación de la referencia al principio de subsidiariedad privilegia las facultades de

54 Lo hace al referirse (1) al objetivo del ordenamiento territorial según lo definido en el artículo 6.º de la Ley 388 de 1997; y (2) al objetivo del derecho administrativo ambiental en el trámite de licenciamiento ambiental. Corte Constitucional, Sentencia SU-095 del 2018, 11 de octubre, M.P. Cristina Pardo Schlesinger.

propiedad sobre la tierra.indd 118 2/11/21 11:41 a.m.

disposición de los recursos sobre el daño como criterio para determinar la competencia de las entidades territoriales con lo cual intensifica el riesgo de renacionalizar *de facto* la propiedad del subsuelo y los recursos naturales no renovables. Con esto, la Corte despolitiza la agencia local en materia económica, intensificando así una exclusión de las decisiones económicas del control democrático.

Pero los límites de la propiedad del subsuelo no son una cuestión saldada por múltiples razones. Como los recursos naturales no renovables también son recursos naturales están supeditados al marco de los límites impuestos por la protección del medio ambiente. A esto se añade la volatilidad que su intervención implica. Los límites y el carácter volátil, y hasta cierto punto impredecible, de los efectos de la explotación de estos recursos exceden la posibilidad de constreñir el ejercicio de la propiedad a una planeación de corto plazo de su explotación. Por otro lado, el subsuelo como bien público es parte del patrimonio ecológico e histórico. Como tal, la obligación de mantener dicho bien no cesa en virtud de su explotación. Esta tensión entre la explotación y la garantía de dicho patrimonio continúa vigente. Como tal, deja abierta la puerta a la disputa por la protección de la interconexidad e interdependencia del subsuelo y sus elementos más allá de las discusiones sobre los límites competenciales de las entidades territoriales. Por último, los efectos situados de la explotación seguirán evidenciando que el problema no es tanto acerca de quién es el propietario sino de quién debe llevar la carga de las consecuencias del ejercicio de la propiedad.

En este escenario de indeterminación, los puentes transdisciplinares ofrecen herramientas para una agenda de investigación sobre el ejercicio de la propiedad pública del subsuelo.

TENDER PUENTES: APROXIMACIONES TRANSDISCIPLINARES

La problematización de lo que se entiende como suelo o subsuelo, la comprensión de los saberes que les han dado carácter de entidad y la modificación misma de los regímenes de propiedad sobre el subsuelo están cambiando radicalmente. ¿Qué tipo de límite, frontera o lindero constituye esta distinción? ¿Alude a una frontera física o, por el contrario, alude y al tiempo crea una suerte de frontera metafórica, o es de otro tipo? ¿Cuáles son los efectos y dimensiones geográfico-jurídicas de la distinción? Lo cierto es que la distinción parece todo menos clara —lo cual no significa que no haya producido y esté produciendo efectos materiales y simbólicos.

En el marco de este artículo, resultan especialmente relevantes las discusiones que nos permitan enunciar y explicar las complejidades de aceptar una

propiedad sobre la tierra.indd 119 2/11/21 11:41 a.m.

aproximación a la distinción suelo-subsuelo que asuma la nítida fragmentabilidad entre la superficie, la capa vegetal y lo que se encuentra en el espacio designado como subsuelo para la asignación de derechos y la gestión del territorio, así como sus consecuencias socioambientales. A partir de la articulación de algunas contribuciones a la problematización del binario y de una noción estatal del territorio en la geografía jurídica en articulación con la ecología política y los estudios críticos de ciencia y tecnología sobre el suelo, el artículo propone una agenda de investigación para la teorización de la propiedad pública del subsuelo en el marco de la disputa por el mandato constitucional y el reconocimiento de su papel para el sustento de la vida y sus interconexiones con el suelo y su degradación. A continuación presento algunas preguntas al derecho de propiedad que surgen de estos puentes y que pueden ser relevantes para leer la reciente decisión de la Corte Constitucional.

Geografía jurídica: volúmenes, flujos, escalas y representación

La geografía jurídica ha contribuido a evidenciar la manera en que el derecho construye la legibilidad geográfico-jurídica del territorio privilegiando una representación del espacio de la propiedad como nítidamente fragmentable y con frecuencia como área. En esta línea, apuestas relativamente recientes enfatizan la necesidad de investigaciones empíricas y teóricas que incluyan la dimensión de la "verticalidad y el volumen"[55]. En este sentido, resaltan el carácter fluido y dinámico, si bien imperceptible, de ciertas materialidades[56], y la importancia de repensar las escalas usadas para representar lo subterráneo. Adicionalmente, la geografía jurídica ha problematizado la identificación del territorio como elemento de la soberanía, y ha propuesto investigar su producción histórica como concepto y práctica, así como las técnicas para medirlo e intervenirlo (por ejemplo, Elden). Así, la geografía jurídica ofrece herramientas para identificar ciertos "modos particulares de ver" del derecho cuando nombra y delimita ciertos

55 Véanse, entre otros, a Bruce Braun, "Producing vertical territory: Geology and governmentality in late Victorian Canada", *Ecumene* 7, n.º 1 (2001): 7-46; Eyal Weizman, "The Politics of Verticality", *Open Democracy* (23 de abril del 2002), https://www.opendemocracy.net/en/article_801jsp/; Stuart Elden, "Secure the volume: Vertical geopolitics and the depth of power", *Political Geography* 34 (2013a): 35-51; Stuart Elden, "Bodies, books, beneath: A reply to Adey and Bridge", *Political Geography* 34 (2013b): 58-59; y un número especial de *Society and Space* dedicado a lo subterráneo y a la soberanía volumétrica, Franck Billé, ed., "Volumetric sovereignty Part 2: the subterranean realm", foro en *Society & Space* (12 de marzo del 2019), http://societyandspace.org/2019/03/12/volumetric-sovereignty-part-2-the-subterranean-realm/

56 Adam Bobbette y Amy Donovan, eds., *Political Geology - Active Stratigraphies and the Making of Life* (Cham, Suiza: Springer, 2019).

propiedad sobre la tierra.indd 120 2/11/21 11:41 a.m.

espacios, en particular cuando produce ciertas categorías estabilizadoras[57]. En relación con el derecho de propiedad, estas aproximaciones contrastan la función estabilizadora de las categorías del derecho con una manera de entender la propiedad como un conjunto de configuraciones, objetos, redes y acciones que excede la desconexión entre las nociones de propiedad y sus representaciones jurídicas[58].

En este marco, propongo al menos dos preguntas para pensar la función social y ecológica de propiedad del subsuelo y sus recursos. En primer lugar, aparece una tarea desestabilizadora del subsuelo como una categoría estable que descansa sobre una representación del suelo y el subsuelo como segmentos verticales superpuestos en un mapa. Esta desestabilización puede ofrecer elementos para la comprensión del subsuelo como sistema y de la distinción suelo/subsuelo como un punto de contacto más que una frontera. La indagación por los procesos y elementos interconectados y entrelazados del territorio conduce a la segunda pregunta. La geografía jurídica exige al derecho preguntarse explícitamente por las escalas temporales y espaciales asumidas para sustentar la prevalencia de un uso sobre otros de la propiedad pública. Y, a su vez, preguntarnos si las intervenciones del subsuelo terminan por convertirlo en un bien distinto. Esta pregunta exige escalas temporales y geográficas que permitan proyectar la duración de los cambios generados a causa de, por ejemplo, la toxicidad de los suelos y la contaminación de las fuentes de agua. Además, activa la defensa de los usos protegidos del suelo y los usos prohibidos del subsuelo como una manifestación de la función social de la propiedad traducida en una limitación al ejercicio de la propiedad pública.

Ecología política: el territorio relacional y situado

La ecología política ha contribuido a situar la experiencia y vivencia del lugar como un elemento relevante para el análisis tanto del *territorio* como una categoría situada que excede su identificación como elemento de definición del Estado, como del despojo sin desplazamiento entendido como fenómeno que problematiza las limitaciones que el desplazamiento forzado y la formalización de la propiedad presentan en contextos en los que, como es el caso de Colombia, la desposesión toma formas diferentes y sofisticadas. La ecología política ha puesto en el centro del debate el carácter relacional del territorio[59], es decir, la compren-

57 Nicholas Blomley, "Simplification is complicated: property, nature, and the rivers of law", *Environment and Planning A: Economy and Space* 40, n.º 8 (2008): 1826.

58 *Ibidem*.

59 Véanse, entre otros, Diana Ojeda, "Los paisajes del despojo: propuestas para un análisis desde las reconfiguraciones socioespaciales", *Revista Colombiana de Antropología* 52, n.º 2 (2016): 19-43; Juliana

propiedad sobre la tierra.indd 121 2/11/21 11:41 a.m.

sión de la tierra y sus recursos como un conjunto de elementos inextricablemente interconectados en relaciones de codependencia. Los análisis relacionales cuestionan las representaciones geográficas del territorio y de los conflictos sobre los recursos más allá de la sola convergencia de demandas sobre áreas o segmentos del territorio, y las dificultades asociadas a ver los elementos que lo componen como recursos económicos representados como segmentos. En este sentido, la ecología política visibiliza los procesos socioespaciales que atraviesan la reconfiguración tanto de las relaciones agrarias como del alcance y significado de lo rural, así como las dinámicas que vacían espacios con objetivos productivos. Esto es especialmente relevante en escenarios de transición que, como en el caso de Colombia, están acompañados de una reorganización del territorio en términos de una noción de productividad que no es parte de los debates más públicos.

En cuanto a la explotación del subsuelo en particular, la ecología política habla de la política del subsuelo para referirse a una variedad de cuestiones que van desde los conflictos socioambientales relacionados con los patrones de la gobernanza de la industria extractiva en Latinoamérica hasta los problemas analíticos que la distinción presenta al interior de la relación entre el desarrollo y democracia en la región[60]. En este contexto, la ecología política ofrece elementos importantes para la teorización de la propiedad pública del subsuelo en términos del mandato constitucional que la rige y de la definición del contenido y alcance del interés general que lo fundamenta. A continuación propongo dos espacios específicos de investigación en los que considero que una traducción de las problemáticas de la ecología política al derecho abre preguntas relevantes y urgentes.

El primero es la disputa por el significado y la manera de determinar el interés general que las protestas y conflictos socioambientales están poniendo de presente. Al reconfigurar los lugares de disenso sobre el uso, explotación y destinación de los recursos naturales[61] más allá de las comprensiones tradicionales de los bienes públicos, dichos conflictos exigen reconfigurar también los debates sobre los fundamentos del ejercicio de la propiedad pública del subsuelo. Su denuncia de la ruptura del carácter relacional del territorio al momento de adoptar decisiones de exploración y explotación cuestiona las aproximaciones a

---

Flórez y María Carolina Olarte-Olarte (en publicación), "Decolonizing Approaches to Latin American Social Movements", en *The Oxford Handbook of Latin American Social Movements,* editado por Federico M. Rossi (Oxford: Oxford University Press).

60 Anthony Bebbington *et al.,* "Contention and Ambiguity: Mining and the Possibilities of Development", *Development and Change* 39, n.º 6 (2008): 887-914.

61 María Carolina Olarte-Olarte, "From Territorial Peace to Territorial Pacification: Anti-Riot Police Powers and Socio-Environmental Dissent in the Implementation of Colombia's Peace Agreement", *Revista de Estudios Sociales* 67 (2019): 26-39.

propiedad sobre la tierra.indd 122 2/11/21 11:41 a.m.

la propiedad pública que afirman que el mandato constitucional exige la explotación económica de los recursos y, con ello, la centralidad de un interés nacional de tipo económico —entendido como los recursos que entrarían al erario— en la delimitación del interés general.

El segundo consiste en el riesgo de que la explotación y exploración del subsuelo puedan conducir a varias formas de despojo sin desplazamiento que exigen repensar la asumida independencia entre aquel y el suelo. Como lo ha señalado el giro reciente de los estudios sobre el fenómeno del despojo global de tierras hacia los despojos sin desplazamiento o expulsión[62], este fenómeno hace referencia a formas de desposesión que no implican la toma directa de control sobre la tierra por parte de corporaciones u otros actores ni el uso de la fuerza física inmediata y evidente. Ellas incluyen, entre otras, la desposesión de elementos del territorio de los que se disponía con anterioridad a la operación de los agronegocios o la planeación para un tipo particular de desarrollo —este el caso, por ejemplo, de los recursos hídricos, elementos del suelo y el subsuelo, o su afectación por contaminación o extracción—; la desposesión "quirúrgica de ciertos recursos inherentes a la tierra con lo que no hay necesidad de ser expulsado forzadamente"[63]; la desposesión de modos de vida y saberes tradicionales incompatibles con la articulación a las cadenas de valor; la desposesión de vías de salida o acceso a elementos cruciales para el sustento; la desposesión del valor financiero de la tierra[64]; la desposesión del control territorial, de la pérdida de poder de las organizaciones comunitarias sobre el suelo, de la tranquilidad cotidiana y de paisajes culturalmente significativos que se modifican o desaparecen[65]; y las crecientes dinámicas de incorporación adversa —como, por ejemplo, la subsunción formal de productores primarios.

62 Ben White *et al.,* "The new enclosures: critical perspectives on corporate land deals", *The Journal of Peasant Studies* 39, n.º 3-4 (2012): 619-647; Ruth Hall *et al.*, "Resistance, Acquiescence or Incorporation? An Introduction to Land Grabbing and Political Reactions 'From Below'", *Journal of Peasant Studies* 42, n.º 3 (2015): 467-488; Diana Ojeda, "Los paisajes del despojo: propuestas para un análisis desde las reconfiguraciones socioespaciales", *Revista Colombiana de Antropología* 52, n.º 2 (2016): 34.

63 James Mitchell, "The systematic overlaying of rights to land and natural resources - a global phenomenon, a global challenge", en *GPA 20Plus20: Reflections on Urban Development,* compilado por Geoffrey Payne (Londres: GPA, 2018).

64 Charis Kamphuis, "Derecho y la convergencia del poder público y el poder empresarial: la desposesión campesina y la coerción privatizada en el Perú", *Revista Latinoamericana de Derecho Social* 15 (2012): 57-112, citado en Anthony Bebbington, "Underground political ecologies: The second Annual Lecture of the Cultural and Political Ecology Specialty Group of the Association of American Geographers", *Geoforum* 43, n.º 6 (2012): 1159.

65 Gavin Bridge, "The Hole World: scales and spaces of extraction", *New Geographies* 2 (2009): 43-48; Anthony Bebbington, "Underground political ecologies: The second Annual Lecture of the Cultural and Political Ecology Specialty Group of the Association of American Geographers", *Geoforum* 43, n.º 6 (2012): 1159.

propiedad sobre la tierra.indd 123 2/11/21 11:41 a.m.

La sofisticación y complejidad del despojo con frecuencia escapa a los intentos jurídicos por explicar y responder a las formas de violencia relacionadas con este. Por ejemplo, y no sin resistencias, la desposesión y el desplazamiento por conservación, turismo y desarrollo hasta ahora empiezan a ser entendidas y aceptadas por el derecho. En el contexto de este artículo, ¿hasta qué punto los tipos de despojo están anclados en la manera en que se ha entendido la propiedad del Estado sobre los recursos del subsuelo respecto de los regímenes de propiedad que puedan confluir y/o colisionar en la superficie? La ecología política puede aportar elementos para analizar si las regulaciones de las actividades de exploración y explotación de recursos del subsuelo tienen en cuenta y en qué medida las dimensiones socioambientales de los cambios significativos en el uso del suelo y el aledaño, tales como la emergencia de formas de conversión laboral significativa, obstáculos para las economías campesinas, familiares o solidarias, o nuevas formas o intensificaciones de acceso desigual a los recursos.

Estudios críticos de ciencia y tecnología

En línea con la ecología política, los estudios de la ciencia y la tecnología han alertado recientemente sobre la necesidad de examinar las relaciones de poder y la dimensión política que subyacen a las decisiones adoptadas por los tecnócratas del suelo sobre la clasificación de la tierra en términos de su capacidad productiva. En esta línea, los puentes entre el derecho y estos estudios pueden permitir abordar la relación entre seres humanos y suelos para ponerla en el debate jurídico sobre la propiedad del subsuelo desde dos escenarios. Por un lado, los contextos en los que los tecnócratas del suelo y el subsuelo participan en alguna medida en los procesos de toma de decisiones sobre la intervención de esos espacios. En este marco, los estudios de la ciencia y tecnología suscitan preguntas sobre el rol de los científicos de Estado y de la tecnología en la distribución de derechos sobre el suelo y el subsuelo, así como de las consecuencias y cargas resultado de su intervención. Por el otro, los recientes estudios sobre la producción jurídica del suelo en contraste con su comprensión relacional como sustento de la vida en la superficie[66] pueden contribuir a reposicionar la función social y ecológica de la propiedad pública del subsuelo desde una perspectiva que resalta la interrelación entre los organismos vivos y la materia no viviente[67]. Esta aproximación

66 Kristina Lyons, "Soils and peace: Imagining generative dialogues between soil scientists and farmers in Colombia's western amazon" (Pittsburgh: Center for Latin American Studies de la Universidad de Pittsburgh, 2015).

67 Kristina Lyons, "The Poetics of Soil Health", *The Castac Blog* (blog), 16 de marzo del 2016, http://blog.castac.org/2016/03/poetics-of-soil-health/

propiedad sobre la tierra.indd 124 2/11/21 11:41 a.m.

permitiría evidenciar que el alcance y propósito de las consultas populares pueden representar disputas que van más allá de una cuestión de autonomía territorial.

En la misma línea, estos estudios sobre el suelo[68] ofrecen elementos para formular cuestionamientos a la manera en la que el derecho entiende y/o ignora las consecuencias de la degradación de los suelos por intervención del subsuelo. Por ejemplo, las advertencias sobre la degradación del suelo son una advertencia que exige modificar las escalas de la reparación integral en materia de responsabilidad del Estado, repensar la función ecológica y social de la propiedad pública y las dificultades que tienen los canales existentes en el derecho privado para enfrentar las limitaciones a la posesión y para responder a cuestiones como la irreversibilidad de los cambios en el uso del suelo.

En este sentido, estas aproximaciones evidencian, además, la importancia de problematizar las invocaciones al interés público que lo hacen equivaler con los ingresos en el corto plazo por la explotación del subsuelo. Abordar, por ejemplo, los supuestos que subyacen a las ideas de fertilidad, degradación y productividad dominantes en las políticas públicas de ordenación rural y crédito agrario, entre otros, interpela al derecho en múltiples ángulos: ¿qué tipo de relaciones y beneficios habilitan las decisiones de los científicos de Estado?, ¿qué relaciones y beneficios son anulados por las decisiones jurídicas y técnicas sobre los suelos y el subsuelo? En contraste con una visión plana del desarrollo presente en análisis que priorizan los ingresos nominales por la explotación del subsuelo, estos estudios pueden contribuir a contar la historia de los cambios del suelo en relación con la exploración y explotación del subsuelo.

Así, las discusiones de ciencia y tecnología pueden contribuir a que en el derecho delimitemos las relaciones con el suelo y el subsuelo en otra escala. Con la extracción, el derecho delimita la relación seres humanos-suelo a través de escalas espacio temporales como el presupuesto, las regalías y los estudios ambientales, pero ignora otras escalas que pueden alterar el principio de igualdad de las cargas públicas, o la responsabilidad estatal en virtud de la comprensión del carácter irreversible de cierto tipo de intervención. Es en este sentido que es posible, siguiendo a Lyons al referirse a la noción de salud del suelo, "desestabilizar las percepciones dominantes del suelo como simplemente un medium de desarrollo económico para los cultivos"[69] o, en el contexto de este artículo, como un medio para poder explotar el subsuelo.

68 Entre estos estudios véanse, por ejemplo, Maria Puig de la Bellacasa, "Making time for soil: Technoscientific futurity and the pace of care", *Social Studies of Science* 45, n.º 5 (2015): 691-716; Kristina Lyons, "Soil science, development, and the 'elusive nature' of Colombia's Amazonian Plains", *Journal of Latin American and Caribbean Anthropology* 19, n.º 2 (2014): 212-236.

69 Lyons, "The Poetics of Soil Health".

propiedad sobre la tierra.indd 125 2/11/21 11:41 a.m.

REFLEXIONES FINALES

Este capítulo busca contribuir a la creciente literatura, jurídica y transdisciplinaria, sobre el entrelazamiento e interdependencia de los espacios que han sido denominados e intervenidos como suelo y subsuelo. De esta manera, es un intento por abordar el derecho de la propiedad pública del subsuelo como una forma particular de delimitar, conocer y, por tanto, intervenir el espacio de lo subterráneo.

Desde una preocupación por las consecuencias materiales de las suposiciones y construcciones espaciales del derecho, este análisis quiere situar el sustrato democrático de la configuración del interés general en el centro del debate sobre la exploración y explotación del subsuelo en el contexto de las discusiones acerca del alcance de las consultas populares locales y la autonomía territorial. Así, el texto es un llamado a identificar e interpelar el peso que las decisiones judiciales sobre estos temas han dado al carácter interrelacional del territorio en la configuración implícita o explícita del interés general. En esta exploración, el artículo sugiere que la representación jurídica de la propiedad pública del subsuelo y sus presupuestos espaciales tienen una incidencia central en la manera como vemos el subsuelo, a saber, como un contenedor o como un sistema.

Esta no es una cuestión menor. En una configuración del subsuelo como contenedor prima una visión de los recursos naturales no renovables como recurso económico que relaja, si no anula, cualquier reconocimiento formal al carácter relacional del territorio. Esta es una forma de producción espacial del derecho que habilita una jerarquía entre los contenidos constitucionales que de una u otra forma tocan con el ejercicio de esta propiedad. El efecto es posicionar la explotación como un elemento definitorio del mandato constitucional para el ejercicio de la propiedad pública y, por ende, neutralizar posibles tensiones con otros elementos constitucionales que dan contenido al interés general. El riesgo es la subordinación de múltiples relaciones físicas y sociales a un supuesto espacial al servicio de un tipo particular de comprensión del desarrollo. La reciente decisión de la Corte sobre la procedencia de consultas populares locales para decidir sobre la explotación del subsuelo (SU-095 del 2018) está más cerca, argumenté, de esta aproximación. Por el contrario, una visión del subsuelo como sistema permeó con más fuerza las decisiones de la Corte que desde el 2014 venían reconociendo un lugar más central al carácter interrelacional del territorio.

Ahora, si bien la sentencia de la Corte es una decisión de unificación, la discusión jurídica sobre el carácter relacional del territorio en materia de explotación del subsuelo sigue abierta y en disputa por varias razones. Resaltaré aquí dos. Primero, los movimientos sociales y los crecientes conflictos socioambientales

propiedad sobre la tierra.indd 126 2/11/21 11:41 a.m.

están demandando una discusión más profunda sobre la función social y ecológica que haga legible el subsuelo como un sistema y no como un contenedor. Estas disputas están direccionando el debate sobre el alcance del interés general y la definición de lo público en una multiplicidad de problemáticas socioambientales cuya complejidad escapa al alcance de la SU-095. Segundo, la especificidad de los daños y su posible irreversibilidad continuará retando la distinción asumida desde una comprensión del suelo y subsuelo como un lugar de intercambios y conexiones más que como un borde entre propiedades y competencias.

En este escenario, la agenda transdisciplinaria propuesta puede ofrecer herramientas estratégicas para disputarnos el entrelazamiento y la interrelacionalidad como un sustento conceptual y material del mandato constitucional para el ejercicio de la propiedad pública.

REFERENCIAS

Bebbington, Anthony. "Underground political ecologies: The second Annual Lecture of the Cultural and Political Ecology Specialty Group of the Association of American Geographers". *Geoforum* 43, n.º 6 (2012): 1152-1162.

Bebbington, Anthony, Leonith Hinojosa, Denise Humphreys Bebbington, Maria Luisa Burneo y Ximena Wanaars. "Contention and Ambiguity: Mining and the Possibilities of Development". *Development and Change* 39, n.º 6 (2008): 887-914.

Billé, Franck, ed. "Volumetric sovereignty Part 2: the subterranean realm". Foro en *Society & Space*, 12 de marzo del 2019. http://societyandspace.org/2019/03/12/volumetric-sovereignty-part-2-the-subterranean-realm/

Blomley, Nicholas. "Simplification is complicated: property, nature, and the rivers of law". *Environment and Planning A: Economy and Space* 40, n.º 8 (2008): 1825-1842

Bobbette, Adam y Amy Donovan, eds. *Political Geology - Active Stratigraphies and the Making of Life.* Cham, Suiza: Palgrave, 2019.

Braun, Bruce. "Producing vertical territory: Geology and governmentality in late Victorian Canada". *Ecumene* 7, n.º 1 (2001): 7-46.

Braverman, Irus, David Delaney, Nicholas Blomley y Alexandre Kedar, eds. *The Expanding Spaces of Law. A Timely Legal Geography*. Stanford: Stanford University Press, 2014.

Bridge, Gavin. "The Hole World: scales and spaces of extraction". *New Geographies* 2 (2009): 43-48.

propiedad sobre la tierra.indd 127 2/11/21 11:41 a.m.

Contraloría General de la República. *Minería en Colombia - Volumen* I: *Fundamentos para superar el modelo extractivista.* Bogotá: Contraloría General de la República, 2014. https://www.contraloria.gov.co/documents/20181/472306/01_CGR_mineria_I_2013_comp.pdf/40d982e6-ceb7-4b2e-8cf2-5d46b5390dad

Contraloría General de la República. *Minería en Colombia - Volumen* III: *Daños ecológicos y socio-económicos y consideraciones sobre un modelo minero alternativo*. Bogotá: Contraloría General de la República, 2014. https://redjusticiaambientalcolombia.files.wordpress.com/2014/08/libro-mineria_vol-iii_serie-final.pdf

Elden, Stuart. "Secure the volume: Vertical geopolitics and the depth of power". *Political Geography* 34 (2013): 35-51.

Elden, Stuart. "Bodies, books, beneath: A reply to Adey and Bridge". *Political Geography* 34 (2013): 58-59.

Feldman, Shelley y Charles Geisler. "Land grabbing in Bangladesh: in-situ displacement of peasant holdings". Artículo presentado en la *Internacional Conference on Global Land Grabbing*, Sussex, 6-8 abril, 2011. Sussex: Universidad de Sussex.

Flórez-Flórez, Juliana y María Carolina Olarte-Olarte. "Decolonizing Approaches to Latin American Social Movements". En *The Oxford Handbook of Latin American Social Movements*, editado por Federico M. Rossi. Oxford: Oxford University Press (en publicación).

Hall, Ruth, Marc Edelman, Saturnino M. Borras Jr., Ian Scoones, Ben White y Wendy Wolford. "Resistance, Acquiescence or Incorporation? An Introduction to Land Grabbing and Political Reactions 'From Below'". *Journal of Peasant Studies* 42, n.º 3 (2015): 467-488.

Keenan, Sarah. "Subversive property: Reshaping malleable spaces of belonging". *Social & Legal Studies* 19, n.º 4 (2010): 423-439.

Keenan, Sarah. *Subversive Property: Law and the Production of Spaces of Belonging.* Londres: Routledge, 2014.

Lyons, Kristina. "Soils and peace: imagining generative dialogues between soil scientists and farmers in Colombia's western amazon". Center for Latin American Studies de la Universidad de Pittsburgh, 2015. https://upenn.academia.edu/KristinaLyons

Lyons, Kristina. "Soil science, development, and the 'elusive nature' of Colombia's Amazonian Plains". *Journal of Latin American and Caribbean Anthropology* 19, n.º 2 (2014): 212-236.

Lyons, Kristina. "The Poetics of Soil Health". *The Castac Blog* (blog), 16 de marzo del 2016. http://blog.castac.org/2016/03/poetics-of-soil-health/

propiedad sobre la tierra.indd 128 2/11/21 11:41 a.m.

Mitchell, James. "The systematic overlaying of rights to land and natural resources - a global phenomenon, a global challenge". En GPA *20Plus20: Reflections on Urban Development*, compilado por Geoffrey Payne. Londres: GPA, 2018.

Morgan, Jill. "Digging deep: property rights in subterranean space and the challenge of carbon capture and storage". *International and Comparative Law Quarterly* 62, n.º 04 (2013): 813-837.

Ojeda, Diana. "Los paisajes del despojo: propuestas para un análisis desde las reconfiguraciones socioespaciales". *Revista Colombiana de Antropología* 52, n.º 2 (2016): 19-43.

Olarte-Olarte, María Carolina. "From Territorial Peace to Territorial Pacification: Anti-Riot Police Powers and Socio-Environmental Dissent in the Implementation of Colombia's Peace Agreement". *Revista de Estudios Sociales* 67 (2019): 26-39.

Olarte-Olarte, María Carolina e Illan Wall. "The Occupation of Public Space in Bogotá: Internal Displacement and the City". *Journal of Social and Legal Studies* 21, n.º 3 (2012): 321-339.

Palacio Castañeda, Germán. "Suelo, subsuelo y vuelo: los previsibles desafíos ecopolíticos para la región amazónica colombiana". En *La naturaleza colonizada. Ecología política y minería en América Latina*, coordinado por Héctor Alimonda, 93-112. Buenos Aires: Clacso, 2011.

Pimiento, Julián. "La propiedad del subsuelo en el derecho colombiano. Aportes para un concepto". En *Minería y desarrollo, aspectos jurídicos de la actividad minera*, editado por Juan Carlos Henao y Milton Fernando Montoya Pardo, 25-58. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2016.

Pimiento, Julián. "Reflexiones en torno a la distinción de los bienes públicos en el Código Civil". *Revista de Derecho Privado*, n.º 21. Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2011.

Postigo, Julio, Mariana Montoya y Kenneth Young. "Natural resources in the Subsoil and Social Conflicts on the surface: perspectives on Perú's surface Political Ecology". En S*ubterranean Struggles: New Dynamics of Mining, Oil, and Gas in Latin America*, editado por Anthony Bebbington y Jeffrey Bury, 223-241. Austin: University of Texas Press, 2013.

Puig de la Bellacasa, Maria. "Making time for soil: Technoscientific futurity and the pace of care". *Social Studies of Science* 45, n.º 5 (2015): 691-716.

Weizman, Eyal. "The Politics of Verticality". *Open Democracy*, 23 de abril del 2002. https://www.opendemocracy.net/en/article_801jsp/.

propiedad sobre la tierra.indd 129 2/11/21 11:41 a.m.

White, Ben, Saturnino M. Borras Jr., Ruth Hall, Ian Scoones y Wendy Wolford. "The new enclosures: critical perspectives on corporate land deals". *The Journal of Peasant Studies* 39, n.º 3-4 (2012): 619-647.

Wilson, Elizabeth Joan y de Figueiredo, Mark A. "Geologic Carbon Dioxide Sequestration: An Analysis of Subsurface Property Law". *Environmental Law Reporter* 36-10114, n.º 2 (2006).

propiedad sobre la tierra.indd 130 2/11/21 11:41 a.m.

CAPÍTULO 5

DERECHOS TERRITORIALES COLECTIVOS *VS*. DERECHOS DE PROPIEDAD COLECTIVA: GANANCIAS Y PÉRDIDAS DEL USO DEL MARCO DE LOS DERECHOS DE PROPIEDAD PARA LA COMPRENSIÓN DE LOS DERECHOS ÉTNICO-TERRITORIALES EN COLOMBIA*

Tatiana Alfonso

Durante las últimas dos décadas del siglo XX, los países de América Latina hicieron una serie de reformas constitucionales conocidas como "reformas constitucionales multiculturales"[1], en las que se reconoció a los pueblos indígenas y afrodescendientes como sujetos de derechos constitucionales e integrantes de los Estados-nación. Dichas reformas perseguían no solamente la inclusión simbólica y discursiva de estos grupos de población, sino también su inclusión social y económica[2]. El alcance de las provisiones constitucionales, y las reformas legislativas derivadas, que reconocieron a pueblos indígenas y afrodescendientes tenían variaciones significativas entre países[3]: en algunos solo fueron incluidos dentro del concepto de Estado multicultural los pueblos indígenas mientras que en otros se reconoció también a pueblos afrodescendientes; en algunos contextos como México y Perú se reconocieron derechos de autogobierno mientras que en otros, como en Colombia, se reconoció tan solo la posibilidad de tener una jurisdicción propia; algunos establecieron cuotas de participación política en los órganos legislativos nacionales (por ejemplo, Colombia y Ecuador) y algunos pocos

* Para citar este capítulo: http://dx.doi.org/10.15425/2017.399

1 Véase Dona Lee van Cott, *The Friendly Liquidation of the Past: The Politics of Diversity in Latin America* (Pittsburgh: University of Pittsburgh Press, 2000).

2 Los siguientes países incluyeron provisiones multiculturales en sus constituciones en esa ola de reformas multiculturales: Argentina (1994), Bolivia (1994), Brasil (1988, 1994, 1997), Chile (1989, 1994, 1997), Colombia (1991), Costa Rica (1996, 1997), República Dominicana (1996), Ecuador (1996, 1998), México (1992, 1994), Nicaragua (1987, 1995), Panamá (1994), Paraguay (1992), Perú (1993) y Uruguay (1997).

3 Para un inventario detallado de las cláusulas de reconocimiento de los países de América Latina véase Debora J. Yashar, *Contesting Citizenship in Latin America* (Cambridge: Cambridge University Press, 2005).

propiedad sobre la tierra.indd 131 2/11/21 11:41 a.m.

abrieron la posibilidad de establecer acciones afirmativas (por ejemplo, Brasil para el caso de la población afrodescendiente).

A pesar de la variación, dos de los rasgos comunes entre las reformas constitucionales y posteriores desarrollos legislativos fue la inclusión de derechos culturales y derechos sobre la tierra. Estos últimos, aunque con diferencias en los titulares y en los alcances del derecho, fueron reconocidos a través de un arreglo institucional particular: *el derecho a la propiedad colectiva*.

La propiedad colectiva de los pueblos indígenas y afrodescendientes, al igual que todos los derechos que se incluyeron en las constituciones multiculturales, fueron resultado de amplios procesos de movilización social de estos grupos poblacionales[4]. Los reclamos alrededor de los cuales —tanto pueblos indígenas como afrodescendientes— articularon sus demandas de inclusión se fundaron en la historia de discriminación de la que habían sido víctimas y que resultaba en la negación de su existencia y en la ausencia de reconocimiento de sus contribuciones a la nación, así como en la exigencia de la garantía de sus derechos como grupos culturalmente diferenciados de las mayorías políticas. Los reclamos tenían, entonces, un propósito de inclusión en condiciones de igualdad y, al mismo tiempo, la exigencia del reconocimiento de la diferencia cultural.

El encuadre de las demandas de movilización en los periodos preconstitucionales, en conjunto con las estructuras de oportunidad para la movilización, marcó a la cultura como el principal marco de comprensión e inclusión de pueblos indígenas y afrodescendientes en los Estados-nación. En consecuencia, las constituciones y legislaciones nacionales reconocieron a estos grupos como "étnicos", entendiendo por esto aquellos grupos que hacen parte de la nación pero que son culturalmente diferentes a la mayoría y, por tanto, deben ser protegidos en su diferencia[5]. El derecho al territorio no fue la excepción a dicho marco y, en la mayoría de los países de América Latina, el llamado derecho de propiedad colectiva encontró fundamento en la diferencia cultural, en el reconocimiento de la habitación ancestral y originaria del territorio, y en la necesidad de garantizar la supervivencia de los grupos étnicos, con sus prácticas tradicionales y cosmovisiones propias.

4 *Ibidem.*

5 Los alcances de este encuadre de reconocimiento legal son amplios en cuanto al tipo de derechos que se reconocen, su fundamento, los límites y la manera en la que las instituciones estatales hacen operativa la diferencia cultural para reconocer y asignar derechos políticos y territoriales. Para una revisión de la manera en que dicho marco cultural opera en detrimento de otras demandas, en particular de grupos afrodescendientes, véase Juliet Hooker, "Indigenous Exclusion/Black Exclusion: Race, Ethnicity and Multicultural Citizenship in Latin America", *Journal of Latin American Studies* 37, n.º 2 (2005).

propiedad sobre la tierra.indd 132 2/11/21 11:41 a.m.

En este capítulo se analizan las implicaciones de esta forma de reconocimiento de la propiedad colectiva de los grupos étnicos en Colombia desde el institucionalismo sociológico. En la primera sección se mapean los estudios teóricos y empíricos sobre los derechos de propiedad colectiva en Colombia y se identifica un patrón en el que la propiedad colectiva de grupos étnicos ha sido analizada mayoritaria y casi exclusivamente, desde una perspectiva de las políticas étnicas y el multiculturalismo, y solo de forma muy marginal o excepcional[6] desde la teoría de la propiedad o el marco de los derechos de propiedad. Esta revisión sirve de introducción al análisis distributivo sobre lo que se gana y se pierde cuando a dicho marco, predominantemente culturalista y étnico, le adicionamos la discusión sobre la propiedad como derecho y como relación. Este análisis identifica las implicaciones de esta separación entre el marco étnico-cultural y el marco de la propiedad, en el uso —o la ausencia de uso— de las herramientas jurídicas que se desprenden del reconocimiento de la territorialidad étnica, y las figuras jurídicas propias del derecho civil, en la política de tierras en Colombia.

El análisis distributivo está construido desde la perspectiva del institucionalismo sociológico, de manera que podemos comprender cómo las instituciones funcionan en la práctica y cómo los marcos jurídicos definen estrategias de oportunidad legal para la defensa de los derechos territoriales. El análisis muestra cómo la evolución del debate sobre la propiedad colectiva en Colombia creó una estructura de oportunidad legal que limita la defensa del territorio de los grupos étnicos a las herramientas de derecho constitucional y excluye herramientas del derecho civil y de la planeación urbana. Finalmente, en el artículo se aboga por la necesidad de integrar los marcos conceptuales y las herramientas jurídicas que de ellos se derivan, combinando los conceptos de territorio y propiedad, para una mayor protección de la autonomía de las comunidades rurales sobre sus territorios.

"LA" PROPIEDAD VS. LA PROPIEDAD COLECTIVA DE GRUPOS ÉTNICOS EN AMÉRICA LATINA

La propiedad individual privada suele ser el arreglo institucional y jurídico predominante en los órdenes jurídicos nacionales. Dicha forma de propiedad, propia

6 El trabajo de Lisneider Hinestroza Cuesta es particularmente importante dentro de esta línea de trabajo con escasas representaciones. Lisneider Hinestroza Cuesta, *Entre mito y realidad: el derecho a la propiedad colectiva de las comunidades negras en Colombia* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2018).

propiedad sobre la tierra.indd 133 2/11/21 11:41 a.m.

de la concepción liberal de la propiedad[7] en su versión más clásica y dogmática, combina varios elementos considerados esenciales y definitorios de la protección de los bienes desde el derecho romano: (1) el sujeto del derecho es el individuo —que es quien puede ejercer su voluntad con respecto a los bienes—; (2) el dominio sobre el bien —que incluye el goce y la disposición—; y (3) los bienes posibles sobre los que puede recaer el derecho[8]. En esa versión, el dominio absoluto que puede ejercer el propietario sobre el bien resulta ser el resultado óptimo de la propiedad que, casi por definición, puede ser transable si el individuo así lo decide. La literatura anglosajona, por su parte, ha caracterizado a la propiedad como un paquete de derechos, que no se trata de una relación lineal entre los componentes del derecho, sino de un grupo de derechos que se pueden desagregar dando lugar a una diversidad de facultades, derechos, poderes, privilegios o deberes[9]. Esta última concepción obliga a analizar la propiedad en términos multidimensionales para comprender las posibilidades que tienen las personas con respecto a sus bienes. A pesar de que la idea misma del paquete de derechos abre la posibilidad de cuestionar a un individuo como único sujeto de derecho de propiedad, la literatura y los diseños institucionales han privilegiado por largo tiempo la institución individual. En ese contexto, la propiedad colectiva —tan antigua como la idea misma de la propiedad— resulta llamativa y excepcional en Estados liberales que han preferido la versión individual del dominio sobre las cosas.

En segundo lugar, en dichas concepciones predominantes sobre la propiedad, esta opera plenamente en concordancia con el dominio de la cosa, lo que supone la disposición de ella incluyendo su enajenación y la oposición de la propiedad ante terceros (derecho de exclusión). En términos de modelos políticos y económicos, esta posibilidad de intercambio de los bienes en un mercado y de exclusión de terceros es lo que ha hecho de la propiedad individual la figura predilecta de las economías liberales de mercado[10].

A pesar de la prevalencia de la propiedad privada individual en los Estados liberales, el reconocimiento de la propiedad de los territorios de los grupos étnicos en América Latina no se ajustó a dicho modelo y, en una extraña convergencia

7 Gregory Alexander y Eduardo Peñalver, *An Introduction to Property Theory* (Cambridge: Cambridge University Press, 2012).

8 William Blackstone, *The Commentaries on the Laws of England* 2 (Chicago: The University of Chicago Press, 1979).

9 James E. Penner, "The 'Bundle of Rights' Picture of Property", *UCLA Law Review* 42, n.º 3 (1996): 711; Michael A. Heller, "The Boundaries of Private Property", *Yale Law Journal* 108, n.º 6 (1998): 1163, 1193.

10 Sobre la relación entre derechos de propiedad e intercambio en el mercado véase Hernando de Soto, *The Mystery of Capital: Why Capitalism Triumphs in the West and Fails Everywhere Else* (Nueva York, NY: Basic Books, 2000).

propiedad sobre la tierra.indd 134 2/11/21 11:41 a.m.

institucional, el derecho se consagró a favor de un sujeto de derechos colectivo: la comunidad étnica.

La propiedad colectiva de los grupos étnicos en América Latina está fundada en una concepción no liberal de la propiedad en varios sentidos: (1) el titular del derecho no es un individuo sino una colectividad; (2) el bien protegido por el derecho de propiedad —la tierra— no está disponible para ninguna transacción en el mercado de manera que no puede ser vendida, alquilada, fragmentada o expropiada; (3) el sujeto titular del derecho —la comunidad— no tiene un derecho absoluto para excluir a terceros —Estado o privados—; y (4), en alguna medida, dado que le es reconocida solamente a grupos que se considera culturalmente diferenciados de la mayoría pero culturalmente homogéneos internamente, supone que la organización social y colectiva subyace a la existencia formal y material de la propiedad colectiva. Esta combinación de elementos crea una constelación de derechos de propiedad muy particular que constituye una de las contribuciones institucionales de América Latina a los estudios de propiedad; y, sin embargo, ha pasado mayoritariamente desapercibida para los estudiosos de la dogmática de la propiedad en la región.

En los estudios sociojurídicos en América Latina, los debates sobre la propiedad han sido mucho más amplios que en la dogmática, y pueden trazarse por lo menos cuatro líneas de investigación: los análisis de derecho y desarrollo; el binario de la formalidad y la informalidad; el pluralismo jurídico; y la propiedad en el contexto de la globalización[11]. Ninguna de esas áreas de investigación ha abordado los derechos de propiedad colectiva en América Latina como una forma de propiedad particular para analizar los derechos, privilegios, deberes y límites que de ella se derivan. A diferencia de algunas de las suposiciones de la investigación sobre propiedad y desarrollo, la tierra colectiva en Colombia no es una mercancía y no está destinada a convertirse en tal. No hay lugar para los debates sobre informalidad en este tipo de reconocimiento de derechos colectivos porque los Estados concedieron la propiedad y crearon los procedimientos administrativos para asegurar el acceso a esta; y hay una pregunta sobre la aplicación de los procedimientos debido a la resistencia de las élites políticas y económicas, pero no es un asunto de informalidad. Se trata, ciertamente, de un acuerdo institucional que reconoce las concepciones culturales y la apropiación de la propiedad y las formas jurídicas plurales, ya que incluye los sistemas jurídicos tradicionales

11 Tatiana Alfonso, "Landscapes of Property: Socio-legal Perspectives from Latin America", en *Routledge Handbook of Law and Society in Latin America*, editado por Rachel Sieder, Karina Ansolabehere y Tatiana Alfonso (Nueva York: Routledge, 2019).

propiedad sobre la tierra.indd 135 2/11/21 11:41 a.m.

de organización en los entornos coloniales. Sin embargo, el marco que se ha utilizado para comprender, explicar y defender la tenencia colectiva de la tierra no es el de la propiedad sino el de los derechos territoriales y la política étnica. Finalmente, en la línea sobre globalización no se ha analizado en profundidad las razones por las que existe un alto grado de convergencia institucional entre países con propiedad colectiva para grupos étnicos, ni los factores globales que han determinado las diferencias en la evolución e implementación de la institución jurídica. En consecuencia, la idea de propiedad, incluso en sus versiones sociojurídicas, ha estado alejada de los debates sobre los derechos de propiedad étnica, por lo menos como marco de análisis.

DE LA PROPIEDAD AL TERRITORIO: DIMENSIONES DE LA PROPIEDAD COLECTIVA DE GRUPOS ÉTNICOS EN COLOMBIA

En los debates sobre derecho y desarrollo, la propiedad suele considerarse un activo necesario para entrar en las economías de mercado y superar la pobreza. En efecto, la idea de que la propiedad es clave para el desarrollo era una de las motivaciones subyacentes al reconocer los territorios ancestrales a los pueblos indígenas y afrodescendientes. En los debates de la Asamblea Constituyente aparecen como motivos para el reconocimiento de derechos territoriales la importancia del territorio para la supervivencia cultural de los pueblos, para la conservación de la cultura y tradiciones, para terminar con la historia de exclusión y discriminación que les ha condenado a condiciones de pobreza extrema y la habitación ancestral —que los hace merecedores de ser dueños de sus tierras—. De allí que el reconocimiento de derechos sobre sus tierras debía ser funcional a la inclusión económica y la superación de la pobreza de los pueblos indígenas y afrodescendientes.

El supuesto básico, sin embargo, de la relación armoniosa entre propiedad y desarrollo es que la seguridad en los derechos de propiedad reduce los costos de transacción para el intercambio de los bienes en el mercado y, por tanto, es un factor necesario para generar crecimiento económico[12]. Estos supuestos no solo han sido desacreditados teórica y empíricamente para el caso de la propiedad individual privada, sino que no se cumplen para el caso de los derechos de propiedad colectiva de los grupos étnicos en Colombia.

12 Madeleine K. Albright y Hernando de Soto, "Empowering the Poor Through Property Rights", en *Making the Law Work for Everyone* (Nueva York, NY: Commission on Legal Empowerment of the Poor and the United Nations Development Programme, 2008); De Soto, *The Mystery of Capital.*

propiedad sobre la tierra.indd 136 2/11/21 11:41 a.m.

La mayoría de los arreglos colectivos sobre la tierra en América Latina se concedieron como activos no comerciales a fin de asegurar que los grupos tradicionalmente desfavorecidos no perdieran la tierra en un mercado en el que probablemente no podrían competir. Como resultado, el arreglo institucional para esas tierras impide que la gente venda, arriende, alquile, comercialice o parcele cualquier porción de la tierra. El diseño institucional colombiano es, de hecho, el más protector de la propiedad colectiva frente a intercambios de mercado: las tierras de los pueblos indígenas y la propiedad colectiva de las comunidades negras son inalienables, inenajenables, inembargables[13]. Esto significa que las comunidades étnicas no pueden utilizar ninguna porción del territorio como bien de intercambio comercial con terceros ni con el Estado. El Estado, a su vez, y a diferencia de lo que sí puede hacer frente a la propiedad individual privada, no puede ejercer su facultad de expropiación de territorios colectivos en ninguna circunstancia, por ser estos de carácter inalienable.

La lógica del diseño institucional tenía una doble dimensión. En primer lugar, dado que el territorio era reconocido como elemento esencial para garantizar la supervivencia cultural de pueblos indígenas y comunidades negras, era necesario blindarlo frente a terceros de manera que la diversidad cultural —valor protegido en la nueva Constitución— pudiera mantenerse. En segundo lugar, la lógica era proteger a los grupos étnicos de los despojos por vía del mercado. Las condiciones de pobreza y exclusión de los grupos étnicos, en combinación con un diseño tradicional de la propiedad como bien de intercambio, podría generar incentivos para que los terceros despojaran a los pueblos indígenas y comunidades negras por medio de transacciones comerciales. Como medida de protección frente a esta situación, la tierra no sería objeto de este tipo de transacciones y con esto no se crearían los incentivos para intercambios que dejarían a los grupos étnicos sin uno de los elementos fundamentales para su supervivencia.

Estas dos caras de la moneda sugerirían que la aproximación a los derechos territoriales habría evolucionado también en esas dos líneas. Sin embargo, la

13 La Constitución Política colombiana de 1991 establece que las tierras comunales de los grupos étnicos y los resguardos de los pueblos indígenas —entre otros bienes— son inalienables, imprescriptibles e inembargables. Para el caso de los pueblos indígenas, esta disposición se refuerza en el mismo texto constitucional, cuyo artículo 329.2 establece que los resguardos son de propiedad colectiva y no enajenables. Igualmente, la Ley 21 de 1991, que ratifica el Convenio 169 de la OIT, protege los derechos territoriales de pueblos indígenas y tribales. Para el caso de las comunidades negras, la protección también es legal: el artículo 7.º de la Ley 70 de 1993, que desarrolló el artículo 55 transitorio de la Constitución Política de 1991 y que reconoció a las comunidades negras y sus territorios colectivos, establece que "en cada comunidad, la parte de la tierra de la comunidad negra destinada a su uso colectivo es inalienable, imprescriptible e inembargable". El mismo artículo adiciona que las áreas asignadas a un grupo familiar pueden enajenarse, pero dicha transacción debe recaer en miembros del mismo grupo étnico para no afectar la integridad territorial y cultural.

propiedad sobre la tierra.indd 137 2/11/21 11:41 a.m.

exploración de los derechos territoriales desde la teoría de la propiedad es casi inexistente. En esta sección presento una revisión de las líneas de estudio e investigación sobre los derechos territoriales para demostrar que los dos campos teóricos —el de los estudios enmarcados en la perspectiva de la cultura y el de la propiedad— han estado separados y disociados cuando se trata de propiedad colectiva étnica en América Latina. En la revisión indico los aspectos en los cuales esta disociación ha sido funcional al entendimiento de los derechos territoriales meramente como un bien cultural, con las consecuentes afectaciones en términos de propiedad de los grupos étnicos.

La importancia del territorio en la primera lógica del diseño de los derechos de propiedad colectiva ha sido extensamente investigada en el campo de las políticas étnicas que analizan el surgimiento de las nuevas identidades políticas y los movimientos sociales étnicos en América Latina, la ola de reformas multiculturales y las formas de inclusión que vinieron con ellas. De especial interés en el campo de las políticas de identidad son los trabajos que analizan las reivindicaciones basadas en la identidad étnica en relación con los procesos de formación del Estado, y que ponen de relieve que las identidades políticas son socialmente construidas, históricamente contingentes y delimitadas institucionalmente[14].

Todos los debates sobre las políticas de identidad y el Estado han contribuido a nuestra comprensión de por qué las identidades indígenas se hicieron políticamente destacadas y cómo su articulación fue particularmente importante en relación con los derechos a la tierra y las reivindicaciones de propiedad colectiva[15]. Sin embargo, esta tendencia de la investigación no ha explorado suficientemente cómo esos procesos han dado lugar —o no— a resultados de desarrollo y bienestar para las comunidades étnicas. Algunos investigadores han señalado que la perspectiva multicultural ha desplazado a menudo la reivindicación de desigualdades estructurales, y han demostrado que, si bien las reformas multiculturales han funcionado en términos de reconocimiento, han ido acompañadas de políticas económicas neoliberales que han impedido que los grupos étnicos logren algún tipo de resultado redistributivo[16].

La investigación sobre los derechos territoriales como formas de reconocimiento es ya una contribución latinoamericana, que podría beneficiarse de diálogos integrados con otros conceptos de la teoría de la propiedad y las herramientas

14 Debora J. Yashar, *Contesting Citizenship in Latin America* (Cambridge: Cambridge University Press, 2005).

15 Jan Hoffman French, *Legalizing Identities. Becoming Black or Indian in Brazil's Northeast* (Chapel Hill: The University of North Carolina Press, 2009).

16 Charles Hale, "Does Multiculturalism Menace? Governance, Cultural Rights and the Politics of Identity in Guatemala", *Journal of Latin American Studies* 34, n.º 3 (2002).

propiedad sobre la tierra.indd 138 2/11/21 11:41 a.m.

utilizadas en las políticas públicas que se derivan de ese marco. Hay algunos intentos recientes de integrar conceptos y debates acerca de los derechos de propiedad a la conversación sobre los derechos territoriales y la autonomía de las comunidades rurales. Con el fin de presentar la literatura existente y los intentos de reunir los marcos conceptuales utilizo el caso de Colombia como caso paradigmático en el que las luchas por la tierra han sido feroces para las organizaciones sociales y también profundamente exploradas en la investigación sociojurídica. Como muestra el caso colombiano, el marco de los derechos sobre la tierra en el contexto rural se ha acercado a los debates sobre la propiedad en medio de una transición democrática. Este movimiento entre marcos conceptuales tiene importantes implicaciones para la realización de la investigación sociojurídica, abre importantes interrogantes teóricos y empíricos, y señala líneas prometedoras para la investigación futura, en particular respecto de la propiedad colectiva étnica.

LA PROPIEDAD COLECTIVA EN ACCIÓN: TERRITORIO Y PROPIEDAD DE LOS GRUPOS ÉTNICOS EN COLOMBIA

Colombia tiene una de las protecciones más fuertes contra el despojo del mercado de tierras colectivas en América Latina. A diferencia de otros países que han desmantelado las características jurídicas que protegen los territorios colectivos de enajenación, parcelación o arrendamiento a título individual, los acuerdos colectivos sobre tierras en Colombia están legalmente excluidos de cualquier transacción comercial. Sin embargo, como han demostrado las investigaciones sociológicas, los grupos armados ilegales y algunos actores legales han tomado como objetivo las tierras colectivas, lo que ha dado lugar al mayor despojo material en el largo conflicto armado[17].

Si bien el diseño institucional no permite el despojo por vías de mercado eliminando los incentivos para las transacciones comerciales sobre tierras colectivas, esta protección legal de los territorios, en el contexto del conflicto armado colombiano, ha creado un espacio de incentivos para el despojo por medio de la violencia de los actores armados. El pacífico norte colombiano, primera zona de titulación colectiva a favor de las comunidades negras en Colombia, ha sido el escenario de los primeros y más grandes eventos de desplazamiento forzado de personas y de la posterior apropiación de los territorios colectivos a manos de actores

17 Tatiana Alfonso *et al., Derechos enterrados. Comunidades étnicas y campesinas en Colombia* (Bogotá: Ediciones Uniandes, 2011).

propiedad sobre la tierra.indd 139 2/11/21 11:41 a.m.

legales e ilegales. En medio del contexto de violencia, informalidad e inseguridad de la propiedad sobre la tierra en Colombia, los territorios colectivos han sido invadidos y tomados por actividades agrícolas de terceros sin necesidad de que medie una transacción comercial o legal. La propiedad colectiva, en términos legales, se mantiene intacta siempre y cuando el título colectivo ya estuviera reconocido, pero las comunidades no pueden gozar del territorio.

Por otro lado, la combinación de los intereses económicos con el aumento de proyectos por el nuevo auge extractivo del país y los intereses de control territorial de los agentes armados ilegales han erosionado la seguridad de la tenencia tanto de los sujetos colectivos como de los campesinos. Adicionalmente, y a diferencia de las posibilidades que tendría un individuo con un derecho de propiedad individual sobre su predio, el derecho de propiedad colectiva de los grupos étnicos no es oponible ante el Estado y las actividades que este promueva. Así que los territorios colectivos no funcionan como propiedad privada frente al Estado y, por tanto, este último intenta imponer actividades e intervenciones variadas a los grupos étnicos.

El territorio y los derechos que de él se derivan para los grupos étnicos resulta poroso cuando se trata de las dimensiones del goce, uso y disposición de la tierra. Al contrario de lo que garantiza un típico derecho de propiedad privada sobre la tierra cuyos alcances en términos de disposición y oponibilidad son más amplios. En términos fácticos, tanto poseedores y propietarios individuales como grupos étnicos han sufrido formas de despojo por vías legales e ilegales, en detrimento de sus derechos de propiedad. Las estructuras legales para el reclamo, en cada caso, son muy diferentes y se derivan justamente de la separación entre los regímenes de propiedad tradicional, y el régimen particular de los territorios colectivos.

Restitución y formalización de la propiedad: límites y posibilidades para los territorios colectivos[18]

A medida que Colombia comenzó a recorrer el camino de las transiciones democráticas con el proceso de desmovilización de los paramilitares en el 2005 y el proceso de reparación de las víctimas, las luchas por la tierra saltaron de nuevo al centro de la escena de las políticas públicas.

18 El análisis de esta sección es una versión actualizada y ampliada de una exploración preliminar que realicé en el texto "Landscapes of Property: Socio-legal Perspectives from Latin America", en *Routledge Handbook of Law and Society in Latin America*, editado por Rachel Sieder, Karina Ansolabehere y Tatiana Alfonso (Nueva York: Routledge, 2019).

propiedad sobre la tierra.indd 140 2/11/21 11:41 a.m.

Los campesinos —con derecho a la propiedad individual y a la posesión de la tierra—, así como los grupos étnicos, adquirieron la posibilidad de reclamar la posesión material y el derecho legal a la propiedad sobre la tierra que han perdido durante el conflicto. Como contrapartida institucional de esas reivindicaciones se crearon nuevas instituciones y regímenes de propiedad, en particular toda la institucionalidad para la restitución y reparación de tierras.

La Unidad de Restitución de Tierras (URT) se encargó de recuperar las tierras que debían ser restituidas a los campesinos y los grupos étnicos. Para esto, la URT tuvo que diseñar y adelantar acciones judiciales en los procesos de restitución. La tarea general de la restitución implicaba considerar tanto los arreglos de propiedad individual como los colectivos. En el caso de los primeros —en su mayoría campesinos que habían sido reconocidos oficialmente como víctimas y que demostraron haber perdido tierras debido al conflicto—, la URT tuvo que utilizar la ley especial sobre víctimas y restitución de tierras con un marco general subyacente de derecho civil. Para los sujetos colectivos —indígenas y afrodescendientes—, el organismo tuvo que utilizar los decretos especiales sobre víctimas y restitución de tierras para cada grupo étnico.

Ambos tipos de instrumentos requerían una información jurídica y social diferente y esa necesidad, sostengo, fue uno de los primeros (des)encuentros entre los debates sobre la propiedad y los derechos territoriales. Los campesinos suelen estar bajo el paraguas del derecho civil, en el que tienen que demostrar la posesión legal o el título individual con todos los obstáculos burocráticos e institucionales que eso implica: por su lado, las comunidades étnicas tienen que demostrar la ocupación y el uso ancestral de la tierra, los límites de su título colectivo y las pérdidas en la tenencia material. Por tanto, los campesinos deben movilizarse dentro de los marcos tradicionales de derechos de propiedad que incluyen su derecho a ser formalizados y restituidos y, una vez que tienen acceso a la propiedad, al menos en los libros, pueden excluir a terceros y organizar sus actividades económicas. Los campesinos con derechos de propiedad individual pueden oponer su derecho ante un tercero con relativa facilidad formal porque cuentan con el marco jurídico para esto y siglos de práctica del derecho civil. Consideremos, por ejemplo, la realización de una actividad agrícola en un predio sobre el que existe un título de propiedad individual, por parte de alguien diferente a su dueño. El propietario del predio puede tardar en lograr que quien ocupa ilegalmente el terreno salga de él; pero cuenta con el marco jurídico detallado y las acciones legales respectivas para solicitar que ese tercero salga del predio y, en caso de haberle causado perjuicios, le repare. Incluso en el contexto colombiano, en el que existen altos niveles de informalidad de la propiedad rural, el marco jurídico es

propiedad sobre la tierra.indd 141 2/11/21 11:41 a.m.

relativamente claro cuando se trata de propiedad privada individual, convirtiéndose en una buena estructura de oportunidad legal para reclamar la formalización de la tenencia y asegurar la seguridad de ella.

Las comunidades étnicas, en cambio, deben demostrar el despojo cultural, económico y material de su territorio sin ocuparse de otros aspectos formales de la propiedad y, al final, aunque recuperen la tierra, no tienen derecho a excluir a terceros de su territorio. El derecho de exclusión de los pueblos indígenas y afrocolombianos es un elemento que ha sido ampliamente discutido y sobre el cual se han desarrollado diversas interpretaciones jurídicas. Si bien es cierto que en el diseño institucional de la propiedad colectiva no existe nada que haga explícito que los grupos étnicos no pueden excluir a terceros —como lo haría un propietario individual—, también es cierto que los cientos de conflictos entre comunidades étnicas, Estado y terceros han girado alrededor de la capacidad que tienen dichas comunidades para vetar proyectos de desarrollo. De hecho, y de manera paralela a la evolución del derecho a la libre determinación y la autonomía en el derecho internacional, la mayoría de conflictos entre grupos étnicos y el Estado que han sido judicializados en Colombia han sido por el derecho a la consulta previa, libre e informada (CPLI), reconocida en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

En el contexto internacional, la CPLI fue uno de los grandes logros de la movilización de los pueblos indígenas que luchaban en contra de las políticas asimilacionistas del Convenio 107 de la OIT y, sin embargo, fue la forma en que se bloqueó el camino hacia la libre determinación de los pueblos, en particular frente a proyectos de desarrollo. Por esa razón, una de las grandes discusiones alrededor de la CPLI es si es equivalente al consentimiento o no; y, si no lo es, entonces qué debe hacerse cuando los pueblos se niegan al proyecto y a la consulta o no llegan a ningún acuerdo con el Estado. En el contexto colombiano —como en muchos otros en la región de América Latina— este conflicto se ha reproducido en los mismos términos: la CPLI tiene como fin garantizar la supervivencia de los pueblos indígenas y tribales y, por tanto, se les garantiza su derecho a participar en las decisiones que les afecten. La CPLI ha sido interpretada como un derecho fundamental de los pueblos indígenas y comunidades negras en Colombia, así como el derecho al territorio. Sin embargo, en ninguna instancia se ha realizado una consulta bajo el supuesto de que si la comunidad étnica se opone rotundamente al proyecto de desarrollo está autorizada a excluir a los terceros de su territorio. Es más, es poco claro jurídicamente cuáles son los recursos legales para atacar una consulta cuyo resultado es la negativa al proyecto. Así las cosas, la propiedad colectiva y el marco jurídico a su alrededor no ha garantizado el poder

propiedad sobre la tierra.indd 142 2/11/21 11:41 a.m.

de exclusión, ni en los libros ni en la realidad. Esta realidad ha sido evidente para los grupos étnicos quienes han manifestado de manera reiterada que su derecho a la propiedad colectiva no "parece un derecho de propiedad" porque las decisiones que toman sobre el territorio no son respetadas ni por el Estado ni por los particulares.

Por supuesto que las diferencias no son tajantes y las formas de movilización de campesinos y comunidades étnicas, especialmente en el contexto colombiano, se traslapan y complementan. En medio de varias transiciones, los campesinos han llegado a reclamar derechos territoriales y los grupos étnicos han exigido protecciones básicas de la propiedad privada, como el derecho a la exclusión. La separación de los marcos jurídicos y sus respectivas interpretaciones, sin embargo, marcan un obstáculo para que el sistema jurídico pueda tramitar estos reclamos sociales.

El segundo gran (des)encuentro entre propiedad y territorio vino con el proceso de paz entre el Gobierno colombiano y las FARC. El primer punto del acuerdo es la reforma agraria —que Colombia nunca llevó a cabo— y es uno de los pasos más importantes para una transición exitosa en relación con el conflicto entre estos dos actores.

Una vez aprobado el acuerdo, el Gobierno colombiano creó nuevas instituciones para llevar a cabo las políticas rurales que las agencias anteriores no avanzaron. La Agencia Nacional de Tierras (ANT) supervisa y ejecuta la distribución de tierras para los campesinos sin tierra y las comunidades étnicas, la formalización de la posesión legal y legítima de los campesinos, la expropiación de tierras a personas que no cumplen con la cláusula social de propiedad y la organización del sistema de información sobre la tierra en el país. Para cumplir con el mandato legal, la ANT debe realizar un ejercicio catastral nacional e identificar quién es el propietario de qué, quién tiene la posesión material de la tierra y quién debe tener los derechos legales de propiedad sobre la tierra.

Es necesario diferenciar los procedimientos para los campesinos —en el marco de los derechos de propiedad— y para los grupos étnicos —en la perspectiva territorial—. Sin embargo, el lenguaje de la formalización no incluye una perspectiva integral de la dimensión cultural y económica de los territorios étnicos. Además, ambos tipos de comunidades necesitan construir su organización territorial en armonía con los planes municipales que definen el uso de la tierra y las actividades económicas. Por consiguiente, el organismo estatal debe comenzar a integrar ambos marcos para cumplir la promesa de seguridad de la tenencia de la tierra y el desarrollo rural. Aunque el organismo estatal concilie los procedimientos y las concepciones de ambos tipos de tenencia de la tierra es necesario

propiedad sobre la tierra.indd 143 2/11/21 11:41 a.m.

abordar la cuestión del desarrollo rural, porque los distintos tipos de propiedad sitúan a los sujetos en posiciones diferentes para empezar a trabajar en pro de los resultados del desarrollo. Esos dos objetivos son muy importantes para evitar que se repita el conflicto y tal vez sea necesario integrar la protección de los derechos de propiedad con las formas tradicionales de tenencia y propiedad.

Los académicos que realizan investigaciones sobre derecho y sociedad en materia de tenencia de la tierra en Colombia han sido útiles e instrumentales para los cambios de política en Colombia al poner de relieve los problemas de la defensa de los derechos territoriales si no se respetan las características básicas de la propiedad, como la autodeterminación y el derecho a la exclusión de terceros en nombre de la colectividad. Para los campesinos, los estudios también han demostrado la importancia del derecho a la autodeterminación cuando se trata de proyectos extractivos que utilizan consultas populares a nivel municipal[19] —como paralelo de la consulta previa para los grupos étnicos.

El contexto colombiano ilustra un marco conceptual cambiante, que pasa de los derechos sobre la tierra y el territorio a los debates sobre la propiedad, en respuesta a la participación de los académicos y los encargados de formular políticas como cuestiones sociales apremiantes. Las luchas por la tierra de las comunidades étnicas se están acercando a la defensa de una propiedad privada colectiva por la certeza y el ataque a una de sus principales dimensiones: el derecho a la exclusión. Por otro lado, los campesinos pueden encontrar útil el marco de los derechos territoriales como una dimensión para su autonomía y sus propias formas de desarrollo.

Sin embargo, esta medida plantea serios desafíos. La defensa de los derechos territoriales con un marco de propiedad se enfrenta al riesgo de caer bajo el impulso liberal de mezclar la autonomía con las transacciones de mercado, abriendo la puerta al despojo. Sin embargo, el descuido del marco de propiedad podría exponer a los campesinos y grupos étnicos a derechos que solo existen en los libros. Por último, el contexto colombiano también ilustra cómo el derecho y sus correspondientes marcos conceptuales median entre los procesos sociales y económicos que impulsan los movimientos y actores sociales que luchan por la tierra.

Hacia una integración del territorio étnico como propiedad para la autonomía territorial

Como mostré en este análisis, los debates sobre la propiedad y los territorios étnicos han estado desconectados en Colombia. Esta desconexión parece sugerir que

19 Corte Constitucional, Sentencia T-445 del 2016, 19 de agosto, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

propiedad sobre la tierra.indd 144 2/11/21 11:41 a.m.

el lente del análisis jurídico es demasiado estrecho para entender la función que cumple la propiedad en tanto institución jurídica que media entre los agravios sociales, las oleadas de reformas económicas liberales y el acceso a los bienes y servicios.

Propongo aquí que la integración de la conversación es útil por razones teóricas y pragmáticas. Además de los dos ejemplos sintéticos que presenté, hay algunos otros (des)encuentros cuyo análisis es prometedor: el diálogo entre la zonificación y la planificación, las preguntas sobre el desarrollo socio-económico, las estrategias para proteger a quienes luchan por su supervivencia en entornos urbanos y rurales, la relación entre propiedad y territorio en contextos urbanos con grupos que realizan reclamos étnicos. Las configuraciones de la propiedad —entendidas como diferentes combinaciones de dimensiones de la propiedad— permiten comprender mejor cómo la propiedad está configurando identidades, y generando plantillas distributivas para el desarrollo.

REFERENCIAS

Albright, Madeleine K. y Hernando de Soto. "Empowering the Poor through Property Rights". En *Making the Law Work for Everyone*, 63-128. Nueva York, NY: Commission on Legal Empowerment of the Poor and the United Nations Development Programme, 2008.

Alexander, Gregory y Eduardo Peñalver. *An Introduction to Property Theory*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

Alfonso, Tatiana. "Landscapes of Property: Socio-Legal Perspectives from Latin America". En *Routledge Handbook of Law and Society in Latin America*, editado por Rachel Sieder, Karina Ansolabehere y Tatiana Alfonso. Nueva York: Routledge, 2019.

Alfonso, Tatiana, Libia Grueso, Magnolia Prada y Yamile Salinas. *Derechos enterrados. Comunidades étnicas y campesinas en Colombia*. Bogotá: Ediciones Uniandes, 2011.

De Soto, Hernando. *The Mystery of Capital: Why Capitalism Triumphs in the West and Fails Everywhere Else*. Nueva York, NY: Basic Books, 2000.

Garay Salamanca, Luis Jorge, ed. *Minería en Colombia. Fundamentos para superar el modelo extractivista.* Bogotá: Contraloría General de la República, 2014.

Hale, Charles. "Does Multiculturalism Menace? Governance, Cultural Rights and the Politics of Identity in Guatemala". *Journal of Latin American Studies* 34, n.º 3 (agosto, 2002 2002): 485-524.

propiedad sobre la tierra.indd 145 2/11/21 11:41 a.m.

Hinestroza, Lisneider. *Entre mito y realidad: el derecho a la propiedad colectiva de las comunidades negras en Colombia*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2018.

Hooker, Juliet. "Indigenous Exclusion/Black Exclusion: Race, Ethnicity and Multicultural Citizenship in Latin America". *Journal of Latin American Studies* 37, n.º 2 (2005): 285-310.

Marín Correa, Alexánder. "Caso tipo Macondo en Mapiripán". *El Espectador*, 20 de agosto del 2012.

Rodríguez-Garavito, César, Tatiana Alfonso-Sierra e Isabel Cavelier-Adarve. *El desplazamiento afro. Tierra, violencia y derechos de las comunidades negras*. Bogotá: Universidad de los Andes, 2009.

Rodríguez-Garavito, César, Tatiana Alfonso-Sierra e Isabel Cavelier-Adarve. "Racial Discrimination and Human Rights in Colombia". En *Global Justice Series*. Bogotá: Observatory on Racial Discrimination, 2008.

Toro Pérez, Catalina, Julio Fierro Morales, Sergio Coronado Delgado y Tatiana Roa Avendaño. "Minería, territorio y conflicto en Colombia". Bogotá: Censat - Universidad Nacional de Colombia, 2012.

Van Cott, Dona Lee. *The Friendly Liquidation of the Past: The Politics of Diversity in Latin America*. Pittsburgh: University of Pittsburgh Press, 2000.

Yashar, Debora J. *Contesting Citizenship in Latin America*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

propiedad sobre la tierra.indd 146 2/11/21 11:41 a.m.

CAPÍTULO 6

LAS PROPIEDADES DE LA DEUDA: RECIPROCIDAD, PRECARIEDAD Y OBLIGACIÓN SOCIAL EN MEDELLÍN[*,**]

Meghan L. Morris[***]

INTRODUCCIÓN

El rancho de Patricia[1] estaba encaramado encima del Valle de Aburrá, en el lugar más alto de la montaña al que yo había ido, en un barrio llamado Las Lomitas, uno de los muchos bordes precarios de Medellín. Caminamos montaña arriba durante una hora desde el paradero de buses, en medio del calor, iniciando nuestro trayecto por una calle pavimentada, luego a través de pequeños callejones apenas del ancho suficiente para unas escaleras de concreto desmoronadas y después por calles sin pavimentar usando la rocosa ladera de la montaña para asegurar nuestros pasos. Saludamos a dos obreros de construcción que trabajaban para la ciudad extendiendo la vía pavimentada. "En un año la terminaremos", dijo uno de ellos, al tiempo que nosotras dos continuábamos nuestro camino, sudando en medio del sol de mediodía. "¡Eso sería maravilloso!", resopló Patricia al pasar por allí.

* Para citar este capítulo: http://dx.doi.org/10.15425/2017.400

** Traducido al español por Jorge González Jácome.

*** Este capítulo está basado en quince meses de trabajo de campo etnográfico realizado en Medellín entre el 2013 y el 2015. Estoy agradecida con muchas personas que me invitaron a sus casas, oficinas y barrios y compartieron sus procesos e ideas conmigo durante este tiempo. Aunque no las nombro acá para proteger su identidad, esta investigación no hubiera sido posible sin ellas y su apoyo. Agradezco a Helena Alviar García y Tatiana Alfonso, al igual que a otros autores que aparecen en este volumen, por las conversaciones que me ayudaron a construir los argumentos de este capítulo. También agradezco a Nate Ela, Andrea Ford y Jeremy Siegman por sus comentarios y sugerencias, los cuales contribuyeron a mejorar el artículo y su argumento. Doy gracias a mis colegas de Dejusticia y de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, donde estuve afiliada durante mi investigación, por los muchos años de colaboración productiva. Distintas etapas de investigación y escritura para el proyecto en el que este capítulo está basado fueron financiadas por el Social Science Research Council; la Wenner-Gren Foundation; la Inter-American Foundation; el Center for Latin American Studies, Department of Anthropology y Pozen Family Center for Human Rights de la Universidad de Chicago; la American Bar Foundation y la National Science Foundation bajo Grant n.º SES-1655497.

1 A lo largo del capítulo he cambiado los nombres y los detalles de identidad de los individuos, al igual que algunos lugares, para proteger la anonimidad.

propiedad sobre la tierra.indd 147 2/11/21 11:41 a.m.

Las casas alrededor del paradero estaban construidas, principalmente, con bloques de concreto o ladrillos rojos. Tal como ocurre en buena parte de las comunas de Medellín que se encuentran en los bordes y laderas de la ciudad, a medida que subíamos se veía que más casas eran construidas con tablas de madera y, posteriormente, con una combinación de tablas y toldos plásticos. Buena parte de estas estaban adornadas con plantas bien cuidadas: arbustos ornamentales alrededor de ellas, o plantas más pequeñas en recipientes que colgaban de los techos de hojas de zinc, sostenidos por ladrillos para que el viento no se los llevara. Entre más alto subíamos, había más construcciones: trabajos en la misma calle, pero también en nuevos ranchos, y veíamos personas usando carretillas para llevar gravilla y arena de un lugar a otro para construir los cimientos. Patricia se detuvo varias veces en nuestra caminata para asegurarse de que yo supiera el tipo de casa a la que íbamos antes de llegar a ella. "Me da pena [...] mi casa es un ranchito de tabla", dijo. Le aseguré que no me importaba, pero ella no pudo dejar de preocuparse por llevar a una invitada extranjera a un rancho.

Cuando llegamos, la hija adolescente de Patricia estaba viendo televisión. La televisión estaba en un lado de la casa, que era una sola habitación grande con las áreas de dormir y de cocinar separadas por cortinas. Las paredes internas estaban cubiertas de cajas de cartón y de bolsas cocidas para protegerse del viento y de la lluvia que frecuentemente azotaban la ladera de la montaña. Patricia y su hija se sentaron en una de las camas y me invitaron a sentarme en la otra. El reguetón de la casa de al lado se escuchaba a un volumen estruendoso y la hija de Patricia le subió el volumen a la televisión para tratar de neutralizar el sonido de la música. Patricia me había contado que ella y otros vecinos habían tratado de hacer una petición y recoger firmas para que le bajaran el volumen al reguetón, pero, en respuesta, el vecino les preguntó "que si queríamos meternos en problemas". "Así que nos amenazaron", dijo ella, y abandonaron la idea de la petición.

Patricia había llegado al barrio hacía trece años. Su primer esposo había muerto unos años después. Luego se había casado con su esposo actual y vivido con él en una zona rural de Antioquia. "Pero llegó la violencia", dijo, y los forzaron a irse. Habían llegado a Medellín sin nada. Su esposo era un buen hombre, resaltó ella —no tomaba mucho y trabajaba todos los días en la ciudad vendiendo fruta para llevar el pan a la mesa.

Patricia contó que cuando llegaron a Las Lomitas compraron el lote por quinientos mil pesos. Juntaron el dinero entre los dos: ella vendía empanadas y su esposo vendió una máquina. Habían pagado poco a poco, "con intereses", resaltó. Se lo compraron a un señor del barrio que tenía un lote más grande que había dividido en lotes pequeños. "Algunas personas todavía están en deuda con él",

propiedad sobre la tierra.indd 148 2/11/21 11:41 a.m.

dijo. "¡Y siguen subiendo los intereses!", añadió su hija. Pero, dijo Patricia, el hombre había sido amenazado una vez que subió a Las Lomitas a cobrar las deudas y, desde entonces, no lo habían vuelto a ver.

La inmensa mayoría de la población de Las Lomitas eran personas desplazadas por el conflicto armado que habían llegado a la ciudad con poco o nada. Los únicos lugares en los que podían vivir era en las periferias en expansión de Medellín, donde podían construir un rancho a precios relativamente bajos. Mientras que algunas personas habían adquirido sus terrenos talando árboles en predios del municipio en la ladera de la montaña y construyendo sus ranchos, muchas personas como Patricia solamente habían logrado asegurar su vivienda endeudándose.

Mientras conversábamos sentadas en las camas llegó una amiga de Patricia de visita. Empezamos a conversar sobre los proyectos de construcción municipal en Las Lomitas. Todas las mejoras en las calles y la atención municipal reciente al barrio se habían concentrado en la construcción del Cinturón Verde, un gran proyecto municipal de infraestructura verde que incluía la construcción de un sendero llamado el Camino de la Vida, al igual que parques públicos y zonas verdes alrededor de toda la periferia de Medellín. Los objetivos municipales explícitos del proyecto eran incentivar un desarrollo más denso hacia el centro de la ciudad, la protección ambiental de los límites urbanos y la creación de zonas verdes públicas. El proyecto también era parte de un esfuerzo más amplio de convertir a Medellín en una ciudad del "posconflicto" mediante una planeación urbana sostenible, y así "pasar la página" de su pasado violento mediante una infraestructura verde e incluyente.

Muchos residentes de barrios como Las Lomitas, sin embargo, eran escépticos. La amiga de Patricia se quejaba de que "lo que está pasando es que los ricos quieren construir sus urbanizaciones acá porque es muy bonito y tranquilo y nada malo pasa acá. ¡Y esta vista!". Patricia señaló que la agencia de desarrollo de la ciudad venía todos los jueves "dizque para capacitar" sobre el proyecto. Sacó una cartilla que la agencia le había dado en una de las reuniones, en la cual había fotos de personas sonrientes en frente de espacios verdes abiertos. "Mire, esto es lo que ellos quieren, el Camino de la Vida pero sin las casas". Incluso mientras las personas construían nuevas casas en el barrio había un sentimiento generalizado de que cualquiera podía ser expulsado por las autoridades en cualquier momento.

En la comuna, un grupo de personas desplazadas se había organizado para prevenir que la gente fuera sacada del barrio a medida que avanzaba la construcción del Cinturón Verde. El grupo se reunía frecuentemente y discutía propuestas alternativas para mejorar el barrio. En una reunión reciente, el grupo había estado discutiendo el problema de la falta de título de muchas casas en el barrio. "En

propiedad sobre la tierra.indd 149 2/11/21 11:41 a.m.

muchas partes, las personas no tienen legalización de predios [...]. Que le den a uno la legalización, hay muchos desplazados", señaló uno de los participantes. Otro estaba en desacuerdo: "Que haya reasentamiento [...] hay que acercarnos a la realidad", dijo. Luis, un miembro del grupo, movió su cabeza indicando su desacuerdo: "¡Al Estado no le debemos nada! El Estado tiene una deuda histórica con la población. Aquí no podemos entrar pidiendo reasentamiento en un apartamento de tres, cuatro pisos, sino casa por casa [...], sí cabemos, pero nos meten en la cabeza que nosotros no cabemos porque quieren meter sus proyectos turísticos. Para ellos hay de todo, hay tierra, pero cuando se trata de nosotros no hay plata, no hay tierra. Como líderes tenemos que hacer propuestas. Estamos cobrando una deuda histórica que tiene el Estado con nosotros".

Este capítulo analiza las maneras en las cuales las relaciones entre ciudadanos y el Estado en el conflicto colombiano se han articulado a través de nociones de deuda privada y pública alrededor de la propiedad. Basado en trabajo etnográfico realizado en la ciudad de Medellín entre el 2013 y el 2015, se discutirán las múltiples formas de deuda que subyacen las relaciones de propiedad en las periferias de la ciudad. El texto rastrea cómo estas formas de deuda alimentan las economías locales de la propiedad, desde los mercados de finca raíz administrados por actores armados hasta programas estatales de reparación y reubicación de personas desplazadas. Igualmente, analiza cómo estos tipos de deuda alrededor de la propiedad dan forma a los entendimientos de la relación entre los ciudadanos y el Estado.

La deuda es quizás uno de los temas más clásicos en la antropología, la cual se ha concentrado desde hace tiempo en la relación entre crédito y deuda, y en las formas como los debates morales y materiales sobre esta pareja conceptual son inseparables[2]. A partir de la idea de Marcel Mauss[3] de que el crédito y la deuda nutren relaciones no solo de poder y control, sino también de reciprocidad y solidaridad, el trabajo antropológico sobre la deuda la ha teorizado como una forma fundamental de obligación social. Al mismo tiempo, los antropólogos de la deuda como David Graeber han notado también que la deuda como obligación social ha estado enraizada desde hace tiempo en la violencia, frecuentemente respaldada por el Estado[4].

2 Gustav Peebles, "The Anthropology of Credit and Debt", *Annual Review of Anthropology* 39 (2010): 225-240.

3 Marcel Mauss, *The Gift: The Form and Reason for Exchange in Archaic Societies* (Londres: Routledge, 1990 [1925]).

4 David Graeber, *Debt: The First 5,000 Years* (Nueva York: Melville House Publishing, 2011).

propiedad sobre la tierra.indd 150 2/11/21 11:41 a.m.

Esta aproximación tiene una resonancia interesante con los estudios jurídicos sobre la propiedad, a pesar de que los dos campos rara vez cruzan sus caminos. Mientras que las teorías clásicas de propiedad de Blackstone[5] la concebían como una forma de dominio del hombre sobre las "cosas externas del mundo", buena parte de los estudios sobre propiedad de la segunda mitad del siglo XX se ha enfocado en la propiedad como un conjunto de relaciones entre las personas con respecto a las cosas. A partir del trabajo de Wesley Hohfeld[6] y su noción de que la propiedad era un conjunto de derechos *in personam,* los realistas jurídicos del medio siglo teorizaron la propiedad como un "paquete de derechos" (*bundle of rights*), lo cual implicaba un conjunto de derechos y privilegios que no pertenecían simplemente al propietario frente al resto del mundo, sino que incluían distintas relaciones y obligaciones sociales entre las diferentes partes que tenían diversos intereses sobre la cosa en cuestión[7]. La literatura reciente, desde una perspectiva "progresista" sobre la propiedad, ha teorizado de modo semejante la propiedad como un lugar para negociar relaciones sociales, como las obligaciones[8], las virtudes[9] y los valores democráticos[10].

Buena parte de la literatura antropológica sobre la deuda y los estudios jurídicos sobre la propiedad se esfuerzan por entender la deuda y la propiedad como formas tanto de cohesión como de dominación social. La deuda, a partir de la tradición de Mauss, se entiende como un modo fundamental de reciprocidad social, en el que las obligaciones morales están inherentemente atadas al intercambio material de una manera que profundiza los lazos sociales en lugar de hacerlos más frágiles[11]. La propiedad, de modo similar, se vuelve una manera de entender cómo vivimos bien juntos como vecinos y ciudadanos, y cómo pretendemos estructurar la vida social, en lugar de cómo movilizamos las cosas para dominar a los demás[12].

5 William Blackstone, *Commentaries on the Laws of England,* 1765, http://avalon.law.yale.edu/subject_menus/blackstone.asp

6 Wesley Newcomb Hohfeld, "Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning", *Yale Law Journal* 8 (1917): 710-770.

7 Una tendencia más reciente en los estudios de propiedad ha apuntado a contrarrestar la noción de esta como un paquete de derechos, teorizando la propiedad como el "derecho de las cosas". Henry E. Smith, "Property as the Law of Things", *Harvard Law Review* 125 (2012): 1691-1726.

8 Gregory S. Alexander, "The Social-Obligation Norm in American Property Law", *Cornell Law Review* 94, n.º 4 (2009): 745-819.

9 Eduardo M. Peñalver, "Land Virtues", *Cornell Law Review* 94, n.º 4 (2009): 821-888.

10 Joseph William Singer, "Democratic Estates: Property Law in a Free and Democratic Society", *Cornell Law Review* 94, n.º 4 (2009): 1009-1962.

11 Gustav Peebles, "The Anthropology of Credit and Debt", *Annual Review of Anthropology* 39 (2010): 225-240.

12 Alexander, "The Social-Obligation Norm"; y Singer, "Property as the Law of Democracy", 1009-1962.

propiedad sobre la tierra.indd 151 2/11/21 11:41 a.m.

¿Qué tipos de obligación social emergen cuando consideramos la articulación de la propiedad a través de la deuda? ¿Cómo se intersectan estas formas de obligaciones con los proyectos estatales y las economías alimentadas por la deuda en lugares como Las Lomitas? ¿Evocan estas formas la reciprocidad y los valores democráticos de Mauss que se describen en buena parte de la literatura sobre deuda y propiedad, o aluden a otra manifestación del enmarañamiento social?

Este capítulo explora estas preguntas mediante una aproximación etnográfica de formas entrecruzadas de deuda relacionada con la propiedad sobre la tierra en una comuna en Medellín. En la primera sección se presentan las formas históricas de adquisición de la tierra en la comuna por parte de las personas que huían de la violencia rural, las maneras en las cuales esas formas de adquisición son atadas a la deuda y las implicaciones que esto tiene para la violencia y el desplazamiento continuo. En la segunda sección se examina la noción de "la deuda con las víctimas" del Estado, conectando los patrones de la deuda privada en la comuna con la noción de la responsabilidad del Estado para resolver los problemas que se derivan del conflicto. Mediante este análisis, la deuda surge como un modo de responsabilidad privada y, simultáneamente, como una articulación de la pertenencia social y política, una relación política histórica y una forma de responsabilidad estatal. Por último, el capítulo sugiere que las relaciones entre los ciudadanos y el Estado vienen a ser definidas mediante economías de propiedad dominadas por la deuda en el contexto de los intentos estatales por lograr la paz.

RECIPROCIDAD Y PRECARIEDAD EN LA ALTA COMUNA

Andrés no podía ir a ningún lado sin que la gente lo parara a preguntarle sobre el proyecto de construcción que se llevaba a cabo en su barrio. Caminábamos muy cerca a la ruta que habíamos tomado para ir a la casa de Patricia cuando Emilio y Juan nos detuvieron en el camino.

Inmediatamente nos preguntaron cuáles casas iban a ser demolidas ese día por las autoridades y a Andrés le preguntaron si sabía quién iba a ser desalojado. Emilio había comprado los materiales y construido los cimientos para una nueva casa en la parte alta de la comuna, arriba de donde creía que se construiría el Cinturón Verde, pero no estaba seguro. "He estado viviendo con la familia, pero quería construir una casa para vivir en lo propio", me explicó. Juan rondaba los sesenta años y ya tenía una casa, y estaba preocupado de ser desalojado al iniciarse la construcción cerca a su hogar. "Recuerden que solo se compensará lo que estaba en las fotos que tomaron, cuarenta fotos por casa, hace un año cuando hicieron el censo, y nada más", advirtió Andrés. "Entonces, ¿no debería seguir construyendo

propiedad sobre la tierra.indd 152 2/11/21 11:41 a.m.

allí?", preguntó Emilio. "Usted puede seguir haciendo cosas si quiere, pero no invierta mucha plata en eso", sugirió Andrés. "Construir es un riesgo", meditó Emilio.

Mientras hablábamos, más personas que caminaban montaña arriba o montaña abajo por el camino se unieron a la conversación, atraídos por Andrés y por cualquier posible conocimiento que pudiera tener sobre lo que podía pasar. Andrés era un activista que había trabajado en el barrio durante muchos años y casi todos confiaban en él —algo no tan común en un barrio, por regla general, plagado de desconfianza y de escepticismo de personas que habían sufrido por años las consecuencias de la guerra y, frecuentemente, múltiples desplazamientos—. Maritza, una mujer del barrio de mediana edad, intervino en la conversación para anotar que su hermano había empezado a poner tablas de madera en una nueva casa cuando aparecieron los trabajadores municipales. No le dijeron nada, así que siguió poniendo las tablas; una semana después ya había levantado dos paredes. Los trabajadores vinieron nuevamente y esta vez le dijeron: "es mejor que no construya acá porque se va a tener que derrumbar" para la construcción del Cinturón Verde. "¡Que vengan a derrumbar a ver qué pasa!", replicó Maritza enojada. "Lo que más me molesta es que nos tratan como niños. Dicen que nos vayamos a tal lugar, toman decisiones por nosotros… nos tratan como niños. No los necesito, solo quiero poner mi casa bien bonita, sola. Hace cuatro, cinco años, no sabíamos que todo eso [el Cinturón Verde] iba a pasar".

Andrés escuchó empáticamente. "Es cierto, cuando todos ustedes invadieron no sabían que todo esto iba a suceder". Juan interrumpió inmediatamente: "¡No, casi todos compramos!", dijo. Emilio y Maritza y otros reunidos estaban de acuerdo, estableciendo una clara distinción entre la invasión y la forma como ellos habían adquirido la tierra en el barrio. Maritza señaló que la gente los criticaba diciendo que tenían que ser expulsados porque habían invadido las tierras. "Pero no, ¡compramos!", dijo insistentemente.

La historia de poblamiento de la parte alta de la comuna, de hecho, se dio en el marco de un complejo mercado de finca raíz, incluyendo tanto invasiones generalizadas como compras de lotes por medio de deudas. En la década de los ochenta, las personas llevaban a cabo invasiones de terrenos municipales o de la iglesia en la ladera de la montaña. En algunos casos, los grupos guerrilleros y los partidos políticos apoyaban estas actividades como parte de sus estrategias políticas[13]. Muchas personas tuvieron acceso gratuito a los terrenos por medio de estas invasiones. Un residente de vieja data, Rodrigo, me describió el proceso:

13 Esta historia está basada en entrevistas propias e historias de vida que me contaron individuos involucrados en estas invasiones tempranas en la comuna. El informe del Grupo de Memoria Histórica

propiedad sobre la tierra.indd 153 2/11/21 11:41 a.m.

> A mediados de los ochenta empieza la oleada de desplazamiento forzado y oportunistas de partidos políticos, como el Partido Liberal, promovieron muchas invasiones por la falta de vivienda que tenían las personas y del costo de la tierra en Medellín. Entonces en estas laderas promovieron las invasiones, pero con fines más bien electorales, que era capitalizar electoralmente esas invasiones con las personas que llegaban allí [...] y de la necesidad básica de vivienda. Y eso también hacía la insurgencia [guerrillas] en su momento, estamos hablando antes de la Constitución del 91. Y promovían esas invasiones de laderas y en las zonas rurales también.

Rodrigo hizo hincapié, con algo de nostalgia, en la naturaleza colectiva de estos procesos, y la manera como los procesos de invasión también habían incluido cooperativas, organizaciones de vivienda popular y grupos comunitarios. También señaló particularmente cómo los grupos guerrilleros que organizaron invasiones, como el M-19 y el ELN, habían resistido explícitamente los esfuerzos estatales de sacar a la gente de esas áreas haciendo imposible que las autoridades municipales entraran a las invasiones y las destruyeran.

En la década de los noventa, sin embargo, la expansión de la alta comuna empezó a ocurrir bajo diferentes circunstancias. Los nuevos grupos paramilitares, en líneas generales, sacaron a las guerrillas, tomándose parte del mercado de finca raíz. Ellos también utilizaron las invasiones como una parte central de su estrategia política y social, incluyendo elementos sociales como la resolución de conflictos, organizaciones comunitarias y la planeación barrial, como lo habían hecho las guerrillas. Sin embargo, este mercado también fue mucho más "comercial", tal y como me lo manifestó un residente, y los "paras" cobraban varios cientos de miles de pesos por un lote de terreno[14]. Como muy pocas de las personas desplazadas que llegaban a la comuna tenían acceso a dinero en efectivo, los paras —al igual que otros prestamistas, como en el caso de Patricia— ocasionalmente prestaban dinero para que pagaran los lotes. Estos préstamos generalmente incluían una alta tasa de interés. Esto dio acceso a la tierra a quienes, de otro modo, no tenían a dónde ir en la ciudad. Al mismo tiempo, quienes no podían pagar las cuotas eran frecuentemente amenazados, y se les forzaba a dejar sus terrenos y

(2011) sobre el desplazamiento forzado en la Comuna 13 de Medellín identifica modalidades similares del apoyo a las invasiones en ese periodo en Medellín.

14 Esta es una práctica que hasta cierto punto continúa hoy. Un estudio de investigadores de la Universidad EAFIT sobre la organización espacial del homicidio en Medellín identifica el "loteo ilegal" de terrenos como una práctica criminal llevada a cabo por actores armados ilegales en cerca de una tercera parte de la ciudad, y como elemento clave de control social de la población por estos grupos. Véase *Territorio, crimen, comunidad: Heterogeneidad del homicidio en Medellín,* editado por Gustavo Duncan y Adolfo Eslava (Medellín: Centro de Análisis Político- Universidad EAFIT, 2015).

propiedad sobre la tierra.indd 154 2/11/21 11:41 a.m.

desplazarse a otra parte de la ciudad para eludir la posible violencia de los acreedores paramilitares. Este proceso encendió, en consecuencia, nuevas formas de desplazamiento, pero ahora dentro de la propia ciudad[15].

En nuestro camino hacia abajo de la montaña, luego de nuestra conversación en la vía, Andrés y yo nos cruzamos con un hombre que salía de una casa ubicada en la vera del camino. Cargaba un cartapacio de papelitos que se batían con la brisa. Andrés saludó y seguimos caminando. Le pregunté para qué eran esos papeles. Andrés me miró y dijo que eran para las deudas —el hombre cobraba deudas e iba de casa en casa recogiendo pagos.

La propiedad en la alta comuna estaba, entonces, íntimamente entrelazada con la deuda. Y, de hecho, la relación entra las dos suponía múltiples formas de obligación social. Muchas de las formas de adquisición de tierra por personas desplazadas en el área habían estado acompañadas por alguna forma de patrocinio político o social, desde las invasiones de la guerrilla o del Partido Liberal en la década de los ochenta, hasta los mercados de tierras de los paramilitares que empezaron en la década de los noventa y que aún continuaban. El acceso a los lotes de terreno pudo o no depender de un pago, pero en todo caso incluyó alguna forma de reciprocidad política. El precio de la tierra, aunque no fuera monetario, era el tener que formar parte de la base social de alguien. A cambio, se recibirían los beneficios sociales de esa relación, los cuales se extenderían más allá de los límites del lote para incluir la membrecía a las organizaciones comunitarias, las cooperativas y las estructuras de planeación barrial.

Frecuentemente también había, sin embargo, un lado más oscuro de esas formas de obligación social. Con el desarrollo del mercado de finca raíz paramilitar, la deuda y la propiedad se ataron cada vez más a la violencia. El precio de la tierra, en este sentido, subió a tal punto, tanto en términos financieros como sociales, que ya no implicaba simplemente volverse parte de la base social de alguien, sino también atar la vida misma a la deuda. El control paramilitar de los mercados de finca raíz, en consecuencia, simultáneamente implicaba una oportunidad para las personas desplazadas —para asegurar un terreno y un lugar en una comunidad— pero también una profunda precariedad. Lo que estaba en la balanza en los pagos de la deuda no era solo la propiedad en sí misma, sino también la posibilidad de preservar la vida y la familia en la comuna y evitar otro desplazamiento más.

15 Hay una importante literatura sobre el problema del desplazamiento intraurbano en Medellín. Véase, por ejemplo, Luz Amparo Sánchez, "El desplazamiento forzado intraurbano: negación del derecho a la ciudad", en *Poniendo tierra de por medio: Migración forzada de colombianos en Colombia, Ecuador y Canadá,* editado por Pilar Riaño y Marta Villa (Medellín: Corporación Región, 2008). Parte de esta literatura se refiere al papel de la deuda como causa o agravante del problema. Véase, por ejemplo, Grupo de Memoria Histórica, *La huella invisible de la guerra: desplazamiento forzado en la Comuna 13* (Bogotá: Grupo de Memoria Histórica, 2011).

propiedad sobre la tierra.indd 155 2/11/21 11:41 a.m.

UNA DEUDA CON LAS VÍCTIMAS

La noción de que el Estado tiene una deuda histórica con la población de la comuna se basaba, en parte, en la creencia de que el Estado había hecho poco para enfrentar el problema de la precariedad, en especial respecto a la población desplazada. Medellín tenía la reputación de tener los mejores servicios del país para la población desplazada y disponía de una fuerte burocracia municipal —la Unidad Municipal de Víctimas de la Alcaldía de Medellín— que proveía servicios a los desplazados y otras víctimas en lugares como la comuna. Muchas personas desplazadas de este lugar habían tenido experiencias positivas con esta burocracia y recibía apoyo de ella. En todo caso, la noción de la deuda histórica del Estado persistía, de la mano de la situación social y económica precaria que aún afectaba a muchas personas desplazadas que habitaban la comuna. Personas como Luis utilizaban el concepto para describir la responsabilidad del Estado tanto por los desplazamientos iniciales que habían llevado a la gente a la ciudad —en buena parte forzados de áreas rurales por la violencia armada—, como por la vida difícil e inestable que frecuentemente tenían que soportar luego de su llegada.

Los propios funcionarios estatales frecuentemente hablaban sobre esta responsabilidad como una deuda existente o potencial. En el Foro Urbano Mundial, que se llevó a cabo en Medellín justo cuando estaba iniciando el proyecto del Cinturón Verde en el 2014, y en medio de los diálogos de paz de la administración Santos con las FARC, el Ministro de Vivienda, Ciudad y Territorio habló abiertamente de esta idea en una sesión sobre ciudades y posconflicto. En su charla preguntó cómo podían transformarse las políticas urbanas y de vivienda para que fueran una política de paz. "Hay que buscar ciudades más equitativas, ciudades que aborden el problema de la corrupción, ciudades con espacio público y ciudades con mejor acceso a servicios… si no tenemos las ciudades listas para pensar en el posconflicto, quedaremos en deuda", insistió ante su audiencia. Esto conectaba explícitamente la noción de la responsabilidad estatal para resolver los problemas que surgían del conflicto con la deuda, tal como lo articulaban los residentes de la comuna alta como Luis[16].

El debate alrededor de esta deuda histórica alcanzó su clímax en la comuna alta con la construcción del Cinturón Verde en razón a la incertidumbre que generó el proyecto en cuanto si los residentes iban o no a tener un futuro en el barrio que habían estado construyendo, en algunos casos, desde hacía décadas.

16 Pablo Jaramillo argumenta cómo la noción de la "deuda con las víctimas" del Estado es continuamente co-producida y apropiada por los funcionarios estatales, las víctimas y los intelectuales. Véase Pablo Jaramillo, "Deuda, desesperación y reparaciones inconclusas en La Guajira, Colombia", *Antípoda* 14, n.º 1 (2012): 41-65.

propiedad sobre la tierra.indd 156 2/11/21 11:41 a.m.

Los residentes cuestionaron con frecuencia el papel que podrían desempeñar en la toma de decisiones sobre la propiedad en sus barrios y si se les iba a permitir tener la propiedad sobre sus casas en el futuro o si los iban a desalojar. En un encuentro comunitario sobre el nuevo Plan de Ordenamiento Territorial de Medellín, que incluía el proyecto del Cinturón Verde al igual que otros proyectos de desarrollo que afectaban la comuna, varios residentes debatieron el asunto:

> *José Luis:* ¿La participación en la construcción de esos espacios públicos [en el POT] cuál es?
>
> *Armando*: Es una conversación entre la comunidad y la autoridad legislativa elegida por la comunidad… son los representantes de la elección que hicimos en octubre del 2011. Si no hay movilización, van a enmarcarlo en unos intereses de quienes quieren poner usos y valores del suelo. Están diciendo en el Cinturón Verde que el suelo de ustedes no tiene ningún valor… no son propietarios del suelo… solo somos dueños de la construcción pa'rriba, solo las mejoras que hemos hecho… pero el suelo no está titulado ni legalizado, diciendo que es propiedad del municipio de Medellín y es por eso que se presentan altos niveles de desplazamiento y desalojo… como usted no es dueño del suelo, sino el municipio, lo puede desalojar.
>
> *Elkin:* Tiene una deuda histórica con la población por el conflicto armado… y también se pretende desconocer que esa construcción de territorio que han hecho las comunidades durante muchas décadas tiene varios valores sociales, económicos, políticos, culturales… cuando hablamos de la movilización, estamos hablando de que la comunidad se convierta en un sujeto político que tiene que empezar de dejar de lado la idea de que un ciudadano es únicamente en tiempo electoral.

Esta conversación suponía un conjunto específico de ideas asociadas con la relación entre los ciudadanos y el Estado: las expectativas que el Estado no había llenado, lo cual había resultado en una deuda histórica; la preocupación de que, si no se le controlaba, el Estado interpretaría la propiedad de un modo particular para causar nuevos desplazamientos; y las esperanzas de que mediante la movilización popular las relaciones entre el Estado y los ciudadanos pudieran ser más recíprocas. En la idea de deuda estaba también incorporado un entendimiento de que los propios residentes habían construido tanto casas como barrios con poca ayuda estatal y que parte de resolver la deuda del Estado debía incluir un reconocimiento del papel fundamental que las comunidades habían asumido, al igual que el valor de lo que habían producido. Los residentes estaban orgullosos de los barrios que habían levantado, así como del hecho de que muchos de ellos habían trabajado para comprar los terrenos donde habían construido sus casas, tal como Juan, Maritza y otros residentes lo afirmaron. Desde su punto de vista, ellos no

propiedad sobre la tierra.indd 157 2/11/21 11:41 a.m.

habían violado la ley como quienes habían invadido los terrenos; en cambio, ellos habían participado en el mercado que había disponible, siguiendo sus reglas. Esto dio a los residentes un mayor sentido no solo de pertenencia, sino también de que tenían una mejor posición legal para ser reconocidos por la ciudad. Los deseos que se ven en esta conversación, al igual que en otras similares, no era que el Estado resolviera sus deudas mediante el acceso a reparaciones en sentido estricto o absteniéndose de intervenir en la comuna. Por contraste, deseaban que el Estado los tratara como ciudadanos plenos —y no como niños, en los términos de Maritza— reconociendo las relaciones de propiedad y comunidad que habían establecido en la comuna y permitiéndoles participar en decisiones que pudieran afectar esos logros duramente ganados.

La idea de la deuda del Estado no solamente estaba relacionada con la historia del conflicto o con preocupaciones sobre el proyecto del Cinturón Verde, sino también con reclamos sobre las formas estatales de reubicar a los residentes desplazados en el pasado, las que habían llevado a muchos de ellos a endeudarse. Uno de los proyectos frecuentemente mencionados en este aspecto fue un gran proyecto de vivienda social llamado Nuevo Occidente (conocido también como "Pajarito") que la ciudad había construido en las afueras de Medellín. El gobierno municipal subsidió pequeños apartamentos en Pajarito para personas desplazadas registradas que aplicaron al programa, otorgándoles el título sobre los inmuebles. Por varios años, Pajarito había recibido un influjo de personas reubicadas de varias comunas y la Alcaldía esperaba que eventualmente se beneficiaran cerca de veinte mil familias.

Mientras que algunos residentes de la comuna alta expresaron su interés de vivir en Pajarito, otros consideraron que esta reubicación era una amenaza. Lo más importante era que significaría mudarse de los barrios donde tenían sus casas, familias y lazos sociales, que eran tan importantes para sobrevivir en la ciudad como persona desplazada. Pero, adicionalmente, muchos habían oído historias de otros que se habían trasladado a Pajarito que mencionaban la inestabilidad financiera que tal reubicación podía implicar. Aunque los apartamentos fueron subsidiados y titulados, los residentes de Pajarito eran responsables del pago de servicios públicos, los costos mensuales de administración, los impuestos prediales y cualquier mejora a los apartamentos. Esto llevó a muchos a endeudarse, pues pagar estos costos era muy difícil para muchas de las personas desplazadas que tenían fuentes de ingreso inestables e impredecibles[17].

17 Estas dinámicas cuestionan la tesis de Hernando de Soto (2000) de que el título permitiría a los pobres tener y desplegar "capital vivo", convirtiéndose así en agentes más exitosos en la economía de mercado.

propiedad sobre la tierra.indd 158 2/11/21 11:41 a.m.

Como Pajarito estaba localizado fuera de la ciudad, también había pocas o nulas oportunidades de empleo, educación y comercio, y los residentes podían gastar muchas horas del día en transporte público solamente para llegar al lugar de trabajo o para vender cosas en el centro de la ciudad. El aislamiento era tan intenso que algunas familias habían convertido sus apartamentos de Pajarito en tiendas de barrio o salones de belleza y regresado a las comunas donde habían vivido antes como lugares de residencia. Pero a su regreso a las comunas originales se convirtieron en arrendatarios, no en residentes con hogares que habían construido, como habían vivido antes. Al igual que ocurrió con los pagos mensuales en Pajarito, muchas familias tuvieron dificultades de pagar el canon mensual de arrendamiento y por esto terminaron endeudadas con prestamistas locales. Mientras los funcionarios públicos señalaron con frecuencia que los problemas de Pajarito se debieron a la falta de "cultura de propiedad" entre los residentes —resaltando que algunos robaban cosas de las áreas comunes o no mantenían bien sus apartamentos—, los problemas que los residentes de la comuna identificaron más frecuentemente sobre su reubicación en Pajarito fue el aislamiento social y la deuda.

La otra posibilidad que la ciudad empezó a ofrecer, de cara a la resistencia a mudarse a lugares como Pajarito, fue la reubicación de los residentes a cambio de una compensación que podían utilizar para buscar una alternativa diferente dentro del mismo barrio o en otro distinto. Muchos residentes vieron que esta era una opción mucha más atractiva. En la práctica, sin embargo, pocos lograron comprar un hogar distinto. Esto se debió, en parte, a la falta de disponibilidad de casas y, también en parte, al hecho de que en algunos casos la ciudad pagó la compensación en varias cuotas. Como la primera cuota era frecuentemente insuficiente para comprar una casa, los residentes reubicados tendieron a usar esos recursos para arriendo. Para el momento en que llegaron las últimas cuotas de la compensación de parte de la ciudad, el primer pago ya se había gastado en cubrir gastos de arriendo, y la familia quedaba sin el dinero suficiente para comprar una casa. Esto dejó a un gran número de familias en una situación en la que necesitaban ganar lo correspondiente a un canon de arrendamiento sin tener ingresos suficientes; así, personas que anteriormente habían tenido sus propias casas, con pocos costos fijos, quedaron en una situación de permanente deuda para poder pagar su arriendo.

La propiedad en lugares como la comuna fue entonces articulada a través de una noción de doble cara de la deuda del Estado con las personas desplazadas. Por un lado, la noción de la deuda estatal se relacionó directamente con el endeudamiento privado. Los esfuerzos, frecuentemente bienintencionados del gobierno

propiedad sobre la tierra.indd 159 2/11/21 11:41 a.m.

municipal de crear soluciones de compensación y titulación al problema del desplazamiento intraurbano para los proyectos de la ciudad, convirtieron en acreedores a propietarios de casas propias pobres pero solventes. Por otro lado, los residentes entendieron la deuda del Estado como una falla en preservar las relaciones ciudadano-Estado que satisficiera adecuadamente sus necesidades (en términos de prevenir el desplazamiento y asegurar una vivienda adecuada a las personas desplazadas) y en respetar y valorar sus aportes a las casas y barrios que habían construido —como muchos lo describieron, con pico y pala, con poco apoyo estatal—. La deuda pública a las víctimas estaba entonces atada intricadamente con los patrones de deuda privada que daban fundamento a las relaciones de propiedad en lugares como la comuna.

Las formas de obligación social que evocaban estas relaciones entre la propiedad y la deuda evocan las que se describen frecuentemente en la literatura sobre propiedad. Aunque los llamados al Estado para pagar la deuda histórica eran reclamos, al mismo tiempo estaban invocando ciertas expectativas sobre lo que debía y podía ser la relación entre los ciudadanos y el Estado. Esto era una manifestación de lo que Pablo Jaramillo[18] teoriza como una forma explícita de legitimación de la soberanía estatal —y las demandas correspondientes de la lealtad de las víctimas al Estado— mediante programas de reparación, descritos como formas para que el Estado pague su "deuda con las víctimas". En este caso, sin embargo, los residentes no estaban pidiendo reparaciones como apoyo monetario o el retorno a sus antiguos terrenos rurales. En cambio, estaban invocando la noción de deuda para hacer un llamado al Estado a que interviniera *menos* en sus barrios, identificando proyectos como el Cinturón Verde como amenazas a su posibilidad de quedarse en sus casas. También la usaron para articular una relación más recíproca entre los ciudadanos y el Estado, en la cual pudieran ser participantes activos en seguir construyendo sus barrios, evitando así los patrones de endeudamiento que asociaban con proyectos estatales para atender a la población desplazada en la ciudad.

CONCLUSIONES

Las relaciones de deuda alrededor de la propiedad en estos lugares se convierten en una metonimia para las relaciones entre los ciudadanos y el Estado. La relación de los residentes con el Estado, tanto literal como figuradamente, sigue el patrón de

18 Jaramillo, "Deuda, desesperación y reparaciones inconclusas", 41-65.

propiedad sobre la tierra.indd 160 2/11/21 11:41 a.m.

las relaciones de la deuda privada, en las cuales los residentes son deudores y acreedores a la vez, sujetos a formas de provisión social que tienen el potencial para el endeudamiento material y moral. Las relaciones que surgen alrededor de la deuda relacionada con la propiedad no se limitan al ámbito del intercambio privado, sino que se convierten en parte de cómo se construye y se entiende lo social.

Los primeros realistas jurídicos entendieron la propiedad como algo que se ahorcajaba sobre lo privado y lo público de tal modo que el *dominium* sobre las cosas equivalía al *imperium* sobre los seres humanos[19]. La propiedad, desde esta perspectiva, siempre implicaba un poder soberano, en lugar de entenderse simplemente como una relación puramente privada. Algunos elementos de la soberanía fueron delegados por el Estado a los líderes industriales, empleadores y otros dueños a través de la propiedad, permitiendo que su titularidad incluyera poderes sobre otros. Los académicos que escriben sobre la propiedad con base en esta tradición han sostenido que también es cierto el inverso, que la propiedad funciona como un "marco cuasi-constitucional para la vida social"[20].

La deuda es fundamental a las formas en que lo público y lo privado están atados mediante la propiedad y la convierten en un factor constitutivo de la vida social. Al examinar la relación de la deuda alrededor de la propiedad en lugares como las comunas de Medellín, es claro que las relaciones entre los ciudadanos y el Estado no solamente están basadas en la propiedad, sino en el tipo de deudas en las que se incurren alrededor de ella. Específicamente, el poder que la deuda sobre la propiedad le otorga al acreedor sobre el deudor se convierte en la estructura para la articulación de las relaciones entre el Estado y los ciudadanos, en especial en los espacios de encuentro que surgen a través de proyectos como el Cinturón Verde y los esfuerzos de reparar a las personas desplazadas. Una aproximación etnográfica ilustra las interacciones texturadas a través de las cuales surge la deuda alrededor de la propiedad y se convierte en algo estructural para estas relaciones.

Mauss ilustra con particular tino la complejidad del poder que da la deuda al considerar que es una doble bisagra. Compara los regímenes de propiedad de la Polinesia, donde los regalos implican reciprocidad social, con las teorías romanas de las obligaciones relacionadas con las cosas, encontrando que, para los romanos, el poder era inherente a las cosas a través de dos construcciones jurídicas: el contrato y el hurto[21]. Si algo era robado, el poder de la cosa le daría al dueño un control sobre el ladrón, tal como quienes daban regalos en la Polinesia tendrían

19 Morris R. Cohen, "Property and Sovereignty", *Cornell Law Review* 13, n.º 1 (1927): 8-30.
20 Singer, "Property as the Law of Democracy", 1335.
21 Mauss, *The Gift: The Form and Reason,* 50-51.

propiedad sobre la tierra.indd 161 2/11/21 11:41 a.m.

una forma de poder social sobre quienes recibían el objeto dado, induciendo a la reciprocidad. Mauss sostiene que "quien da [el regalo], tiene un poder sobre el beneficiario, tal como, siendo su dueño, tiene poder sobre el ladrón"[22]. Este aspecto de la teoría de Mauss abre una lectura de las posibilidades sociales de la deuda y la propiedad que contiene su potencialidad respecto a la cohesión social y la dominación.

Este doble rasgo de la deuda alrededor de la propiedad es fundamental para las formas como se convierte en un patrón para las relaciones entre el Estado y los ciudadanos. Por un lado, la deuda alrededor de la propiedad en lugares como la comuna es frecuentemente un modo principal para formar relaciones políticas en la medida en que las personas buscan medios para acceder y mantener terrenos y casas, al igual que cohesión social, en aquellos lugares donde casi todas las personas son recién llegadas. Esto puede corroborarse, por ejemplo, en la forma como Rodrigo describía la reciprocidad política de las invasiones de la comuna en la década de los ochenta y en el tipo de reclamos para permanecer en el lugar que los habitantes de la comuna hicieron al gobierno municipal, como parte de la resolución de la deuda del Estado con las víctimas. Por otro lado, la deuda relacionada con la propiedad se convierte simultáneamente en una forma de dominación social, facilitando el control paramilitar no solo de los mercados de finca raíz, sino también de la vida y de las formas de ganarse el sustento diario en estos lugares, y del creciente endeudamiento privado como resultado de los propios programas estatales diseñados para aliviar la situación de personas desplazadas. En estas relaciones de doble bisagra, los residentes son simultáneamente deudores y acreedores frente a los grupos armados y el Estado, sujetos tanto a su violencia como a su benevolencia.

En su análisis de la noción de la "deuda con las víctimas" por parte del Estado, Pablo Jaramillo sugiere que el Estado intenta activamente invertir su posición en estas relaciones de deudor a acreedor mediante las reparaciones a las víctimas. Señala que:

> El ciclo de la deuda en torno a la reparación evidencia, a la vez, un rasgo más general de este tipo de relación social. El Estado como deudor inicial se constituye en una entidad portadora de una moralidad inferior frente al acreedor de la reparación. Sin embargo, el Estado está en capacidad de desplegar todo su poder burocrático para vaciar a las víctimas de toda agencia. Hacer esperar por la reparación expresa contundentemente esta lógica y convierte a las víctimas en sujetos (o cuasi objetos) de caridad, invirtiendo así las escalas morales de la deuda inicial[23].

22 *Ibid.,* 12.
23 Jaramillo, "Deuda, desesperación y reparaciones inconclusas", 60.

propiedad sobre la tierra.indd 162 2/11/21 11:41 a.m.

Mientras que los beneficiarios de esta caridad podrían considerar que la deuda moral o material no ha sido cubierta íntegramente mediante las reparaciones, Jaramillo sugiere que el Estado las usa de esta forma para inclinar las escalas de reciprocidad de modo tal que las deudas se consideren resueltas.

Esta forma de pago, sin embargo, no era lo que los residentes querían. Sus peticiones no eran para una compensación monetaria u otras formas de restitución de la propiedad que habían perdido en el pasado, o aquella que podrían llegar a perder en el contexto del Cinturón Verde. No estaban, en esencia, reclamando los tipos de reparaciones estatales imaginadas en los procesos superpuestos de la justicia transicional y el apoyo a los desplazados que los burócratas pensaron que ayudarían a manejar los efectos de la guerra sobre las víctimas[24]. En cambio, estaban pidiendo que se les dejara en su lugar y que no se les quitara lo que habían construido. Estaban pidiendo tener voz en la toma de decisiones. Estaban pidiendo, principalmente, ser reconocidos como ciudadanos plenos. Residentes como los de Las Lomitas sostenían que merecían ese estatus no solo porque habían sufrido pérdidas en la guerra, sino también porque habían cumplido con su parte del trato: no eran invasores ilegales sino ciudadanos respetuosos de la ley que habían comprado sus casas. La gente de la comuna sugería que el gobierno municipal podría reconocer de manera más efectiva su ciudadanía completa mediante el *no* otorgamiento de compensaciones o reparaciones —como su reubicación en una casa titulada a su nombre en Pajarito, que podría sumergirlos más profundamente en deudas financieras y sociales, convirtiendo al Estado en su acreedor—, sino permitiéndoles participar en la construcción de la comuna y dejándolos en su lugar. Esto era, efectivamente, un rechazo a la noción de que el Estado podía resolver sus deudas frente a los ciudadanos mediante un tipo de reparación que los convertiría en deudores literal y figurativamente.

Esto implicaba un papel para el gobierno municipal que era diferente, y mucho más limitado, que el imaginado en el proyecto del Cinturón Verde. Parte de esa limitación implicaba lo que Alisha Holland[25] ha denominado abstención *(forbearance)* —una decisión deliberada de no aplicar las leyes que los funcionarios municipales podrían aplicar si así lo decidieran, tales como las reglas contra

24 Estos procesos superpuestos incluyeron medidas y programas que se pusieron en funcionamiento como parte de la implementación de la Ley 387 de 1997, la Ley de Justicia y Paz (Ley 975 del 2005) y la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras (Ley 1448 del 2011), entre otras iniciativas. Vale la pena anotar que mientras la gran mayoría de los residentes de esa parte de la comuna fueron desplazadas de zonas rurales en Colombia, la mayoría no quería irse de Medellín y volver a sus tierras rurales. A lo largo de mi trabajo de campo en la comuna solamente conocí una persona que tenía este deseo y había decidido hacer un reclamo de restitución de tierras con la esperanza de retornar.

25 Alisha C. Holland, *Forbearance as Redistribution: The Politics of Informal Welfare in Latin America* (Cambridge: Cambridge University Press, 2017).

propiedad sobre la tierra.indd 163 2/11/21 11:41 a.m.

la construcción de casas en las laderas de las montañas que fueran proclives a deslizamientos, justo en los lugares donde muchos residentes habían construido sus casas—. La abstención había sido por mucho tiempo una estrategia municipal implícita para enfrentar el problema del desplazamiento en Medellín, así como en otros centros urbanos de Colombia[26]. En el contexto del Cinturón Verde, no obstante, la abstención mutó de algo que los residentes entendieron como un síntoma del abandono de la ciudad a desplazados en lugares como la comuna a algo que sostenían que era una forma silenciosa de aprobación tácita a sus hogares y vecindarios —una aprobación que no podía ser revocada sin inclinar la balanza de la deuda aún más hacia la ciudad.

La elaboración activa de las relaciones entre el Estado y los ciudadanos mediante la deuda fue particularmente evidente en el contexto de los esfuerzos de Medellín por transformar lugares como Las Lomitas en nodos fundamentales de la ciudad del posconflicto, lo que el gobierno municipal promocionó en vallas publicitarias y eventos como una nueva Medellín, una "Ciudad para la Vida". En un sentido, esto no resulta sorprendente. El proceso de paz entre el Gobierno y las FARC que se estaba llevando a cabo en ese momento representaba una coyuntura crítica en la construcción de las relaciones entre los ciudadanos y el Estado, y era el trasfondo y la motivación parcial para los proyectos orientados hacia el posconflicto en Medellín y alrededor del país. Iniciativas como el Cinturón Verde fueron, en este sentido, no solo proyectos de infraestructura, sino también oportunidades para reconstruir las relaciones políticas y sociales.

Aunque se podría sostener que estas dinámicas son particulares al conflicto colombiano, Mauss de hecho sostiene que las reglas sociales alrededor de la deuda y la propiedad están esencialmente relacionadas con cuestiones sobre la guerra y la paz. La forma como decidimos aceptar y relacionarnos con los demás para alcanzar algo que se parezca a la paz, de acuerdo con Mauss, depende de las reglas sociales que creemos no solo alrededor del comercio —como lo hubiera sostenido Adam Smith en *La riqueza de las naciones* (1776)— sino también alrededor de otras formas de administrar las obligaciones sociales alrededor de las cosas, incluyendo todo, desde los regalos y el hurto hasta el contrato y el intercambio. En este sentido, examinar el funcionamiento de la deuda y la propiedad en lugares como Las Lomitas es una ventana para mirar las formas fundamentales de vida social que son ampliamente relevantes.

26 Holland, *Forbearance as Redistribution.*

propiedad sobre la tierra.indd 164 2/11/21 11:41 a.m.

REFERENCIAS

Alexander, Gregory S. *Commodity and Propriety: Competing Visions of Property in American Legal Thought, 1776-1970*. Chicago: University of Chicago Press, 1997.

Alexander, Gregory S. "The Social-Obligation Norm in American Property Law". *Cornell Law Review* 94, n.º 4 (2009): 745-819.

Blackstone, William. *Commentaries on the Laws of England*. 1765. http://avalon.law.yale.edu/subject_menus/blackstone.asp

Cohen, Morris R. "Property and Sovereignty". *Cornell Law Review* 13, n.º 1 (1927): 8-30.

De Soto, Hernando. *The Mystery of Capital: Why Capitalism Triumphs in the West and Fails Everywhere Else.* Nueva York: Basic Books, 2000.

Duncan, Gustavo y Adolfo Eslava, eds. *Territorio, crimen, comunidad: Heterogeneidad del homicidio en Medellín.* Medellín: Centro de Análisis Político - Universidad EAFIT, 2015.

Graeber, David. *Debt: The First 5,000 Years.* Nueva York: Melville House Publishing, 2011.

Grupo de Memoria Histórica. *La huella invisible de la guerra: Desplazamiento forzado en la Comuna 13.* Bogotá: Grupo de Memoria Histórica, 2011.

Hohfeld, Wesley Newcomb. "Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning" (1917). *Yale Law Journal* 8: 710-770.

Hohfeld, Wesley Newcomb. "Some Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning" (1913). *Yale Law Journal* 23, n.º 1: 16-59.

Holland, Alisha C. *Forbearance as Redistribution: The Politics of Informal Welfare in Latin America*. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.

Jaramillo, Pablo. "Deuda, desesperación y reparaciones inconclusas en La Guajira, Colombia". *Antípoda* 14, n.º 1 (2012): 41-65.

Mauss, Marcel. *The Gift: The Form and Reason for Exchange in Archaic Societies.* Londres: Routledge, 1990 [1925].

Peebles, Gustav. "The Anthropology of Credit and Debt". *Annual Review of Anthropology* 39 (2010): 225-240.

Peñalver, Eduardo M. "Land Virtues". *Cornell Law Review* 94, n.º 4 (2009): 821-888.

Sánchez, Luz Amparo. "El desplazamiento forzado intraurbano: negación del derecho a la ciudad". En *Poniendo tierra de por medio: Migración forzada de colombianos en Colombia, Ecuador y Canadá,* editado por Pilar Riaño y Marta Villa. Medellín: Corporación Región, 2008.

propiedad sobre la tierra.indd 165 2/11/21 11:41 a.m.

Singer, Joseph William. "Democratic Estates: Property Law in a Free and Democratic Society". *Cornell Law Review* 94, n.º 4 (2009): 1009-1962.

Singer, Joseph William. "Property as the Law of Democracy". *Duke Law Journal* 63 (2014): 1287-1335.

Smith, Adam. *The Wealth of Nations*. Londres: W. Strahan and T. Cadell, 1776.

Smith, Henry E. "Property as the Law of Things". *Harvard Law Review* 125 (2012): 1691-1726.

propiedad sobre la tierra.indd 166 2/11/21 11:41 a.m.

CAPÍTULO 7

EL ROL DE LOS ABOGADOS Y LAS ORGANIZACIONES DE DERECHOS HUMANOS EN LA EXIGIBILIDAD DEL DERECHO A LA PROPIEDAD SOBRE LA TIERRA[*,**]

Lina María Arroyave Velásquez

INTRODUCCIÓN

En Colombia, los conflictos por la tenencia y los usos de la tierra, aunados a las prácticas de despojo y su acumulación indebida, han sido los motores del conflicto armado[1]. Pese a los múltiples intentos de reformas en asuntos rurales que ha habido en el país para encontrar una salida a este conflicto, estas no han sido efectivas. Varios de dichos intentos de reforma han sido llamados *reformas agrarias* y, sin embargo, no han logrado uno de los objetivos típicos de estas: la transformación de la estructura social, económica y política del campo.

Considerando lo anterior, en Colombia, más que reformas agrarias, lo que se ha planteado son políticas de tierras encaminadas a asuntos económicos e institucionales relacionados con el uso de la tierra[2]. Estas políticas son la manera de hacer operativa una parte de una reforma agraria, no obstante, son de corto alcance y no logran una verdadera transformación en la sociedad, pues no combaten la desigualdad originada por las relaciones de poder sobre la tierra. Así, aunque una política de tierras se queda corta en lograr grandes transformaciones, no puede desconocerse su importancia, toda vez que van acompañadas de una serie de procedimientos jurídicos que buscan garantizar el acceso a la propiedad sobre la tierra.

* Para citar este capítulo: http://dx.doi.org/10.15425/2017.401

** El presente artículo es producto de la tesis "La profesión jurídica: abogados de derechos humanos y acceso a la tierra en Colombia", presentada por la autora en la Maestría en Derecho, énfasis en investigación, de la Universidad EAFIT (Medellín).

1 Centro Nacional de Memoria Histórica, *¡Basta ya! Colombia: memorias de guerra y dignidad* (Bogotá, 2013); Francisco Gutiérrez Sanín, *Nuestra guerra sin nombre: transformación del conflicto en Colombia*, editado por María Emma Wills y Gonzalo Sánchez Gómez (Bogotá: Norma, 2006); Alejandro Reyes Posada, *Guerreros y campesinos: el despojo de tierra en Colombia* (Bogotá: Norma, 2009).

2 Centro Nacional de Memoria Histórica, *¡Basta ya! Colombia,* 13-18.

propiedad sobre la tierra.indd 167 2/11/21 11:41 a.m.

Ahora bien, no solo el contenido de las políticas de tierras es determinante para que las transformaciones en materia de propiedad y redistribución de la tierra sean efectivas, también se requiere de la capacidad del Estado para implementar dichas políticas. La ineficacia del Estado, entonces, se ve reflejada en la poca efectividad que han tenido sus políticas agrarias, que aún no han logrado cumplir con ideales distributivos en términos de acceso a la tierra; por el contrario, el papel del Estado y la vocación de sus políticas públicas han contribuido a la concentración de la tierra en pocas personas, y no han garantizado que la tierra sea un factor productivo para la mayoría —en un país mayoritariamente rural—, y, en ese sentido, no se ha evitado el conflicto social en el campo. La presencia del Estado en el campo es determinante para solucionar los conflictos sociales que involucra la propiedad sobre la tierra; si el Estado no cuenta con la capacidad institucional, económica y el capital humano para implementar sus políticas es de esperarse que los conflictos sociales afloren y se recrudezcan. Los actores involucrados tienen dos alternativas para resolver estos conflictos: recurrir a la vía de hecho, que es lo que ha pasado en Colombia, o a la vía de derecho, a través de la judicialización de casos, ya sea que se tramiten en la jurisdicción ordinaria o sean casos tramitados con un enfoque de derechos humanos. Como, por ejemplo, los procesos de restitución de tierras.

Abordar los conflictos sociales a partir de marcos legales trae varios efectos en la manera de resolver los problemas sobre la tierra y la estructura de la propiedad rural. En primer término, la participación de los abogados en la forma de nombrar los problemas sociales, en este caso los conflictos sobre la propiedad rural, genera efectos en la distribución de servicios legales. En el caso de los abogados de derechos humanos, estos se orientan a nombrar, culpabilizar y avergonzar a los responsables de graves violaciones a los derechos humanos, en lugar de, exclusivamente, resolver un conflicto judicial entre las partes.

En segundo lugar, aproximarse a los problemas sobre la tierra con marcos legales diferentes, bien sea con el derecho civil o con los derechos humanos, hace una diferencia en cuanto a los términos de exigibilidad de los derechos; en el derecho civil, la exigibilidad tiene una dimensión jurídica, es decir, se busca la defensa de los derechos y la resolución de conflictos que surjan entre particulares por sus vínculos sobre las tierras, ya sea como propietarios, poseedores u ocupantes. Mientras que con el marco de los derechos humanos la exigibilidad de los derechos tiene una dimensión social, política y jurídica, en la que debe participar la sociedad civil.

En ese sentido, nombrar los conflictos por la tierra como asuntos de derecho civil o como asuntos de derechos humanos tiene efectos diferentes sobre cómo se mantiene o cambia la estructura de tenencia de la tierra.

propiedad sobre la tierra.indd 168 2/11/21 11:41 a.m.

Finalmente, el papel de los abogados en la adjudicación de los conflictos sobre la tierra también tiene impactos puntuales sobre cómo se mantiene o se cambia la estructura de la tenencia de la tierra. Así, si los abogados responden a intereses individuales, en contextos desiguales, la tendencia será la de perpetuar las inequidades. Pero si los abogados responden al interés público o, en este caso, a los derechos humanos, la tendencia será tener la posibilidad de alterar las dinámicas existentes de la tenencia de la tierra en Colombia[3].

El fracaso del Estado colombiano en la implementación de las políticas agrarias es atribuible a tres factores: la coexistencia de diferentes regímenes legales, la relación entre Estado y mercado y las limitaciones impuestas por las ideas sobre desarrollo económico[4]. Resulta entonces razonable analizar la manera en que los actores rurales han lidiado con esta ausencia estatal. El análisis que se propone no parte del conflicto social, sino de la adjudicación judicial, para estudiar, así, el rol de los abogados, por ser este el espacio donde actúan constantemente. Analizar el rol de los abogados, especialmente en la manera de nombrar y aproximarse a los problemas sociales y entender la relación que se produce entre los abogados, la población vulnerable y los servicios legales que estos ofrecen es determinante para comprender por qué se usan unas vías jurídicas y otras se descartan.

Para sustentar lo anterior, esta investigación se basa en las siguientes hipótesis empíricas que parten de la idea de un cambio en el encuadre legal (del derecho civil a los derechos humanos), para abordar los problemas de acceso y tenencia de la tierra motivados por el vínculo de estas relaciones con el conflicto armado. En primer lugar, en tanto el Estado ha sido ineficaz en la implementación de políticas agrarias que cumplan con ideales distributivos en términos de acceso a la tierra, no se ha logrado evitar la concentración en pocas cabezas y tampoco se ha logrado evitar el conflicto social en el campo, como se explicó anteriormente. Segundo, el rol de los abogados ha sido crucial en Colombia para determinar la manera de nombrar y exigir el acceso a la tierra; mientras que los abogados que se desempeñan en el marco legal del derecho civil tienden a llevar casos que perpetúan la estructura de tenencia desigual sobre la tierra, la labor de las organizaciones de derechos humanos en materia de conflictos agrarios, por el contrario,

3 Marc Galanter, "Why the Haves come out ahead: speculations on the limits of legal change", *Law and Society Review* 9, n.º 1 (1974): 165-230; David M. Trubek y Marc Galanter, "Scholars in Self-Estrangement: Some Reflections on the Crisis in Law and Development Studies in the United States", *Wisconsin Law Review* 1062 (1974); Yves Dezalay y Bryant Garth, "Dealing in Virtue. International Commercial Arbitration and the Construction of a Transnational Legal Order" (Chicago: University of Chicago Press).

4 Catalina Villegas del Castillo y Helena Alviar García, *La función social de la propiedad en las constituciones colombianas* (Bogotá: Ediciones Uniandes, 2012).

propiedad sobre la tierra.indd 169 2/11/21 11:41 a.m.

ha llevado a nombrarlos como temas de interés público y, así, a tener mayor potencial redistributivo, lo que significa menor concentración y desigualdad en la tenencia de la tierra.

En tercer lugar, en Colombia, el cambio de un marco legal a otro ha implicado la transformación de los conflictos judicializados de una perspectiva individual de derecho civil ordinario a unas perspectivas más amplias y a veces colectivas, usando marcos de derecho internacional humanitario (DIH) y derechos humanos (DDHH), que crean la posibilidad de acceder a la tierra como parte de los derechos a la verdad, la justicia y la reparación, en contextos de justicia transicional. Las organizaciones de la sociedad civil han sido motores y actores de dicho cambio, y la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras fue el detonante legal que dio la posibilidad de resolver conflictos agrarios a través de la judicialización, con enfoque de derechos humanos.

Así las cosas, este artículo busca contribuir al vacío que existe actualmente en la literatura respecto al tema del rol de los abogados en materia de exigibilidad del derecho a la propiedad sobre la tierra; el objetivo es analizar si los abogados y las ONG de derechos humanos han contribuido a un acceso más equitativo a la tierra en Colombia. Al analizar la organización y el funcionamiento de este campo de la profesión jurídica es posible rastrear los tipos de servicios y asistencia jurídica que se ofrecen a la población civil, en especial a los más vulnerables. Poner a la vista las prácticas de los abogados es importante porque sirve para develar su influencia, al momento de lograr cambios en las dinámicas para acceder a la tierra.

Este texto se divide en tres secciones. En la primera se caracteriza a las ONG y firmas de derecho civil para explicar el rol de sus abogados frente a la exigibilidad para acceder y formalizar la tierra. Asimismo, se analizan las rutas jurídicas que emplean unos y otros abogados y cómo esto afecta los derechos humanos de las comunidades étnicas y campesinas, es decir, si la profesión jurídica está contribuyendo o no a un cambio social y legal con relación a las dinámicas de poder que existen sobre la tierra rural. En la segunda sección se analizan y comparan la jurisprudencia de la jurisdicción ordinaria y de la jurisdicción de restitución de tierras. Esta comparación permite examinar críticamente las estrategias implementadas por abogados civilistas *versus* los abogados de derechos humanos. Finalmente, se proponen algunas conclusiones.

propiedad sobre la tierra.indd 170 2/11/21 11:41 a.m.

CARACTERIZACIÓN DE LAS ONG DE DERECHOS HUMANOS Y FIRMAS DE ABOGADOS DE DERECHO PRIVADO ESPECIALIZADAS EN MATERIA DE TIERRAS

Esta sección propone caracterizar a los actores de la sociedad civil organizada y a los abogados que emplean discursos de derecho civil y de derechos humanos. Adicionalmente, otro objetivo de esta sección es dar a conocer los tipos de casos que judicializan; asimismo, determinar los servicios legales que cada uno de estos actores ofrecen, y cómo sus acciones repercuten y tienden a reforzar o no la desigualdad de la tenencia de la tierra, en un contexto que, de por sí, es muy desigual.

Organizaciones de derechos humanos especializadas en la defensa del derecho a la tierra y los territorios

Desde una mirada global, el trabajo de las ONG de derechos humanos se enfoca desde dos perspectivas. Por un lado, estas organizaciones se han concentrado en defender, promover y proteger los derechos de las víctimas del conflicto armado, en medio de un proceso de justicia transicional, a la verdad, la justicia, garantías de no repetición y a la reparación, y es respecto a este último derecho, que el tema de tierras ha sido especialmente trabajado por las organizaciones, entendiendo que la restitución de tierras es el principal mecanismo extraordinario para reparar, y, en ese sentido, formalizar la tenencia de la tierra.

Si bien es cierto que las organizaciones le han dado un enfoque de derechos humanos a la defensa y protección de la tierra y el territorio, han dirigido su trabajo enfáticamente a la protección y reivindicación de los derechos de las víctimas del conflicto armado por una restitución de tierras transformadora. Por otro lado, las organizaciones de derechos humanos no se han involucrado con asuntos de derecho civil, como son los procedimientos posesorios, reivindicatorios, divisorios, etc., a través de los cuales se busca acceder y formalizar el derecho de propiedad; este sigue siendo un tema de competencia del derecho privado.

Las organizaciones de derechos humanos han abordado la defensa y protección del derecho a la tierra y el territorio desde los distintos ámbitos que propone su trabajo institucional, sin embargo, la finalidad de sus labores converge en la reivindicación de los derechos a la tierra y el territorio de las comunidades campesinas y étnicas. Asimismo, estos actores con sus acciones colectivas pretenden influir en el Estado, en las instituciones públicas y políticas en materia de tierras y territorios. Entre las actividades que desarrollan estas organizaciones se destacan

propiedad sobre la tierra.indd 171 2/11/21 11:41 a.m.

los programas de educación con enfoque de derechos humanos y la elaboración de investigaciones académicas, que ofrecen criterios para debates sobre política pública o académicos, y la construcción de litigios estratégicos ante instancias nacionales e internacionales. En ese sentido, las organizaciones, por medio de su trabajo, se proponen dar a conocer las problemáticas sociales de alto impacto con el propósito de encontrar soluciones integrales y transformadoras, frente a una problemática puntual. Asimismo, la labor de estas organizaciones se ha enfocado en la elaboración y presentación de informes sombra o paralelos ante organismos internacionales; estos informes ayudan a conocer el cumplimiento de instrumentos internacionales de derechos humanos, suscritos por el Estado colombiano. Dichos informes plantean las posiciones de las ONG frente a la situación de los derechos humanos en el país y confrontan las versiones oficiales.

Por otro lado, como consecuencia de las transformaciones del campo de los derechos humanos, se han creado redes colaborativas de trabajo, alianzas que pueden ser entre ONG nacionales —en esta categoría se encuentran las redes conformadas por ONG con una larga trayectoria en derechos humanos, generalmente localizadas en Bogotá y en algunas de las ciudades principales, como Medellín, Cali, Barranquilla y Bucaramanga—, y otras redes colaborativas como las mesas de incidencia política lideradas por distintos actores: las organizaciones de base, los procesos comunitarios o determinados sujetos que han visto que sus derechos han sido vulnerados históricamente. Estas mesas están lideradas por organizaciones que tiene una relación directa con la problemática agraria. Por otro lado, se encuentran las redes de trabajo internacionales, que cuentan con la participación de ONG nacionales y centros de educación superior. Un ejemplo de este tipo de redes es la International Land Coalition; las organizaciones colombianas que hacen parte de dicha red son el Departamento de Desarrollo Rural y Regional, la Facultad de Estudios Ambientales de la Universidad Javeriana de Colombia, la Red Nacional de Agricultura Familiar, el Centro de Investigación y Educación Popular (Cinep) y la Corporación Desarrollo Solidario. También existen redes colaborativas mixtas (organizaciones nacionales e internacionales). En esta categoría, por ejemplo, se encuentra la coalición de organizaciones conformada por Oxfam Colombia, el Cinep, Codhes, la CCJ, la Mesa de Incidencia Política de Mujeres Rurales Colombianas, la Cumbre Agraria, Campesina, Étnica y Popular, y Dignidad Agropecuaria. En general, estas redes de cabildeo son alianzas que se mantienen unidas en torno a discursos y valores comunes, en las que se requiere de la sinergia de las organizaciones para el intercambio de información, y servicios,

propiedad sobre la tierra.indd 172 2/11/21 11:41 a.m.

para lograr acciones conjuntas e incidir en las políticas en el ámbito nacional y en el contexto internacional[5].

Con respecto al tema de tierras en Colombia también está presente el trabajo conjunto y colaborativo entre diversos actores sociales (ONG internacionales, ONG nacionales, procesos comunitarios, organizaciones de base, etc.), que buscan, en un espacio de articulación entre estos sujetos, incidir en la construcción, seguimiento y exigibilidad del cumplimiento de políticas públicas y leyes, en materia de tierra y afines.

Firmas y abogados de derecho privado especializados en derecho de propiedad

El conflicto agrario en Colombia no solo es atribuible a causas estructurales o al deficiente diseño normativo e institucional que regula el derecho a la tierra y los territorios. La informalidad y precariedad en el campo colombiano, aunadas a la corrupción institucional, han sido factores aprovechados por diversos actores para lograr el despojo y acaparamiento masivo de tierras, especialmente en aquellas zonas periféricas del territorio nacional, donde la institucionalidad del Estado es precaria[6]. Frente a estos fenómenos de despojo y acaparamiento de tierras, el rol de los abogados ha sido determinante a la hora de diseñar e implementar estrategias jurídicas que permiten profundizar el conflicto agrario, y, en ese sentido, acrecentar la desigualdad en el campo.

En esta sección se caracterizan quince firmas de abogados a partir de cinco variables: ciudad en la que operan las firmas, nombre, tipo de oficina, áreas de práctica y características generales. Estas firmas fueron seleccionadas de acuerdo con su experiencia y conocimiento en derecho civil, concretamente en derecho inmobiliario, derecho comercial y el sector agroindustrial. La caracterización de estas quince oficinas permite suponer que en Colombia es posible encontrar, por lo menos, dos tipos de despachos. Por un lado, están las grandes firmas que tienen equipos jurídicos que oscilan entre los cien y ciento cincuenta abogados

5 Margaret E. Keck y Kathryn Sikkink, *Activist beyond Border. Advocacy Networks in International Politics* (Ithaca, Nueva York: Cornell University Press, 1998), 8.

6 Contraloría General de la República, *Acumulación irregular de predios baldíos en la altillanura colombiana* (Bogotá, 2014); Yamile Salinas Abdala, Paula Álvarez Roa, Karlijn Kuijpers y Mark van Dorp, *Reconquista y despojo en la altillanura. El caso Poligrow en Colombia* (Ámsterdam y Bogotá: SOMO, 2015); Yamile Salinas Abdala, Camilo González Posso, Karlijn Kuijpers y Mark van Dorp, *Petróleo: Acumulación de agua y tierras en la Altillanura. El caso Pacific: Multinacional-local en Colombia* (Ámsterdam y Bogotá: Indepaz y SOMO, 2016).

propiedad sobre la tierra.indd 173 2/11/21 11:41 a.m.

propiedad sobre la tierra.indd 174

Tabla 1. Categorías de ONG de acuerdo con el tipo de acción que desarrollan

Nombre ONG	Tipo de acción	Tipo de acción específica	Bases de datos o intervenciones
Consultoría para el desplazamiento y los derechos humanos (Codhes)	Levantamiento y sistematización de información	Sistematización de información sobre el desplazamiento forzado, sus causas estructurales y la respuesta del Estado.	Sistema de información sobre derechos humanos y desplazamiento.
Centro de Investigación y Educación Popular/ Programa por la paz (Cinep/PPP)		Sistematización de protestas y movilizaciones de los movimientos sociales; de información que da cuenta de las transformaciones temporales y territoriales del conflicto armado, los hechos de violencia, las lógicas y acciones militares, políticas y regionales de los diferentes actores armados en el país y sus dinámicas de poder sobre la tierra[7].	Sistema de información general: contiene un archivo digital de prensa, un banco de datos de derechos humanos y violencia política, una base de datos de actores armados y dinámicas del conflicto, una base de datos de luchas sociales y una base de datos de acciones colectivas por la paz, experiencias y procesos de paz (DataPaz).
Corporación Colombianas de Juristas (CCJ)	Litigio estratégico	Acompañamiento en la etapa judicial del proceso de restitución de tierras.	Apoyo en el Magdalena en cuanto a representación judicial en casos de singular importancia, en los municipios de Chibolo, Zona Bananera, Fundación, Pivijay, Ciénaga y Aracataca.
Corporación Jurídica Yira Castro (CJYC)			
Centro de Estudios para la Justicia Social Tierra Digna		Acciones jurídicas para proteger los territorios colectivos de las comunidades afrocolombianas afectadas por proyectos hidroeléctricos o extractivos que atentan contra los derechos de las comunidades.	Acompañamiento a las comunidades del Boquerón en el municipio de Curumaní, Cesar; Riosucio, Bagadó, Mutis (Bahía Solano), Nuquí, Quibdó, Chocó; Caldono, Cauca; y Gigante, Huila y San Luis, Cundinamarca.

7 Centro de Investigación y Educación Popular (Cinep/PPP), Informe de gestión anual (Bogotá: 2015).

2/11/21 11:41 a.m.

propiedad sobre la tierra.indd 175

Centro de Estudios de Derecho y Sociedad (Dejusticia)		Presenta demandas, intervenciones, coadyuvancias o *amicus curiae*, concretamente en materia de política de restitución de tierras, ante la Corte Constitucional de Colombia. Dejusticia realiza intervenciones de forma independiente o conjunta con otras organizaciones o por invitación de la Corte Constitucional.	Intervención en procesos de tutela sobre medidas de protección de tierras de desplazados[8]; intervención en demandas de inconstitucionalidad contra la LVRT[9]; intervención en demandas de inconstitucionalidad contra la expresión "exenta de culpa" del estándar probatorio de la buena fe, que es requisito para acceder a compensación económica[10]; e intervención en la demanda contra la Ley de Zonas de Interés de Desarrollo Rural, Económico y Social (Zidres)[11].
Cinep/PPP		El área de Movilización Social, Tierras y Territorios se ha enfocado en el rol de los movimientos sociales y en el análisis sobre los procesos de acceso y defensa de la tierra y el territorio.	Seguimiento y estudio a la LVRT a través del Observatorio de Restitución de Tierras del Cinep/PPP, "Tierra y Derechos". En este espacio se analizan y estudian las dinámicas de poder sobre la tenencia de la tierra, la presencia de grupos armados y sus enfrentamientos por el control territorial, así como las políticas y actuaciones del Estado que facilitaron y auspiciaron el despojo de tierras. Analiza también las dificultades y ausencia de garantías para el retorno de las víctimas reclamantes a los territorios[12].
Dejusticia		La línea de trabajo de justicia transicional ha promovido la defensa de los derechos de las víctimas a la verdad, la justicia, la reparación y la reconciliación, en consecuencia ha analizado los	Esta ONG reconoce los problemas de informalidad en las zonas rurales para acceder a la tierra y entender las dinámicas de poder que sobre ella recaen. Asimismo, en sus investigaciones se discute el problema de la tierra

8 Dejusticia, *Intervención en proceso de tutela sobre medidas de protección de tierras de desplazados* (Bogotá: 2010).
9 Dejusticia, *Intervención frente a la demanda de inconstitucionalidad contra la Ley de Víctimas* (Restitución de Tierras) (Bogotá: 2012).
10 Dejusticia, *Intervención en demanda de inconstitucionalidad contra la expresión "exenta de culpa" del estándar probatorio de la buena fe que es requisito para acceder a compensación económica* (Bogotá: Colombia 2016a).
11 Dejusticia, *Intervención en la demanda contra la Ley de Zonas de Interés de Desarrollo Rural, Económico y Social - Zidres* (Bogotá: 2016b).
12 Cinep/PPP, 2016, 9.

2/11/21 11:41 a.m.

propiedad sobre la tierra.indd 176

	Investigación académica	procesos de Justicia y Paz, la LVRT y el Acuerdo de Paz.	desde la perspectiva de la reparación, porque entienden que conflicto armado ha llegado a tal degradación que es necesario reparar a las víctimas con medidas de restitución de tierras, que a la vez ayuden a transformar su situación de vulnerabilidad[13].
Instituto de Estudios para el Desarrollo y la Paz (Indepaz)		Su labor investigativa se ha enfocado en el monitoreo del conflicto armado y sus transformaciones, la paraeconomía y la parapolítica. En materia de tierras, el área de Derechos Humanos y Empresas de la organización ha investigado los impactos ambientales y sociales de los proyectos extractivos y agroindustriales; y hace énfasis en el estudio del modelo de desarrollo rural del país y las implicaciones e impactos que este modelo de explotación está generando.	Seguimiento y estudio a la LVRT. Concretamente, su trabajo se ha caracterizado por mostrar las fallas que presenta el andamiaje de las políticas de tierras, desde el acceso, la formalización y la titulación de territorios a comunidades étnicas.
Instituto Latinoamericano para un Sociedad y un Derecho Alternativos (ILSA)		Esta ONG se ha especializado en el campo de la investigación sociojurídica/acción participativa, una investigación que no es estrictamente académica porque interactúa permanentemente con actores sociales que permitan enriquecer el debate. La finalidad del proceso investigativo de ILSA es la producción intelectual para potenciar el debate académico y cualificar las luchas de los movimientos sociales.	Su línea de investigación, territorio y nuevas conflictividades se ha enfocado en el seguimiento y estudio crítico de la política de restitución de tierras. Adicionalmente, se ha interesado en estudiar y documentar las dinámicas de poder sobre la tierra (por ejemplo, la concentración de tierra). Así como las herramientas políticas y jurídicas que permitan atacar problemas estructurales.

13 Aura Patricia Bolívar Jaime, Laura Gabriela Gutiérrez Baquero, Nelson Camilo Sánchez León y Rodrigo Uprimny Yepes, *Debates sobre la acción de restitución* (Bogotá: Ediciones Antropos, 2017); Nelson Camilo Sánchez León, *Tierra sin transición: Justicia transicional, restitución de tierras y política agraria en Colombia* (Bogotá: Ediciones Antropos, 2017); Aura Patricia Bolívar Jaime, Laura Gabriela Gutiérrez Baquero y Angie Paola Botero Giraldo, *La buena fe en la restitución de tierras* (Bogotá: Ediciones Antropos, 2017).

2/11/21 11:41 a.m.

propiedad sobre la tierra.indd 177

Instituto de Capacitación Popular (IPC)		Su trabajo investigativo se ha enfocado en la problemática de concentración de la tierra por parte de grupos armados en el departamento de Antioquia y también en la relación entre la implementación de políticas económicas basadas en un modelo agroindustrial y el despojo de tierras.	Este trabajo investigativo se ha desarrollado a través del Observatorio de Derechos Humanos y Paz (IPC) y en su línea de trabajo "Empresas y Derechos Humanos".
Organización Nacional Indígena de Colombia (ONIC)	Educación con enfoque en derechos humanos	Ambas son organizaciones que han direccionado su trabajo a la defensa de los derechos étnicos, culturales, territoriales, sociales, económicos y políticos de sus comunidades[14].	Frente al tema de la propiedad sobre la tierra, estas ONG han venido trabajando —cada una por su lado— con las organizaciones de base por el reconocimiento del derecho a la propiedad colectiva y a los procesos de restitución de tierras colectivas.
Proceso de Comunidades Negras (PCN)			
Dejusticia		Estas ONG también ofrecen programas de educación dirigidos a activistas de derechos humanos, sectores sociales excluidos, líderes de comunidades, entre otros; entienden que la educación es un proceso de construcción social que funciona para fortalecer a los actores sociales y la interlocución de estos con otros sujetos de la sociedad, y que, además, permite transformar las condiciones estructurales que profundizan la exclusión y desigualdad de ciertos sectores sociales. Adicionalmente, estos procesos de formación buscan fortalecer la democracia participativa e incentivar que estos actores asuman un papel activo dentro de esta.	
CCJ			
CCJAR			
Indepaz			
CJYC			
Tierra Digna			
IPC			
ILSA			

Fuente: elaboración propia a partir de informes y páginas web de las organizaciones mencionadas.

14 Flor Alba Romero Medina, *Los derechos humanos, organizaciones y redes en Colombia* (Bogotá: Asociación MINGA, Benposta, Cinep, Comisión Colombiana de Juristas y Programa Somos Defensores, 2008), 160.

2/11/21 11:41 a.m.

aproximadamente[15], y, por el otro lado, están las oficinas boutique, que tienden a ofrecer servicios altamente especializados[16].

En relación con las áreas de práctica de las firmas Brigard & Urrutia, Gómez-Pinzón, Posse Herrera Ruiz, Philippi Prietocarrizosa Ferrero DU & Uría, Lloreda, Camacho & Co, Pinilla González & Prieto, Esguerra Asesores, Dentos Cárdenas & Cárdenas, Contexto Legal (en Medellín) y Norton Rose Fulbright es pertinente resaltar que existe una relativa homogeneidad respecto a la denominación que les otorgan. En ese sentido, se encontró que en el área de derecho inmobiliario incluyen los servicios legales al sector agroindustrial. En el caso de las oficinas de Medellín, en sus áreas de práctica no ofrecen servicios legales enfocados al sector agroindustrial explícitamente, estas cuentan con áreas de práctica enfocadas en derecho inmobiliario y derecho civil, ofrecen asesorías legales y acompañamiento en procesos declarativos de pertenencia o procesos posesorios por prescripción adquisitiva de dominio, restitutivos, divisorios, reivindicatorios o de dominio, entre otros.

Son seis oficinas de abogados analizadas que se localizan en la ciudad de Medellín, y, de estas, Contexto Legal es la única que podría clasificar en la categoría de firma; pues, pese a que no tiene un equipo de más de cien abogados, cuenta con diecisiete áreas de práctica especializadas en distintos campos del derecho. Las oficinas Juan Luis & Fernando Moreno Quijano Abogados y Cuadro Legal parecieran clasificar como oficinas boutique, por su especialización en temas de derecho civil y comercial; no obstante, en el caso de AID Legal (Asesoría Integral en Derecho), Guerrero Abogados y Total Jurídica Abogados es difícil encasillar su trabajo como propio de oficina boutique, ya que sus servicios no solo incluyen derecho civil y comercial sino también derecho penal, laboral y público. Estas oficinas tienen una amplia oferta de servicios pero, por otro lado, sus equipos están conformados por menos de cinco abogados. Cabe la posibilidad, entonces, que este tipo de oficinas direccionen sus servicios legales más hacia las necesidades de las personas naturales, quienes no suelen ser demandantes frecuentes de asistencia legal, a diferencia de las empresas.

Por otro lado, las firmas y oficinas boutique de Bogotá han llevado a la hiperespecialización de sus profesionales, en tal magnitud que no solo tienen conocimiento y experiencia en una determinada área del derecho, sino que, adicionalmente, conocen los sectores a los que dirigen sus servicios: el mercado de capitales y

15 Chambers & Partners, 2014.

16 "Abogados se especializan de cara a la globalización de los negocios", *Dinero,* 20 de agosto del 2016; Manuel Gómez y Rogelio Pérez-Perdomo eds., *Big Law in Latin America and Spain: Globalization and Adjustments in the Provision of High-End Legal Services* (Cham, Suiza: Palgrave, 2017), 3.

propiedad sobre la tierra.indd 178 2/11/21 11:41 a.m.

servicios financieros, comercio exterior, energético, infraestructura, inmobiliario e industrias extractiva y agroindustria, al igual que Contexto Legal en Medellín. Lo anterior, en atención a la demanda de servicios legales cada vez más especializados que exige el mercado globalizado, especialmente por parte de clientes corporativos nacionales y transnacionales[17].

El problema con la sofisticación de los servicios legales radica en que esta puede llegar a ser peligrosa en tanto sea utilizada para aprovechar las zonas grises de la legalidad, conllevando, vale aclarar que no siempre, al abuso del derecho. Ejemplos de esto pueden observarse en el caso de Carguill y Riopaila, y en el caso de Timberland Holdings Limited y Wood Holdings Limited[18]. Estos casos sirven para ilustrar, por un lado, la problemática de acumulación de baldíos en la altillanura colombiana por parte de empresas[19] y también para analizar el rol de los abogados.

Las firmas Brigard & Urrutia y Contexto Legal fueron encargadas de asesorar a Riopaila y Cargill, y a Wood/Timberland Holdings Limited, respectivamente[20], en la adquisición de tierras en la altillanura colombiana. Los servicios y las asesorías legales ofrecidas por ambas firmas, aunados a los problemas de informalidad de la tierra y de legislación agraria, coadyuvaron al acaparamiento de tierras en dicha región. Las prácticas sugeridas por esta firmas fueron el abuso de figuras jurídicas como la creación de sociedades anónimas simplificadas (S.A.S); constitución de holdings empresariales y sociedades en países considerados como paraísos fiscales o con jurisdicciones favorables a inversiones extranjeras; y conformación de fiducias en entidades financieras, esto con el objetivo de desviar la atención de las instituciones encargadas del cuidado y protección de bienes baldíos, despojados y/o abandonados forzosamente[21]. Lo anterior muestra que quienes demandan con mayor frecuencia servicios legales, que en estos casos coinciden con los poseedores de la riqueza y el poder (las empresas), son quienes están dando las pautas a las firmas de abogados respecto del tipo de servicios que buscan para sus negocios, esto es, servicios legales especializados y sofisticados. Adicionalmente, estos actores poseen una compresión avanzada del funcionamiento del sistema por haber acudido a este con frecuencia, y a su vez cabildean para influenciar el

17 "Especialidades de los abogados colombianos por globalización", *Dinero*, 2016b; Gómez y Pérez-Perdomo, *Big Law in Latin America and Spain*.

18 Paula Álvarez, "Adquisición masiva de tierras. Multinacional estadounidense concentra tierras en Vichada: Caso Cargill" (Bogotá: 2013); Contraloría General de la República, *Acumulación irregular de predios baldíos*; Salinas, Álvarez, Kuijpers y Van Dorp, *Reconquista y despojo.*

19 Contraloría General de la República, *Acumulación irregular de predios baldíos.*

20 Álvarez, "Adquisición masiva de tierras"; Salinas, Álvarez, Kuijpers y Van Dorp, *Reconquista y despojo.*.

21 Salinas, Álvarez, Kuijpers y Van Dorp, *Reconquista y despojo,* 32-33.

propiedad sobre la tierra.indd 179 2/11/21 11:41 a.m.

cambio de las reglas para su beneficio, como consecuencia de su ventajosa posición. Mientras que, por otro lado, quienes demandan servicios legales esporádicamente, que en ocasiones son sujetos que no tienen recursos económicos para acceder a servicios de alta calidad, buscan resultados inmediatos. En ese sentido, en los procesos jurídicos de tierras con enfoque de derecho privado, el sistema trata a las partes enfrentadas como iguales sin tener en cuenta las dificultades que una de ellas tenga para enfrentar las barreras o sobrecargas que les impone el derecho privado y el sistema en sí mismo[22]; profundizando así las desigualdades entre los actores que se enfrentan en los litigios.

Perfil de los abogados especializados en derecho privado

Las sentencias de casación de la Corte Suprema de Justicia analizadas no aportaron información sobre los abogados que representaron a sus poderdantes en dichos procesos, lo que impide elaborar un perfil de los litigantes que intervinieron en estos procesos. Otra dificultad reposa en la posibilidad de que los abogados que tramitaron las demandas de casación ante la Corte Suprema de Justicia no necesariamente fueron los mismos que representaron a sus poderdantes en los procesos ordinarios de pertenencia.

Para poder ubicar quiénes son estos abogados solo es posible rastrearlos en los expedientes de los procesos localizados en cada uno de los juzgados de primera instancia, y para acceder a ellos es necesario solicitar a cada uno de los jueces su desarchivo, ya que no se cuenta con un sistema que permita revisar la jurisprudencia producida por jueces y magistrados de instancia. No obstante, aunque no fue posible revisar gran parte de los expedientes que conforman la muestra seleccionada, al menos se revisaron tres procesos localizados en dos juzgados civiles del circuito de Medellín y uno en el municipio de Itagüí, departamento de Antioquia. Se encontró que los abogados que tramitaron estos procesos son abogados egresados de universidades de alta calidad. Por otro lado, son profesionales que no trabajan para grandes firmas ni oficinas boutique, sino que parecieran ser profesionales independientes, circunstancia que dificulta aún más las posibilidades de rastrearlos. Este tipo de abogados suelen tener conocimiento en el área de derecho civil y pueden ofrecer servicios legales en estudio de títulos de bienes inmuebles, procesos de pertenencia y saneamiento de falsa tradición, procesos de deslinde y amojonamiento, acciones posesorias, entre otros. Finalmente, la cuantía de los procesos analizados, el área de los predios solicitados y la dificultad de

22 Galanter, "Why the Haves come out ahead".

propiedad sobre la tierra.indd 180 2/11/21 11:41 a.m.

los procesos, en este caso procesos de mayor cuantía, en los que las áreas solicitadas para adquirir por prescripción adquisitiva oscilaban entre dos y mil ochocientas hectáreas, superando en algunos casos las unidades agrícolas familiares (UAF), son datos que sirven para determinar cuáles sujetos tienen acceso a este tipo de servicios y asistencias legales, pues quienes tengan los recursos económicos podrán acceder a la justicia y en ese sentido garantizar sus derechos, o también, por el contrario, podrán acceder a estos servicios con el objetivo de distorsionar las leyes agrarias a partir del abuso del derecho. Lo anterior demuestra que no necesariamente las estrategias "jurídicas" empleadas para la acumulación indebida de baldíos ha provenido exclusivamente de prestigiosas firmas de abogados, es posible que también pequeñas oficinas o litigantes independientes hayan estado involucrados en este tipo de prácticas fraudulentas.

ANÁLISIS DE SENTENCIAS DE JURISDICCIÓN ORDINARIA Y LA JURISDICCIÓN DE RESTITUCIÓN DE TIERRAS

Antioquia ha sido uno de los departamentos de Colombia afectado por los conflictos por la tierra y los territorios[23]. Sus altos niveles de conflictividad y la concentración de la tierra[24] son problemáticas que han empezado a enfrentarse a través de los mecanismos y las herramientas de la política de restitución de tierras, con el objetivo de garantizar la recuperación de tierras y el retorno a las regiones de las víctimas de despojo y abandono forzado. Escoger las sentencias ordinarias y de restitución de tierras, en este contexto, configura un buen caso de estudio porque sirve para ilustrar si efectivamente la oferta de servicios legales, dependiendo del enfoque que se emplee, sea el de derecho civil o el de los derechos humanos, genera efectos distributivos diferentes en materia de acceso y tenencia de la tierra.

Jurisdicción ordinaria

En un contexto de conflicto armado y de desplazamiento forzado como el de Colombia llama la atención que la prescripción adquisitiva de dominio haya sido el mecanismo más empleado en las sentencias estudiadas para la formalización de

23 Juan José Moncada Carvajal, *Realidades del despojo de tierras: Retos para la paz en Colombia* (Medellín: Instituto Popular de Capacitación [IPC], 2011).

24 Departamento Nacional de Planeación, *El campo colombiano: un camino hacia el bienestar y la paz. Informe detallado de la Misión Rural para la Transformación del Campo* (Bogotá: 2015).

propiedad sobre la tierra.indd 181 2/11/21 11:41 a.m.

la propiedad agraria; dicen el IEPRI, la CNRR[25]; Reyes[26] y Peña Huertas *et al.*[27] que la prescripción, en contextos como el colombiano, se desfigura y sirve como mecanismo para adquirir predios abandonados y despojados forzosamente, y esto se facilita, aún más, por las modificaciones introducidas por la Ley 791 del 2002, que reduce los términos de prescripción en materia civil —la prescripción extraordinaria pasó de veinte a diez años, y la ordinaria de cinco a tres años—. En ese sentido, los asuntos de tierras rurales son regidos por normas de derecho privado y estas, en efecto, no buscan la redistribución de la tierra sino la protección de la propiedad privada, son normas cuyo objetivo no es cambiar la estructura de la tenencia de la tierra rural. Así pues, aplicar normas de derecho civil, cuyo enfoque es regular las relaciones privadas y los negocios entre sujetos en contextos normales, puede llegar a ser problemático a la hora de resolver controversias que involucren predios rurales dado el contexto de conflicto armado que rodea al campo colombiano.

Por otro lado, como muestra una investigación próxima a publicarse del grupo Derecho Constitucional y Derechos Humanos de la Universidad Nacional de Colombia[28], también ha habido abuso en la implementación de esta institución jurídica, pues, a través de procesos jurídicos de pertenencia por prescripción adquisitiva de dominio, entre 1991 y el 2015 se facilitó la formalización de predios que originalmente se concibieron como baldíos sin cumplir con los requisitos exigidos por la ley para su adjudicación. Esta práctica de adjudicación de baldíos a través de procesos de pertenencia también se hizo evidente en alguna de las sentencias que fueron analizadas para este proyecto de investigación, aunque en menor medida. Tanto sentencias de primera y segunda instancia fueron impugnadas por la Agencia Nacional de Tierras, antes Incoder, con el objetivo de recuperar las tierras baldías adjudicadas a particulares a través de la prescripción adquisitiva de dominio. Sin embargo, cabe anotar que esta no fue la regla general, la mayoría de los procesos que hacen parte de la muestra seleccionada versaron sobre predios rurales pertenecientes a particulares, dentro de los cuales, en

25 IEPRI y CNRR, *El despojo de tierras y territorios. Una aproximación conceptual* (Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2009).

26 Alejandro Reyes Posada, *Guerreros y campesinos: el despojo de tierra en Colombia* (Bogotá: Norma, 2009).

27 Rocío del Pilar Peña Huertas, María Mónica Parada Hernández y Santiago Zuleta Ríos, "La regulación agraria en Colombia o el eterno *déjà vu* hacia la concentración y el despojo: Un análisis de las normas jurídicas colombianas sobre el agro (1991-2010)", *Estudios Socio-Jurídicos* 16, n.º 1 (2014): 121-164.

28 Diana Isabel Güiza, Ana Jimena Bautista, Isabel Saffon Sanín, Andrés Fuerte Posada y Alejandro Rodríguez Llach, "Mano Siervo, ¡se nos fugan los baldíos!", *La Silla Vacía*, 9 de octubre del 2018.

propiedad sobre la tierra.indd 182 2/11/21 11:41 a.m.

principio, cabía la posibilidad de formalizar la propiedad sobre la tierra a través de este proceso ordinario.

Frente a estos casos de formalización de baldíos, a través de procesos de pertenencia por prescripción adquisitiva, llama la atención que en las sentencias de primera o de segunda instancia se hayan acogido las pretensiones de prescripción adquisitiva de dominio pasando por alto la ausencia de registro de las tierras pretendidas, ya que este es un indicio que debería ser tenido en cuenta al momento de analizar el material probatorio allegado en dichos procesos; sin embargo, el problema es más complejo aún puesto que en Colombia no se cuenta con un catastro actualizado que muestre el inventario de los predios baldíos de la nación. No obstante, la Corte Suprema de Justicia determinó que ha habido una errónea interpretación de la presunción del artículo 1.° de la Ley 200 de 1936, que establece que "se presume que no son baldíos sino de propiedad privada, los inmuebles rurales que siendo poseídos por particulares, son explotados económicamente por medios positivos propios del dueño…", puesto que, sostiene la Corte, esta presunción solo es aplicable para demostrar la buena fe del colono al momento de solicitar la adjudicación[29]. Esto partiendo de que la Ley 160 de 1994 estableció un régimen distinto al de la Ley 200 de 1936, que presumía la propiedad privada de los predios rurales debido a su explotación económica. Así, con la Ley 160 y el Decreto 2663 de 1994 no basta con que exista una explotación económica, sino que el particular debe acreditar su derecho de dominio[30]. Lo anterior significa que el artículo 1.° de la Ley 200 de 1936 no otorga la condición de poseedor solo por el hecho de explotar económicamente un bien baldío, sino que apenas es una mera expectativa de que, si cumple con los requisitos de la Ley 160, podrá ser sujeto de adjudicación administrativa.

En ese orden de ideas es preocupante que, ya sea por desconocimiento de la ley y/o del precedente jurídico por parte de los operarios jurídicos, o por fraudes cometidos por abogados y sus representados en complicidad de jueces y funcionarios administrativos, se presenten prácticas jurídicas que ocasionan un detrimento al patrimonio de la nación. Así pues, perder el derecho real de propiedad sobre predios agrarios por el simple paso del tiempo, estando en medio de un conflicto armado sin resolver; aunado a los altos niveles de informalidad que caracteriza al campo colombiano, hace que se profundicen las desigualdades en materia de acceso y tenencia de la tierra para los campesinos y los grupos étnicos.

29 Corte Suprema de Justicia, Sentencia STC15887 del 2017.
30 *Ibidem.*

propiedad sobre la tierra.indd 183 2/11/21 11:41 a.m.

Jurisdicción de restitución de tierras

A diferencia de las sentencias de la jurisdicción ordinaria, las sentencias de restitución de tierras incluyen un análisis del contexto de violencia general y especial de la región donde se localiza el bien objeto de litigio. Dicho contexto sirve para dar a conocer la situación del orden público al momento en que se cometieron las graves violaciones de los derechos contra la población civil de una determinada región. Por otro lado, también sirve para determinar cuáles grupos armados tuvieron presencia en el territorio para su control y sus responsabilidades con relación a la comisión de delitos de lesa humanidad.

Respecto a la estructura de tenencia de la tierra, la informalidad de las relaciones con la tierra en el campo colombiano presenta una situación compleja por la deficiencia en la información legal, la dificultad en las transacciones, los elevados costos de estas, etc., lo que ha generado una subcultura de informalidad. En ese sentido, la informalidad de los derechos de propiedad ha sido uno de los factores que han facilitado el despojo y la concentración de la tierra. Sin embargo, la informalidad en la tenencia de la tierra no puede ser un factor que juegue en contra de las víctimas de desplazamiento forzado, sería desproporcional si la justicia exigiera a las víctimas documentos formales toda vez que hay un reconocimiento de la existencia del fenómeno del desplazamiento forzado, el cual se asocia directamente con el despojo y abandono de tierras; exigir lo contrario iría en contra de principios internacionales recogidos en el bloque de constitucionalidad, la ley nacional y el desarrollo jurisprudencial. En la jurisdicción de tierras, cuando efectivamente un solicitante tiene la calidad de víctima del conflicto armado es porque ha pasado por un estado de vulnerabilidad y debilidad manifiesta al haber sufrido individual o colectivamente el despojo o abandono forzado de tierras en el marco del conflicto armado. En razón a esto, la Ley 1448 del 2011, artículo 77, contempló presunciones legales y de derecho para corregir la desigualdad procesal de la parte débil en el litigio, teniendo en cuenta la grave violación sistemática y permanente de los derechos humanos de las víctimas del conflicto armado.

Ahora bien, aunque la política de restitución y formalización de tierras busca reparar a las víctimas de desplazamiento forzado —y sus consecuencias, el despojo y el abandono forzado—, dicha política se queda corta al momento de atacar los problemas estructurales que perpetúan las dinámicas de concentración de la tierra, como se ha sostenido a lo largo de este texto. Acá lo importante, entonces, es entender que esta política, pese a las críticas que se le puedan hacer, es solo una política pública encaminada a aliviar las barreras de formalización de la tierra para una población determinada, las víctimas de despojo o abandono forzado con ocasión del conflicto armado. En ese sentido, esta política debe entenderse como

propiedad sobre la tierra.indd 184 2/11/21 11:41 a.m.

un medio para alcanzar un fin común, que es garantizar una reforma rural que permita el acceso, saneamiento y formalización de toda la población campesina; es decir, que trascienda las víctimas del conflicto armado, porque hay quienes sin haber sido víctimas hoy sufren la consecuencias de la informalidad del campo colombiano respecto a los derechos de propiedad sobre la tierra.

CONCLUSIONES

En este artículo se pretendió analizar y comparar los servicios legales y las practicas jurídicas tanto de los abogados de derecho privado como de las organizaciones de la sociedad civil que enfocan su trabajo en el acceso y la formalización de la tierra. Así como los marcos legales que emplea cada uno de estos actores, sea el derecho privado o los derechos humanos, para enfocar los procesos de exigibilidad del derecho de propiedad sobre la tierra.

El estudio empírico que se presentó tuvo dos objetivos: primero, entender que el derecho a la tierra se convirtió en un asunto de interés público a partir del reconocimiento que hizo la Corte Constitucional respecto al desplazamiento forzado como problemática que subyace al conflicto armado, pues dentro de sus consecuencias se relacionan los problemas de despojo y abandono forzado de las tierras y los territorios: y, segundo, mostrar que la forma de nombrar los conflictos sobre la tierra en Colombia ha cambiado, dando paso al uso del discurso de los derechos humanos y, con ello, al uso de otras formas de judicialización.

Frente a las firmas y los abogados enfocados en el derecho pivado, y las organizaciones de derechos humanos cuyo trabajo se direcciona hacia la exigibilidad del derecho de propiedad sobre la tierra, se planteó que las organizaciones que se enfocan en prestar asistencia y servicios legales en materia de tierras lo han hecho, especialmente, desde el reconocimiento del derecho que tienen las víctimas del despojo y del abandono forzado a recuperar sus tierras, en el marco de los derechos humanos. Mientras que los abogados civilistas lo abordan específicamente desde el marco legal del derecho privado, y aunque las ONG de derechos humanos reconocen el alto grado de informalidad del campo, así como sus causas —el diseño normativo e institucional en materia agraria, la ausencia de voluntad del Estado para desarrollar e implementar políticas públicas, que reviertan y prevengan situaciones que profundizan las inequidades para acceder a la tierra, entre otras—, lo cierto es que las ONG tampoco han profundizado en otros aspectos del conflicto agrario, como, por ejemplo, en los derechos de ciertos sectores poblacionales que, sin ser víctimas del conflicto armado, históricamente se han

propiedad sobre la tierra.indd 185 2/11/21 11:41 a.m.

caracterizado por la precariedad y dificultad para acceder, sanear o formalizar la propiedad agraria, esto como consecuencia de la informalidad del campo y la ausencia de la institucionalidad en las regiones. Esta problemática se ha dejado para ser resuelta por normas, instituciones normativas y actores de derecho privado (firmas de abogados, oficinas boutique o abogados litigantes independientes). Esto no permite dar cuenta del contexto al que se enfrentan estos otros sujetos para resolver problemáticas que surgen por el acceso, saneamiento y formalización de la propiedad. En ese sentido, esto es cuestionable porque, en contextos de conflicto armado interno, pretender cambiar una situación de inequidades mediante normas de derecho civil que se emplean para regular relaciones privadas y negocios en contextos de normalidad no sirve para cambiar las dinámicas de poder que sobre la tierra rural siguen existiendo.

Lo anterior puede sustentarse en los diferentes tipos de casos que llegan a la jurisdicción ordinaria y de restitución de tierras. A la jurisdicción ordinaria pareciera, entonces, que, en primer lugar, llegaran sujetos que cuentan con los recursos económicos para acceder a servicios legales y asistencia jurídica de alta calidad. Entre esos sujetos están las empresas o conglomerados empresariales nacionales y transnacionales. Son actores que se caracterizan por emplear con mayor frecuencia los tribunales para presentar y defender demandas; adicionalmente, poseen una compresión avanzada del funcionamiento del sistema por haber acudido a él con frecuencia; además cabildean para influenciar en el cambio de las reglas para su beneficio en casos posteriores[31]. Pero asimismo se evidencia que las personas naturales también acuden ante los tribunales para resolver litigios en torno a la formalización y saneamiento de la tenencia de la propiedad agraria. Sin embargo, la oferta de servicios legales que suelen demandar las persona naturales parecieran ser proveídos por abogados independientes y oficinas pequeñas, ya que las grandes firmas tienden a ofrecer sus servicios a empresas y corporaciones de diversos sectores económicos, tanto nacionales como internacionales.

En ese orden de ideas, esto sugiere que quienes tengan los recursos económicos para contratar servicios legales de alta calidad aumentan sus posibilidades para escalar sus litigios al sistema jurídico; mientras que quienes no cuenten con los recursos tienen posibilidades casi nulas para escalar sus demandas ante el sistema. Por otro lado, la implementación del marco de derecho privado no necesariamente implica que se mejoren las dinámicas de poder sobre la tierra, también es factible que tiendan a profundizarlas. Así pues, el hecho que existan servicios legales y asistencia técnica de alta calidad no garantiza que se mejoren

31 Galanter, "Why the Haves come out ahead".

propiedad sobre la tierra.indd 186 2/11/21 11:41 a.m.

las condiciones de los desposeídos, por el contrario, es posible que se profundicen esas desigualdades entre los actores del litigio.

Ahora bien, la situación cambia en la jurisdicción de restitución de tierras. Esta jurisdicción basada en un marco de justicia transicional pone en el centro a las víctimas del conflicto armado y sus derechos a la verdad, la justicia, la reparación y las garantías de no repetición. El papel de las ONG de derechos humanos en materia de restitución de tierras ha sido muy activo, pese a que no tienen legitimidad para representar a las partes en los procesos de restitución, a excepción de la Comisión Colombiana de Juristas y la Corporación Jurídica Yira Castro. No obstante, su rol se ha destacado en el seguimiento de la implementación de dicha política pública y en reconocer que, si bien es cierto que esta política ha servido para corregir parte del conflicto por la tierra, no puede ser entendida como un fin en sí mismo, y en ese sentido conciben que ha sido un medio que permite avanzar en el reconocimiento de los derechos de las víctimas, siendo este un punto fundamental, pero no el único objetivo que se debe perseguir respecto al conflicto agrario[32], porque está política se queda corta al momento de atacar el problema estructural de distribución de la tierra y la inequidad en el campo. Lo anterior muestra que los procesos de otro tipo, en este caso los procesos de restitución de tierras, que se encuentran anclados en los derechos humanos, tienden a contrarrestar la inequidad en la tenencia de la tierra.

REFERENCIAS

"Abogados se especializan de cara a la globalización de los negocios". *Dinero,* 21 de agosto del 2016. https://www.semana.com/edicion-impresa/caratula/articulo/especialidades-de-los-abogados-colombianos-por-globalizacion/225895/

Álvarez, Paula. "Adquisición masiva de tierras. Multinacional estadounidense concentra tierras en Vichada: Caso Cargill". Bogotá: 2013. http://www.indepaz.org.co/wp-content/uploads/2013/06/CARGILL.pdf.

Arias Castillo, Wilson. "Informe sobre acumulación de tierras con antecedentes de baldíos apropiados por grandes inversionistas nacionales y lavado de activos (Departamentos de Meta y Vichada)". Bogotá, 2013.

Bolívar Jaime, Aura Patricia, Laura Gabriela Gutiérrez Baquero, Nelson Camilo Sánchez León y Rodrigo Uprimny Yepes. *Debates sobre la acción de*

32 Bolívar, Gutiérrez, Sánchez y Uprimny, *Debates sobre la acción de restitución,* 2017.

propiedad sobre la tierra.indd 187 2/11/21 11:41 a.m.

restitución. Bogotá: Ediciones Antropos, 2017. https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/07/DEBATES-ACC-RES-WEB.pdf?x54537.

Bolívar Jaime, Aura Patricia, Laura Gabriela Gutiérrez Baquero y Angie Paola Botero Giraldo. *La buena fe en la restitución de tierras*. Bogotá: Ediciones Antropos, 2017. https://www.dejusticia.org/publication/la-buena-fe-en-la-restitucion-de-tierras/

Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (Dejusticia). *Intervención en proceso de tutela sobre medidas de protección de tierras de desplazados*. Bogotá: 2010. https://www.dejusticia.org/litigation/intervencion-en-proceso-de-tutela-sobre-medidas-de-proteccion-de-tierras-de-desplazados/

Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (Dejusticia). *Intervención en demanda de inconstitucionalidad contra la expresión "exenta de culpa" del estándar probatorio de la buena fe que es requisito para acceder a compensación económica.* Bogotá: 2016a. https://www.dejusticia.org/litigation/intervencion-en-demanda-de-inconstitucionalidad-contra-la-expresion-exenta-de-culpa-del-estandar-probatorio-de-la-buena-fe-que-es-requisito-para-acceder-a-compensacion-economica/

Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (Dejusticia). *Intervención en la demanda contra la Ley de Zonas de Interés de Desarrollo Rural, Económico y Social (Zidres)*. Bogotá: 2016b. https://www.dejusticia.org/litigation/intervencion-en-la-demanda-contra-la-ley-de-zonas-de-interes-de-desarrollo-rural-economico-y-social-zidres/

Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad (Dejusticia). *Intervención frente a la demanda de inconstitucionalidad contra la ley de víctimas (Restitución de tierras).* Bogotá: 2012. https://www.dejusticia.org/litigation/intervencion-frente-a-la-demanda-de-inconstitucionalidad-contra-la-ley-de-victimas-restitucion-de-tierras/

Centro de Investigación y Educación Popular (Cinep/PPP). *Informe de gestión anual (2015*). Bogotá, 2015.

Centro Nacional de Memoria Histórica. *¡Basta ya! Colombia: memorias de guerra y dignidad*. Bogotá: 2013.

Contraloría General de la República. *Acumulación irregular de predios baldíos en la altillanura colombiana.* Bogotá: 2014. https://www.contraloria.gov.co/documents/20181/703164/Inf_Baldios_pub2017.pdf/fc83b206-c806-414e-a253-6bf355b01ccf

Departamento Nacional de Planeación. *El campo colombiano: un camino hacia el bienestar y la paz. Informe detallado de la Misión rural para la transformación del campo.* Tomo I. Bogotá: 2015.

propiedad sobre la tierra.indd 188 2/11/21 11:41 a.m.

Galanter, Marc. "Why the Haves come out ahead: speculations on the limits of legal change". *Law and Society Review* 9, n.º 1 (1974): 165-230. http://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/MFG_MA_11419.pdf.

Gaviria Betancur, Paula y Laura Gil Savastano. "La agenda de las víctimas en el Congreso 2007-2009. Aprendizaje para la incidencia desde la sociedad civil". Bogotá: 2010. http://www.proyectossocialesdirectos.org/phocadownload/publicaciones/agenda_victimas_congreso.pdf.

Gómez, Manuel y Rogelio Pérez-Perdomo, eds. *Big Law in Latin America and Spain: Globalization and Adjustments in the Provision of High-End Legal Services*. Cham, Suiza: Palgrave, 2017. https://doi.org/10.1007/978-3-319-65403-4.

Güiza, Diana Isabel, Ana Jimena Bautista, Isabel Saffón Sanín, Andrés Fuerte Posada y Alejandro Rodríguez Llach. "Mano Siervo, ¡se nos fugan los baldíos!". *La Silla Vacía*, 9 de octubre del 2018. https://lasillavacia.com/silla-llena/red-rural/historia/mano-siervo-se-nos-fugan-los-baldios-68319.

Gutiérrez Sanín, Francisco (coord. acad.). *Nuestra guerra sin nombre: transformación del conflicto en Colombia*, editado por María Emma Wills y Gonzalo Sánchez Gómez. Bogotá: Norma, 2006.

IEPRI, CNRR. *El despojo de tierras y territorios. Una aproximación conceptual*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2009.

Keck, Margaret E. y Kathryn Sikkink. *Activist Beyond Border. Advocacy Networks in International Politics*. Ithaca, Nueva York: Cornell University Press, 1998.

Moncada Carvajal, Juan José (comp.). *Realidades del despojo de tierras: Retos para la paz en Colombia.* Medellín: Instituto Popular de Capacitación (IPC), 2011. https://doi.org/10.1002/pen.23948.

Moreno Barreto, Juan David. "Las maniobras que habrían usado particulares para apoderarse de baldíos". *Colombia 2020*, 1.º de octubre del 2018. https://colombia2020.elespectador.com/pais/las-maniobras-que-habrian-usado-particulares-para-apoderarse-de-baldios.

Peña Huertas, Rocío del Pilar, María Mónica Parada Hernández y Santiago Zuleta Ríos. "La regulación agraria en Colombia o el eterno déjà vu hacia la concentración y el despojo: Un análisis de las normas jurídicas colombianas sobre el agro (1991-2010)". *Estudios Socio-Jurídicos* 16, n.º 1 (2014): 121-164. https://doi.org/10.12804/esj16.1.2014.03.

Reyes Posada, Alejandro. *Guerreros y campesinos: el despojo de tierra en Colombia*. Bogotá: Norma, 2009.

propiedad sobre la tierra.indd 189 2/11/21 11:41 a.m.

Romero, Flor Alba. "Los derechos humanos, organizaciones y redes en Colombia". En *Defender y proteger la vida. La acción de los defensores de Derechos Humanos,* 153-174. Bogotá: Asociación MINGA, Benposta, Cinep, Comisión Colombiana de Juristas y Programa Somos Defensores, 2008. http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/Colombia/cinep/20100915103344/defenderyproteg erlavida.pdf

Trubek, David M. y Marc Galanter. "Scholars in Self-Estrangement: Some Reflections on the Crisis in Law and Development Studies in the United States". *Wisconsin Law Review* 1062 (1974). https://heinonline.org/HOL/Page?handle=hein.journals/wlr1974&id=1074&div=&collection=.

Salinas Abdala, Yamile, Paula Álvarez Roa, Karlijn Kuijpers y Mark van Dorp. *Reconquista y despojo en la altillanura. El caso Poligrow en Colombia*. Ámsterdam y Bogotá: SOMO, 2015.

Salinas Abdala Yamile, Camilo González Posso, Karlijn Kuijpers y Mark van Dorp. *Petróleo: acumulación de agua y tierras en la altillanura. El caso Pacific: Multinacional-local en Colombia.* Ámsterdam y Bogotá: SOMO, 2016.

Sánchez León, Nelson Camilo. *Tierra sin transición: Justicia transicional, restitución de tierras y política agraria en Colombia*. Bogotá: Ediciones Antropos, 2017. https://www.dejusticia.org/wp-content/uploads/2017/10/Tierra-en-transición-Versión-PDF-para-WEB.pdf?x54537.

Villegas del Castillo, Catalina y Helena Alviar García. *La función social de la propiedad en las constituciones colombianas*. Bogotá: Ediciones Uniandes, 2012.

propiedad sobre la tierra.indd 190 2/11/21 11:41 a.m.

CAPÍTULO 8

EL DESPOJO DE TIERRAS EN COLOMBIA: ¿UN CICLO INTERMINABLE?[*,**]

María Paula Saffon Sanín[***]

La debilidad de los derechos sobre la tierra de la población rural en Colombia es reconocida ampliamente como causa de su vulnerabilidad especial frente a la violencia. A pesar de las enormes discrepancias existentes entre el Gobierno del expresidente Juan Manuel Santos y el grupo guerrillero FARC-EP, en el Acuerdo de Paz firmado en el 2016, ambas partes llegaron a la conclusión de que, para poner fin al conflicto armado, era fundamental garantizar el acceso progresivo de la población campesina a la tierra, formalizar sus derechos mediante títulos formales de propiedad y protegerlos contra despojos futuros a través de restricciones temporales a la alienación de tierras y de apoyos económicos y técnicos a la producción[1].

* Para citar este capítulo: http://dx.doi.org/10.15425/2017.402

** Este ensayo resume algunos de los argumentos y hallazgos de tres trabajos recientes, aún en proceso de revisión para publicación: mi manuscrito de libro sobre historia comparada del conflicto rural en América Latina, titulado "When Theft becomes Grievance: The Violation of Land Rights as a Cause of Land Reform Claims in Latin America"; un artículo bajo revisión en coautoría con Fabio Sánchez, titulado "Historical grievances and war dynamics: Old land conflicts as a cause of current forced displacements in Colombia" (en proceso de revisión); y un capítulo de libro titulado "The Colombian Peace Agreement: A Lost Opportunity for Social Transformation?", en Nancy Doubleday, Jorge Fabra-Zamora y Andrés Molina-Ochoa (eds*.), The Colombian Peace Process. A Multidisciplinary Assessment,* https://www.routledge.com/The-Colombian-Peace-Agreement-A-Multidisciplinary-Assessment/Fabra-Zamora-Molina-Ochoa-Doubleday/p/book/9780367528812)

*** Agradezco los pertinentes comentarios de Aura Patricia Bolívar Jaime y Diana Isabel Guiza Gómez.

1 Véase el punto 1 del *Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera,* sobre "Desarrollo rural integral", versión del 24 de noviembre del 2016. A pesar del acuerdo sobre este punto, las partes mantuvieron (y dejaron de manifiesto en el prefacio del Acuerdo, p. 3) una discrepancia sobre la relación entre el problema de la propiedad de la tierra y el conflicto armado en Colombia: mientras que para las FARC-EP el primero explica el origen del segundo (la guerrilla de las FARC surgió en buena medida por las injusticias en la distribución de la tierra y la incapacidad o falta de voluntad del Estado para resolverlas a través de una reforma agraria adecuada), para el Gobierno de Santos el problema de la propiedad de la tierra había facilitado la perpetuación del conflicto armado. En ambas versiones, sin embargo, la debilidad de los derechos de propiedad del campesinado es considerada un factor clave de vulnerabilidad frente al despojo (o bien solo durante el conflicto, o bien antes y como causa de este).

propiedad sobre la tierra.indd 191 2/11/21 11:41 a.m.

La apropiación de tierras ha sido un objetivo central en las últimas décadas del conflicto armado colombiano[2]. El control territorial otorga a los actores armados no solo ventajas militares, sino que les permite establecer mecanismos de gobernanza política sobre la población civil[3], así como dirigir o regular la explotación económica de la tierra[4]. Con mucha frecuencia, la apropiación ha tenido como blanco tierras previamente ocupadas y, por consiguiente, el desplazamiento forzado y el despojo de sus ocupantes. Se calcula que más de cinco millones de hectáreas (10 % de la superficie económicamente explotable de tierra) han sido abandonadas o transferidas bajo coerción por población que ha tenido que huir de la violencia durante las últimas tres décadas del conflicto armado[5]. Además, se estima que más de la mitad de las personas desplazadas forzosamente en el marco del conflicto armado —que ya superan los siete millones, es decir, alrededor de un 15 % de la población total del país y la mitad de la población rural actual[6]— eran poseedoras de las tierras que les fueron arrebatadas o que se vieron obligadas a abandonar[7].

El despojo masivo de tierras se explica no solo por su valor estratégico sino también por la débil protección *de jure* y *de facto* de los derechos de quienes las ocupan[8]. En pleno siglo XXI, el Estado colombiano no cuenta aún con un sistema

2 Existe un acuerdo amplio en que el origen de la etapa contemporánea del conflicto colombiano se dio en los años ochenta, pues fue en esa década cuando empezó a verse atravesado por el narcotráfico y los grupos paramilitares de derecha. Sin embargo, muchos analistas encuentran en décadas anteriores el origen de este conflicto (o bien en los años sesenta, cuando se crearon los grupos guerrilleros, o bien en la época de la Violencia partidaria de los años cincuenta).

3 Abbey Steele, "Seeking Safety: Avoiding Displacement and Choosing Destinations in Civil Wars", *Journal of Peace Research* 46, n.º 3 (2009); Ana Arjona, "Social Order in Civil War" (disertación de PhD, Yale University, 2010); Ana Arjona, *Rebelocracy. Social Order in the Colombian Civil War* (Nueva York: Cambridge University Press, 2016); Laia Balcells y Abbey Steele, "Warfare, Political Identities, and Displacement in Spain and Colombia", *Political Geography* 51 (2016).

4 Los grupos armados dirigen, regulan o cobran impuestos sobre la explotación económica de la tierra a través de cultivos ilícitos de drogas, minería ilegal y extracción de otros recursos naturales. La adquisición de tierras también ha sido usada para lavar dinero. Martha Bello, "El desplazamiento forzado en Colombia: acumulación y exclusión", *Programa andino de derechos humanos. Globalización, migración y derechos humanos,* 2004; Gustavo Duncan, *Los señores de la guerra. De paramilitares, mafiosos y autodefensas en Colombia* (Bogotá: Editorial Planeta, 2006).

5 Ana María Ibáñez, "Forced Displacement in Colombia: Magnitude and Causes", *The Economics of Peace and Security Journal* 4, n.º 1 (2009).

6 Cálculos hechos con base en los datos preliminares del Censo del 2018, que arrojan una población total de 45,5 millones de habitantes, de los cuales el 22 %, aproximadamente, vive en zonas rurales (incluyendo centros poblados y rural disperso).

7 CSPPDF, *El reto ante la tragedia humanitaria del desplazamiento forzado: reparar de manera integral el despojo de tierras y bienes* (Bogotá: CSSPPDF, 2009).

8 En mi manuscrito de libro (capítulo 2) clasifico la protección de los derechos sobre la tierra como más o menos fuerte según tres criterios: (1) el nivel de protección *de iure,* que está definido por la certeza e incondicionalidad del derecho y que hace que el derecho de propiedad sea más fuerte que el derecho de posesión, y a su turno que este lo sea más que el de tenencia u ocupación; (2) el grado en el cual la protección *de iure* facilita la acción colectiva de los titulares del derecho y que hace que los derechos colectivos sean más fuertes que los individuales; y (3) el nivel de ejercicio de los derechos en la práctica, que permite que sus titulares los disfruten sin violación o que obtengan

propiedad sobre la tierra.indd 192 2/11/21 11:41 a.m.

único y actualizado de catastro ni de ordenamiento territorial capaz de dar información cierta acerca de los derechos sobre la tierra ni sobre sus usos[9]. De lo poco que se sabe, es claro que la inmensa mayoría de tierras con derechos formales de propiedad —es decir, con títulos registrados— se encuentra concentrada en una raquítica minoría de personas, que en muchos casos no la explotan productivamente[10]. Algunos de los títulos existentes han sido obtenidos irregularmente sobre tierras públicas, pues su adjudicación nunca se dio o no estaba permitida[11]. Por otra parte, la mayor parte de la población campesina que ocupa o ha ocupado tierras tiene sobre ellas derechos de propiedad imperfectos —por ejemplo, títulos no registrados— o derechos de posesión o de mera ocupación. Esto ofrece enormes incentivos para su despojo, pues, además de que eleva las dificultades para acceder a mecanismos legales de protección por parte de las víctimas, facilita la legalización de las tierras despojadas por parte de los perpetradores.

Mis investigaciones sobre el caso colombiano buscan mostrar que la relación entre la débil protección de los derechos del campesinado sobre la tierra y la violencia política tiene profundas raíces históricas, lo cual hace muy difícil que la violencia cese sin que se otorguen derechos fuertes sobre la tierra al campesinado. A lo largo de la historia republicana del país es posible identificar un ciclo recurrente de reconocimiento *de iure* de derechos sobre tierras ocupadas a colonos campesinos, despojos de esas tierras por la ausencia de mecanismos fuertes de protección de tales derechos, reclamos de restitución de las tierras despojadas, nuevos reconocimientos de derechos *de iure* a través de leyes de reforma agraria con vocación restitutiva, nuevos despojos a través de la apropiación de tierras

---

protección efectiva o restitución de parte de las autoridades estatales cuando ocurren violaciones. En Colombia, la población campesina ha ostentado principalmente derechos individuales de posesión de tierra privada o de ocupación de tierra pública, que han limitado inmensamente su capacidad de ejercer dichos derechos sin amenaza y de ser protegidos o restituidos en caso de violación, lo cual ha hecho que los despojos sean frecuentes.

9 Los recientes esfuerzos del Estado colombiano para remediar esta falencia, que apenas comienzan a materializarse y ya enfrentan tropiezos (como el catastro multipropósito y el plan de ordenamiento social de la propiedad), tienen fundamento en el punto 1 del Acuerdo de Paz entre el Gobierno colombiano y el grupo guerrillero FARC-EP antes citado (nota 1).

10 Carlos Salgado, "Propuestas frente a las restricciones estructurales y políticas para la reparación efectiva de las tierras perdidas por la población desplazada", en *Desplazamiento forzado: ¿hasta cuándo un estado de cosas inconstitucional?*, editado por Codhes (Bogotá: Codhes, Fondo Global para la Paz y la Seguridad del Ministerio de Relaciones Exteriores y Comercio Internacional de Canadá, Koninkrijk der Nederlanden, 2009); Ana María Ibáñez y Juan Carlos Muñoz, "The Persistence of Land Concentration in Colombia: What Happened Between 2000 and 2010?", *Distributive Justice in Transitions,* editado por Morten Bergsmo, César Rodríguez, Pablo Kalmanovitz y María Paula Saffon Sanín (Oslo: Torkel Opsahl, 2010).

11 Diana Isabel Güiza, Ana Jimena Bautista, Andrés Fuerte, Isabel Saffon y Alejandro Rodríguez, *Baldíos en fuga: La prescripción adquisitiva de dominio de presuntos baldíos en Colombia* (Bogotá: Universidad Nacional de Colombia, 2019).

propiedad sobre la tierra.indd 193 2/11/21 11:41 a.m.

adjudicadas o del desvío de adjudicaciones hacia élites terratenientes en lugar de campesinos, nuevos reclamos de restitución, y así sucesivamente.

Como argumentaré a continuación, el primer *boom* exportador de América Latina (ocurrido a fines del siglo XIX y comienzos del XX) fue la primera etapa crítica de despojos en el país. Esta se caracterizó por generar incentivos inmensos para el despojo, que tuvo como blanco principal las tierras que eran poseídas u ocupadas por colonos campesinos, cuyos derechos eran débiles legalmente pero generaban expectativas de protección. La violación masiva de estos derechos generó una importante movilización campesina, que, sin embargo, no fue lo suficientemente fuerte y sostenible en el tiempo para promover la adopción e implementación de una reforma agraria que pudiera poner fin a los conflictos agrarios dotando de derechos fuertes al campesinado. Como resultado, la reforma agraria fue cooptada por las élites terratenientes, y en reacción a esto se formaron los grupos guerrilleros principalmente en las zonas de antiguos conflictos armados. Las bases de apoyo de esos grupos fueron ferozmente atacadas por grupos paramilitares aliados con élites económicas y políticas, que usaron el despojo y el desplazamiento forzado cada vez más sistemáticamente. La existencia de una relación causal fuerte entre los despojos de fines del siglo XIX y los desplazamientos forzados de fines del siglo XX y comienzos del siglo XXI demuestra que, para poner fin a la violencia política, es preciso dotar al campesinado de derechos fuertes de propiedad sobre la tierra para resolver adecuadamente los viejos conflictos por la tierra que han generado un ciclo interminable de despojos.

LA PRIMERA COYUNTURA CRÍTICA DE DESPOJOS

En el libro que estoy preparando con base en mi tesis doctoral[12] argumento que Colombia, como otros países de América Latina, vivió una coyuntura crítica de despojos durante el primer *boom* exportador de la región, que tuvo lugar a fines del siglo XIX y comienzos del XX (en Colombia entre 1886 y 1928). La industrialización generó una demanda internacional de productos agropecuarios sin precedentes, que impulsó el remplazo de la producción rural de subsistencia por el agrocomercio exportador. Esta transición condujo a (y a la vez fue facilitada por) un profundo impulso a la infraestructura necesaria para transportar los productos

12 María Paula Saffon Sanín, "When Theft Becomes Grievance: The Violation of Land Rights as a Cause of Land Reform Claims in Latin America" (manuscrito de libro en proceso); "When Theft Becomes Grievance. Dispossessions as a Cause of Redistributive Land Claims in Twentieth-Century Latin America" (disertación de doctorado, Nueva York: Columbia University, 2015).

propiedad sobre la tierra.indd 194 2/11/21 11:41 a.m.

de exportación hacia puertos. Tanto esa infraestructura como la demanda incesante de productos condujeron a un aumento considerable en los precios de la tierra y al surgimiento de enormes incentivos para su acumulación por parte de grandes productores rurales.

Aunque para el momento había aun muchas tierras vacías —y, por ende, públicas— en todos los países, en varios las tierras más aptas y accesibles para la agroexportación habían sido ya ocupadas por grupos indígenas o por colonos campesinos, que ostentaban derechos de distinta naturaleza sobre ellas con base en la legislación colonial y poscolonial. Por esto, si bien todos los países de la región experimentaron un proceso de apropiación y concentración de tierras de gran magnitud, hubo variación entre países en términos del blanco principal de ese proceso: mientras que en algunos contextos dicho blanco fueron tierras ocupadas por poblaciones indígenas que habían recibido títulos coloniales colectivos de propiedad sobre sus tierras (por ejemplo, México), en otros contextos se trató de tierras baldías o escasamente ocupadas por grupos sin derechos legalmente reconocidos (por ejemplo, Argentina). En muchos casos, la apropiación no se hacía solo con el fin de obtener las tierras sino también la mano de obra de sus ocupantes para incrementar la producción.

La peculiaridad del contexto colombiano fue que el blanco principal de la acumulación fueron tierras muy aptas para los cultivos de exportación (en especial para el café) y cercanas a la red ferroviaria, que estaban ocupadas (en algunos casos densamente) por colonos campesinos. Estos ostentaban derechos de posesión sobre las tierras privadas o de ocupación sobre las tierras públicas que, según las leyes, los protegían contra el despojo y les daban derecho a solicitar su titulación si cumplían con ciertas condiciones de uso y tiempo. Legalmente, estos derechos eran harto más débiles que la propiedad—que, comprendida como un título formal debidamente registrado, siempre prevalecía sobre la posesión y la ocupación—. La debilidad *de iure* de los derechos de posesión y ocupación conducía a que la protección de estos dependiera casi en su totalidad de las relaciones fácticas de poder: para conservar la tierra, los colonos debían ser capaces de mantener la ocupación ininterrumpida en contra de las amenazas (en muchos casos violentas) de despojo por parte de terratenientes o empresarios, así como reclamar la adjudicación de las tierras públicas antes de que las élites que las ambicionaban lo hicieran.

Por lo general, los despojos violentos eran legalizados a través de diversas estrategias de manipulación de la ley, incluyendo la fabricación de títulos privados y cadenas de transmisión de la propiedad que carecían de un título original de adjudicación por parte del Estado, y las solicitudes de titulación como baldíos

propiedad sobre la tierra.indd 195 2/11/21 11:41 a.m.

de las tierras despojadas por parte de los perpetradores, quienes alegaban o bien que las tierras eran vacantes, o bien que eran ellos quienes las habían poseído. Para oponerse a esas estrategias, o para lograr primero la titulación de las tierras en su favor, los colonos debían no solo contar con los recursos y la información suficiente, sino, además, enfrentar la influencia desmedida que sus contrincantes tendían a ejercer sobre autoridades locales y testigos. Aunque las autoridades nacionales expresaron con frecuencia su preocupación frente a la situación de los colonos y promovieron leyes en su favor, las autoridades locales mantuvieron siempre las competencias principales en materia de protección de derechos de propiedad y de solución de conflictos de tierras, lo cual condujo a que los despojos no fueran ni prevenidos ni resarcidos sino más bien legalizados[13].

Si bien los derechos de posesión y ocupación no fueron lo suficientemente fuertes para proteger a sus beneficiarios contra el despojo, sí lo fueron para generar una percepción de ilegitimidad de los derechos que los despojadores adquirían sobre las tierras, que sirvió de base a un importante esfuerzo de movilización legal contra el despojo. Superando las múltiples dificultades de falta de información, acceso a instituciones y recursos, los colonos formularon cientos de peticiones de protección ante las autoridades nacionales[14], en muchos casos en grupos y a través de representantes legales comunes (tinterillos que podemos conceptualizar como *repeat players*), demostrando así capacidades importantes de organización colectiva.

Por sí mismas, esas capacidades son dignas de reconocimiento, dado que no contaban con precedentes institucionales que las facilitaran (lo que sí sucedía con los grupos indígenas, que eran propietarios indígenas que habían ejercido con frecuencia sus derechos desde la Colonia, y que fueron el blanco secundario de despojo en Colombia en regiones como el Cauca, así como el blanco principal en otros países, como México). Sin embargo, las dificultades que enfrentaban por la ausencia de tales precedentes y por la debilidad de los derechos que defendían tendrían repercusiones importantes no solo en la lucha por los canales institucionales, sino también en la movilización política contenciosa de décadas subsiguientes.

13 Catherine LeGrand, *From Public Lands into Private Properties: Landholding and Rural Conflict in Colombia* (disertación de doctorado, Stanford University, 1980); *Frontier Expansion and Peasant Protest in Colombia* (Albuquerque: University of New Mexico Press, 1986).

14 Esas peticiones se encuentran en el fondo Correspondencia de Baldíos del Archivo General de la Nación, y fueron analizadas por primera vez en LeGrand, *From Public Lands into Private Properties*.

propiedad sobre la tierra.indd 196 2/11/21 11:41 a.m.

LOS LEGADOS POLÍTICOS DEL DESPOJO

Como también lo argumento en el libro, los años finales de la década del veinte darían inicio a una nueva época, caracterizada (no solo en Colombia sino también en el resto de América Latina) por la apertura de oportunidades políticas para la movilización contenciosa de grupos subalternos (en especial trabajadores urbanos y campesinos). En Colombia, dicha apertura consistió en el aumento de la competencia electoral inter e intrapartidaria, que desencadenó en el fin de la hegemonía conservadora y la ascendencia del partido liberal al poder (en 1930), y que también generó fracturas internas al liberalismo (en especial promovidas por Gaitán), así como una álgida competencia de este con el partido comunista colombiano por el apoyo de sectores populares (en particular del emergente movimiento de trabajadores). Todos esos cambios políticos tuvieron como trasfondo la depresión económica mundial, que condujo a las élites políticas a enfocarse en la industrialización del país, y, por ende, a fomentar la producción agropecuaria para el consumo interno.

El resultado fue un contexto político mucho más favorable a los colonos, que se aunó a la gran influencia que estos recibieron del movimiento de trabajadores, y que condujo a la adopción de una estrategia mucho más combativa para lograr la restitución de las tierras despojadas: la invasión de tierras. La movilización política de los colonos condujo a los líderes radicales del partido liberal a reivindicar su causa, tanto para evitar que su apoyo se fuera hacia el partido comunista como para competir internamente. La figura central que encarnó esa reivindicación fue Gaitán, quien no solo denunció las arbitrariedades cometidas contra los colonos sino que actuó como abogado en varios pleitos contra haciendas, y quien insistió en que el conflicto rural solo podía resolverse a través de una reforma agraria. De ese modo, Gaitán obtuvo el apoyo de importantes líderes rurales comunistas, como Erasmo Valencia en Sumapaz, y promovió el tránsito de la movilización legal contra el despojo hacia la movilización política por la redistribución de la tierra.

Dicha movilización política tuvo como base importante las capacidades de organización colectiva engendradas en la movilización legal contra el despojo, incluyendo un encuadre que otorgaba una justificación correctiva o restitutiva a la redistribución, y una red de líderes en la que los promotores y abogados frecuentes de los litigios por la tierra jugaban un rol protagónico. Sin embargo, esa plataforma era menos robusta que aquellas (como la de los indígenas del Cauca liderados por Quintín Lame, o la zapatista en México) en las cuales los derechos

propiedad sobre la tierra.indd 197 2/11/21 11:41 a.m.

en juego eran más fuertes (pues se sustentaban en títulos colectivos) y tenían una tradición de movilización legal y política más consolidada. Por consiguiente, si bien el movimiento campesino fue lo suficientemente fuerte para lograr que el problema rural se discutiera en la arena nacional y para que los líderes políticos se vieran obligados a adoptar una reforma agraria que le hiciera frente, no lo fue para lograr que los fines y el diseño institucional de esa reforma tuvieran suficiente potencial transformador.

En efecto, la Ley 200 de 1936 es considerada por muchos como la oportunidad perdida de una verdadera reforma agraria en Colombia[15]. Dada la profunda falta de certeza jurídica de los derechos en juego y el enorme desbalance de poder en los conflictos entre colonos y terratenientes, los proyectos de ley que abogaban por la causa de los colonos defendían la expropiación y redistribución de las tierras en conflicto a favor de los colonos, o bien la presunción como públicas y posterior adjudicación a los colonos de todas las tierras sobre las cuales no existiera una cadena de títulos de propiedad que tuviera su origen en una adjudicación hecha por el Estado[16]. La Ley 200, en cambio, le apostó a la imposible tarea de clarificar judicialmente los conflictos por la tierra en lugar de zanjarlos con una política fuerte de redistribución. Además, en lugar de prever presunciones o ventajas procesales en favor de los colonos que pudieran reequilibrar su poder o compensar la debilidad de sus derechos de posesión, la ley estableció complicados estándares probatorios para que los colonos pudieran reclamar sus tierras, que mantuvieron la posibilidad de que los terratenientes bloquearan los procesos e incluso se aprovecharan de ellos.

Así pues, la ley estableció que las tierras sobre las cuales no existían títulos de propiedad podrían ser consideradas baldías y, en consecuencia, ser adjudicadas a sus ocupantes. Si estos eran colonos que, antes de la expedición de la ley, habían ocupado las tierras durante más de dos años y alegaban que eran públicas, la única prueba admisible de propiedad que evitaría el reconocimiento de títulos en su favor serían las adjudicaciones originales de tierras hechas por el Estado o títulos privados anteriores a 1821 (artículo 4.º). Sin embargo, si las tierras no estaban ocupadas o lo habían sido por menos de dos años, también serían tenidos como aceptables los títulos privados más recientes —con una cadena de transferencias ininterrumpida por un periodo de treinta años (artículo 3.º)—. En cualquier

15 Albert Berry, "¿Colombia encontró por fin una reforma agraria que funcione?", *Revista de Economía Institucional* 4, n.º 6 (2002).

16 La noción detrás de esta regla era que, en un contexto de debilidad institucional y poder excesivo de los terratenientes, estos podían fácilmente producir títulos privados amañados. La presunción ya había sido avalada por la Corte Suprema de Justicia en una sentencia de 1926, que, dada la precariedad de los títulos de los terratenientes, había sido criticada por estos como una "prueba diabólica".

propiedad sobre la tierra.indd 198 2/11/21 11:41 a.m.

caso, si se demostraba propiedad sobre las tierras ocupadas, los dueños tendrían que pagar el valor de las mejoras antes de poder desalojar a los ocupantes. Y si los dueños no iniciaban procesos judiciales para demostrar su propiedad dentro de un tiempo determinado o no pagaban las mejoras ordenadas por los jueces al cabo de tales procesos, los colonos tendrían la posibilidad de comprar las tierras. Finalmente, los colonos ubicados sobre tierras privadas podrían solicitar títulos de propiedad en caso de haberlas ocupado por más de cinco años y de buena fe, y el Estado podría recuperar las tierras privadas no explotadas por más de diez años que tuvieran una extensión mayor a trescientas hectáreas (artículo 6.º).

Aunque a primera vista estas cláusulas favorecían a los colonos poseedores, en un contexto de desigualdad de las relaciones de poder y de instituciones débiles, la ley ofreció incentivos a los terratenientes para amenazar a los colonos para que desalojaran las tierras de modo que no pudieran comprobar posesión ininterrumpida o exigir el pago de mejoras, así como para reclamar ante los tribunales su reconocimiento como propietarios (que resultaba más fácil si no se comprobada posesión). Esto permitió que los terratenientes subsanaran los defectos de los títulos de propiedad que tenían (o habían fabricado) sobre las tierras que los colonos habían cultivado.

Lo anterior no parece haber sido una consecuencia indeseada del diseño institucional, sino más bien una elección de las élites políticas ante la presión de los terratenientes. Al defender la ley ante el Congreso, López Pumarejo reconoció que la inmensa mayoría de tierras privadas en Colombia carecía de títulos perfectos, lo cual justificaba en abstracto que estas pudieran ser retrotraídas al dominio público. Pero, "ante la alternativa jurídica de dirigir al país hacia una orientación socialista o de revalidar tales títulos de propiedad, purificándolos de imperfecciones", su Gobierno había decidido "escoger el segundo camino"[17].

Además de inclinar la balanza de los procesos judiciales a favor de los terratenientes, la Ley 200 no cambió el modo en el cual las tierras públicas eran repartidas por el ejecutivo. Esto permitió que los terratenientes también pudieran reclamar la adjudicación como públicas de las tierras sobre las cuales no tenían títulos y que no lograban ser adquiridas por los colonos ante los tribunales.

Así pues, la Ley 200 mantuvo la debilidad *de iure* de los derechos de los colonos sobre la tierra, y al hacerlo dejó una vez más la protección de tales derechos al arbitrio de las relaciones fácticas de poder. La consecuencia fue que, en las décadas siguientes, la política rural se enfocó en la titulación de baldíos principalmente en los municipios en donde había habido despojos previos, pero la mayoría de las

17 Citado en LeGrand, *From Public Lands into Private Properties*, 431.

propiedad sobre la tierra.indd 199 2/11/21 11:41 a.m.

adjudicaciones tenían extensiones harto mayores a las previstas para el pequeño cultivador, lo cual sugiere que los principales beneficiarios de la reforma agraria no fueron los colonos despojados sino los terratenientes despojadores.

REFORMA AGRARIA FRACASADA Y CONFLICTO ARMADO

La incapacidad de la Ley 200 para resolver adecuada o justamente los conflictos rurales condujo a la acentuación en lugar de la eliminación de estos, tal y como lo argumentamos en un artículo en coautoría con Fabio Sánchez[18]. Los conflictos por la tierra entre colonos y terratenientes se exacerbaron, y sentaron las bases para que se formaran grupos guerrilleros campesinos tanto durante como después de la época de la Violencia.

Si bien esta guerra —que enfrentó a liberales y conservadores principalmente en zonas rurales tras el asesinato de Gaitán en 1948 y hasta 1958— tuvo como causa principal el conflicto entre élites políticas, la mayoría de las analistas coincide en que los conflictos por la tierra que le precedieron tuvieron una influencia crucial en las dinámicas y legados que la Violencia adoptó y dejó en el campo[19].

Durante la Violencia, los colonos campesinos que se ubicaban en regiones liberales y comunistas fueron desplazados y despojados de sus tierras por el Gobierno y los ejércitos paramilitares conservadores. A su turno, los líderes campesinos formaron grupos guerrilleros que reclamaban su derecho a la defensa propia, y que se asentaron en lugares de movilización campesina o donde el Estado o los terratenientes eran débiles[20]. La tierra ocupó un rol central en el ejercicio del poder político de las guerrillas, pues estas resolvían las disputas por la tierra a favor de los colonos, promovían la invasión y redistribución de las tierras de los grandes terratenientes, y dirigían la colonización de nuevas tierras[21].

18 Saffon Sanín y Sánchez, "Historical grievances and war dynamics".

19 Catherine LeGrand, "De las tierras públicas a las propiedades privadas: acaparamiento de tierras y conflictos agrarios en Colombia. 1970-1936", *Lecturas de Economía* 13 (1984); Medófilo Medina, "Algunos factores de la violencia en el sistema político colombiano: 1930-1986", *Anuario colombiano de historia social y de la cultura* 13-14 (1986); Mary Roldán, *Blood and Fire:* La Violencia *in Antioquia, Colombia* (Durham: Duke University Press, 2002); Berry, "¿Colombia encontró por fin una reforma agraria que funcione?"; Salomón Kalmanovitz y Enrique López, *La agricultura colombiana en el siglo* XX (Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 2006); Marco Palacios, *Between Legitimacy and Violence: A History of Colombia, 1875-2002* (Durham: Duke University Press, 2006); Ana María Ibáñez y Juan Carlos Muñoz, "The Persistence of Land Concentration in Colombia; Sarah Zuckerman Daly, "Organizational Legacies of Violence: Conditions Favoring Insurgency Onset in Colombia, 1964-1984", *Journal of Peace Research* 49, n.º 3 (2012); Thomas Flores, "Vertical Inequality, Land Reform, and Insurgency in Colombia", *Peace Economics, Peace Science and Public Policy* 20, n.º 1 (2014).

20 Mary Roldán, *Blood and Fire;* CNMH, *Guerrilla y población civil. Trayectoria de las* FARC *1949-2013* (Bogotá: CNMH, 2014), 40-44.

21 CNMH, *Guerrilla y población civil*, 58-98.

propiedad sobre la tierra.indd 200 2/11/21 11:41 a.m.

Aunque el conflicto interpartidario terminó en 1958 con el pacto de alternancia del Frente Nacional, la disputa por la tierra no lo hizo. Algunos de los grupos armados irregulares que no se desmovilizaron se organizaron como grupos no violentos de resistencia campesina, que exigían autonomía política y control sobre sus territorios. Considerados como "repúblicas independientes" que amenazaban la soberanía, estos territorios fueron atacados por los gobiernos nacionales en varias ocasiones, una de las cuales —el bombardeo de Marquetalia de 1964— condujo al surgimiento de las FARC. Estas se declararon en rebelión contra el Estado y enarbolaron como programa central una reforma agraria que exigía la restitución de tierras despojadas y el otorgamiento de títulos a todos los campesinos ocupantes de tierras[22].

Como lo ha demostrado Sarah Zuckerman Daly, los principales factores que explican la emergencia no solo de las FARC sino también de otros grupos guerrilleros creados en los años sesenta (como el ELN y el EPL) son los legados organizativos y de control territorial de la Violencia y los conflictos por la tierra ocasionados por despojos que precedieron a la Violencia. Los despojos documentados entre 1870 y 1930 son el predictor más importante de la presencia y el control territorial de grupos irregulares campesinos durante la Violencia, lo cual se explica por los legados organizativos que dejaron las luchas campesinas de los años veinte y treinta en contra de los despojos. A su vez, la presencia y el control territorial de grupos guerrilleros campesinos durante la Violencia son el principal predictor de la presencia y el ejercicio de violencia de grupos guerrilleros entre 1964 y 1984[23].

La relación entre despojos de tierras y violencia política no pudo ser quebrada por el Estado colombiano ni con la Ley 200 ni con los nuevos intentos de reforma agraria que se hicieron en el resto del siglo XX. El segundo y más ambicioso esfuerzo fue encarnado por las leyes 135 de 1961 y 1.º de 1968, que fueron promovidas bajo los gobiernos liberales del Frente Nacional de Lleras Camargo y Lleras Restrepo, con el propósito de pacificar el campo a través de la expansión del alcance y de la efectiva implementación de la Ley 200 de 1936. Atendiendo a los obstáculos que esta había enfrentado, la ley creó el Incora, un órgano nacional especializado de reforma agraria con funciones de clarificación de títulos, recuperación de tierras indebidamente adquiridas y subexplotadas, adjudicación de tierras y apoyo técnico y material a pequeños cultivadores. A pesar de esto, la

22 *Ibid.,* 47-54, 64-65.
23 Daly, "Organizational Legacies of Violence", 487-488.

propiedad sobre la tierra.indd 201 2/11/21 11:41 a.m.

implementación de la reforma agraria fue de "baja intensidad"[24], pues la ley dejó aún amplio espacio para que las élites terratenientes influyeran en la implementación, y, por ende, bloquearan su potencial redistributivo[25].

Así, por ejemplo, la ley estableció que la reforma agraria se desarrollaría a través de proyectos regionales que serían seleccionados por la junta del Incora con base en criterios objetivos[26]. Pero la junta estaba mayoritariamente compuesta por élites políticas y económicas, incluyendo a los gremios de la agricultura y la ganadería, y los representantes de campesinos eran apenas una minoría[27]. Esto hizo posible que los proyectos fueran seleccionados e implementados de modo que los intereses de los terratenientes no se vieran afectados, e incluso que estos se vieran beneficiados por la reforma agraria. Como lo ilustra el trabajo de Amy Offner sobre el Valle del Cauca, la influencia de los terratenientes locales les permitió no solo evitar la expropiación de tierras de gran extensión o subexplotadas, sino también canalizar hacia sí el apoyo económico y técnico previsto para los pequeños productores[28]. El resultado, como lo demuestra María del Pilar López Uribe, fue que la reforma agraria benefició a un porcentaje muy pequeño del campesinado[29].

Ante los pocos resultados transformadores de la reforma agraria, el presidente Lleras Restrepo decidió promover la capacidad organizativa y de demanda del sector campesino. Para esto creó la Asociación de Usuarios Campesinos de Colombia (ANUC), cuyos miembros no solo recibirían apoyo económico y organizativo, sino también tendrían derecho a participar en los comités locales encargados de decidir sobre la adjudicación de tierras y el desarrollo de proyectos de reforma agraria. La creación de la ANUC estimuló enormemente la movilización campesina y la exigencia —a través de invasiones de tierras— de expropiaciones y adjudicaciones[30]; sin embargo, la reforma agraria continuó siendo en la práctica de

24 Michael Albertus y Oliver Kaplan, "Land Reform as a Counterinsurgency Policy: Evidence from Colombia", *Journal of Conflict Resolution* 57, n.º 2 (2012).

25 Ernest Arthur Duff, *Agrarian Reform in Colombia* (Nueva York: Praeger, 1968); Berry, "¿Colombia encontró por fin una reforma agraria que funcione?"; Albertus y Kaplan, "Land Reform as a Counterinsurgency Policy", 204; Helena Alviar García, "The Unending Quest for Land: The Tale of Broken Constitutional Promises", *Texas Law Review* 89 (2011): 1900-1901.

26 Alonso Tobón, *La tierra y la reforma agraria en Colombia* (Bogotá: Ediciones Cáncer, 1976); Leon Zamosc, *The Agrarian Question and the Peasant Movement in Colombia: Struggles of the National Peasant Association, 1967-1981* (Cambridge: Cambridge University Press, 1986).

27 John Florián, "Reforma agraria y Alianza para el Progreso en Colombia: 1960-1967" (tesis de maestría, Universidad Nacional de Colombia, 2013), 100.

28 Amy Offner, "Anti-Poverty Programs, Social Conflict, and Economic Thought in Colombia and the United States, 1948-1980" (disertación de PhD, Columbia University, 2012).

29 María del Pilar López-Uribe, "Buying off the Revolution: Evidence from the Colombian National Peasant Movement, 1957-1985", *Job Market Paper* (2018), http://www.lse.ac.uk/economics/phd-job-market/job-market-candidates/maria-lopez-uribe.

30 Zamosc, *The Agrarian Question and the Peasant Movement*.

propiedad sobre la tierra.indd 202 2/11/21 11:41 a.m.

baja intensidad. Como lo demuestra López Uribe, entre 1967 y 1972 menos del 5 % de los campesinos fueron beneficiarios de adjudicaciones de tierras por reforma agraria. De ellos, los líderes de la ANUC recibieron una cantidad desproporcionada de tierras. En cambio, la membresía de las organizaciones locales a la ANUC no aumentó significativamente la cantidad de tierras adjudicadas a campesinos a nivel municipal[31].

A pesar de lo anterior, la presión terrateniente en contra de la movilización campesina produjo un cierre de filas de las élites políticas en contra de la reforma agraria. Bajo el Gobierno conservador de Pastrana, las adjudicaciones a pequeños cultivadores se tornaron aún menos frecuentes y las invasiones de tierras fueron reprimidas, lo cual llevó a una ruptura de la relación entre el Estado y la ANUC. En 1972, conservadores y liberales acordaron, a través del Pacto de Chicoral, restringir las metas de la política del agro a la promoción de la productividad[32]; esto equivalió a enterrar la reforma agraria, pues marginó la redistribución como meta[33].

Una vez más, la incapacidad de la reforma agraria para atender a los reclamos campesinos con justicia contribuyó al aumento de la violencia en Colombia. Una parte importante de la ANUC se unió a las FARC a comienzos de los setenta[34]. A partir de los años ochenta, el conflicto colombiano escaló dramáticamente tanto por la entrada del narcotráfico y la relación de los grupos guerrilleros con este, como por el surgimiento de los grupos paramilitares de derecha que, en complicidad con las fuerzas militares y las élites económicas, atacaron a las guerrillas y a sus bases de apoyo a través de formas irregulares de violencia[35].

Como lo han demostrado Mike Albertus y Oliver Kaplan, la poca actividad de adjudicación de tierras por reforma agraria que hubo entre 1988 y el 2000 promovió en lugar de prevenir la actividad guerrillera[36]. A su vez, la moviliza-

31 López-Uribe, "Buying off the Revolution", 22-23.

32 Kalmanovitz y López, *La agricultura colombiana en el siglo XX*, 337-338; Berry, "¿Colombia encontró por fin una reforma agraria que funcione?", 42-44.

33 Francisco Gutierrez Sanín, "Extreme Inequality: A Political Consideration. Rural Policies in Colombia, 2002-2009", en *Distributive Justice in Transitions*, editado por Morten Bergsmo, César Rodríguez, Pablo Kalmanovitz y María Paula Saffon Sanín (Oslo: Torkel Opsahl, 2010), 227.

34 Alfredo Molano, "Fragmentos de la historia del conflicto armado (1920-2010)", en *Contribución al entendimiento del conflicto armado en Colombia* (Bogotá: Comisión Histórica del Conflicto y sus Víctimas, 2015).

35 Mauricio Romero, *Paramilitares y autodefensas: 1982-2003* (Bogotá: Editorial Planeta, 2003); Mauricio Romero, *Parapolítica: La ruta de la expansión paramilitar y los acuerdos políticos* (Bogotá: Cerec, 2007); Gustavo Duncan, *Los señores de la guerra. De paramilitares, mafiosos y autodefensas en Colombia* (Bogotá: Editorial Planeta, 2006).

36 Estos autores encuentran una correlación positiva entre las adjudicaciones de reforma agraria y la actividad guerrillera salvo en aquellos lugares (raros) en los que las adjudicaciones de tierras por reforma agraria fueron continuas y se expandieron a lo largo del tiempo. Albertus y Kaplan, "Land Reform as a Counterinsurgency Policy".

propiedad sobre la tierra.indd 203 2/11/21 11:41 a.m.

ción campesina por tierras se convirtió en blanco de ataque de las fuerzas estatales y los grupos paramilitares, que con frecuencia cometieron desplazamientos, despojos y otras violaciones graves de derechos humanos contra los miembros o exmiembros de la ANUC que no se sumaron a las guerrillas, pero que eran percibidos como sus bases de apoyo en la guerra contrainsurgente[37]. Como lo ha demostrado Abbey Steele, existe una relación robusta entre el desplazamiento forzado perpetrado por grupos paramilitares y la filiación política de izquierda de sus víctimas, que ella califica como "limpieza política"[38].

EL CICLO DE DESPOJOS Y VIOLENCIA

La historia antes narrada sugiere que, en el último siglo, Colombia ha vivido un ciclo recurrente de despojos y violencia, que fue desencadenado por los despojos masivos cometidos contra colonos durante el primer *boom* exportador. Este ciclo no pudo ser detenido o revertido por las leyes de reforma agraria, pues la influencia de los terratenientes en su implementación impidió que esta beneficiara principalmente a los sectores despojados, y, por ende, atizó en lugar de aplacar el conflicto rural.

Además de contar esta historia, el artículo que escribí en coautoría con Fabio Sánchez[39] le da sustento empírico a la anterior conclusión. Demostramos que existe una correlación muy fuerte —y resistente al uso de una variable instrumental y a la introducción de múltiples controles— entre los despojos ocurridos durante el primer *boom* exportador y los desplazamientos forzados y los despojos que han tenido lugar en las últimas tres décadas del conflicto colombiano. Los mecanismos que conectan esas dos variables a lo largo del tiempo son: (1) la adjudicación de baldíos en grandes extensiones en los momentos tempranos de la reforma agraria, y (2) la presencia de grupos guerrilleros tempranos y, posteriormente, de grupos paramilitares.

El argumento es que los grupos subversivos tienden a emerger y a concentrarse en lugares en los cuales hubo álgidos conflictos rurales que no fueron resueltos adecuadamente a través de la reforma agraria. Como mencioné anteriormente, los conflictos rurales derivados de la violación de derechos a través del

37 CNMH, *La tierra en disputa. Memorias de despojo y resistencia campesina en la costa Caribe (1960-2010)* (Bogotá: Taurus y Ediciones Semana, 2010); María Teresa Ronderos, *Guerras recicladas. Una historia periodística del paramilitarismo en Colombia* (Bogotá: Aguilar, 2014).

38 Abbey Steele, *Democracy and Displacement in Colombia's Civil War* (Ithaca: Cornell University Press, 2017).

39 Saffon Sanín y Sánchez, "Historical grievances and war dynamics".

propiedad sobre la tierra.indd 204 2/11/21 11:41 a.m.

despojo producen agravios intensos, así como un "framing" atractivo para justificar las demandas de reforma agraria y una plataforma de organización colectiva surgida de la movilización legal. Cuando los reclamos de reforma agraria no son resueltos de manera adecuada, aquella puede atizar el conflicto en lugar de aplacarlo. Al ver que la reforma agraria no restituye las tierras despojadas sino que las legaliza en manos de despojadores o beneficia a estos más ampliamente, los agravios se harán más intensos, el "framing" basado en derechos violados más convincente y la acción colectiva más contenciosa.

Tales contextos se convertirán en blanco privilegiado de despojos y desplazamientos de los grupos paramilitares, con el doble objetivo de debilitar a la guerrilla y de cambiar el equilibrio de poder a favor de las élites terratenientes locales y en detrimento de las bases campesinas de apoyo de la guerrilla. Estas, por su parte, reclamarán la restitución de las tierras despojadas. De ese modo, los lugares en los que ocurrieron despojos de vieja data se convierten en "hot spots" de desplazamiento, en los cuales los conflictos por la tierra adoptan una dinámica cíclica, que hace mucho más difícil la superación del conflicto rural, y de la guerra en general.

¿SE PUEDE ROMPER EL CICLO?

El hecho de que el desplazamiento forzado de personas en la etapa reciente del conflicto armado colombiano se explique por los despojos ocurridos a fines del siglo XIX y comienzos del XX hace evidente que hay factores estructurales e históricos fundamentales no solo para comprender el surgimiento de los conflictos armados sino también la persistencia de estos conflictos, así como las dinámicas que esos conflictos adoptan, en particular los tipos de violencia que los grupos armados utilizan, y sus blancos y frecuencias[40]. En el caso colombiano, los conflictos por la tierra surgidos de despojos muy viejos pero que nunca fueron resueltos de manera adecuada por el Estado constituyen un factor de ese tipo. La incapacidad de las leyes de reforma agraria para poner fin a tales conflictos no solo ayuda a explicar el surgimiento de la insurgencia temprana, sino también la persistencia de esta a lo largo del tiempo, y el uso amplio del desplazamiento forzado por los distintos actores armados en los lugares en los que se ha concentrado históricamente el conflicto por la tierra.

40 Francisco Gutiérrez Sanín y Elisabeth Jean Wood, "What Should We Mean by 'Pattern of Political Violence'? Repertoire, Targeting, Frequency, and Technique", *Perspectives on Politics* 15, n.º 1 (2017).

propiedad sobre la tierra.indd 205 2/11/21 11:41 a.m.

Esa trayectoria cíclica sugiere con contundencia que, para que la guerra cese y deje de producir despojos y desplazamientos forzados en Colombia, es preciso que los viejos e irresueltos conflictos por la tierra sean por fin resueltos de manera adecuada y definitiva por el Estado colombiano, lo cual implica dotar de derechos fuertes de propiedad al campesinado, que reparen los despojos sufridos pero que también impidan que puedan volver a suceder.

Ahora bien, las experiencias previas de reformas agrarias fallidas también indican que las dificultades de lograr lo anterior son enormes. Es claro que para romper el ciclo no basta con la adopción de leyes con loables objetivos por élites centrales con buenas intenciones, sino que se requiere también de diseños institucionales conscientes de los obstáculos que la implementación encontrará en el terreno por parte de élites locales, y capaces de superar esos obstáculos a través del reequilibramiento de las relaciones de poder, entre otras cosas por medio del empoderamiento del campesinado. Pero también es claro que, si los logros en este último terreno no son lo suficientemente contundentes o se quedan a medio camino, pueden tener efectos contraproducentes, al conducir a un cierre de la voluntad política de las élites y a la represión de los elementos movilizados.

Las lecciones aprendidas por esta historia cíclica parecen haber servido de fundamento tanto a la Ley de Restitución de Tierras como al punto 1 del Acuerdo de Paz entre el Gobierno y las FARC-EP sobre desarrollo rural integral. Paradójicamente, sin embargo, las experiencias de implementación de estas políticas también están ilustrando con particular claridad lo enormes que son los obstáculos a superar y el peso fundamental que tienen las relaciones desiguales de poder, incluso cuando los diseños institucionales las tienen en cuenta y las quieren transformar.

En efecto, ambas iniciativas reconocen la relación estructural entre el conflicto por la tierra y el origen o al menos las dinámicas que el conflicto armado colombiano adoptó. Además, las medidas previstas en ambas iniciativas buscan en buena medida lograr lo que las reformas agrarias anteriores no lograron, y superar algunos de los escollos que enfrentaron. Así, por ejemplo, la Ley de Restitución de Tierras implicó un avance inmenso con respecto a leyes anteriores al reconocer que, para que los conflictos entre despojados y despojadores pudieran ser resueltos de manera adecuada o justa, era preciso no solo crear tribunales especiales, sino también reequilibrar (al menos en el terreno jurídico) las relaciones de poder entre estos, entre otras cosas, a través de presunciones de propiedad a favor de poseedores, de inversiones de la carga de la prueba a favor de despojados y de estructuras estatales de apoyo en el litigio a favor de los derechos de reclamantes. Por otra parte, con el fin de aislar la influencia de las élites locales en los casos que

propiedad sobre la tierra.indd 206 2/11/21 11:41 a.m.

llegaran (o no) a la justicia, la ley también estableció en cabeza del ejecutivo central la competencia de seleccionar —con base en criterios objetivos basados en la cantidad de casos y en las condiciones de seguridad— las zonas en las cuales los procesos judiciales podrían empezar a funcionar y de apoyar a los reclamantes en dichas zonas a armar y llevar dichos casos ante la justicia.

Sin embargo, el diseño institucional no ha sido capaz de superar por completo el impacto de las dinámicas locales de poder. Por un lado, la normatividad dispone que, si dichas dinámicas son en exceso violentas, el ejecutivo no puede abrir la restitución de tierras allí —lo cual tiene mucho sentido en términos de la seguridad de los reclamantes, pero reconoce en la violencia un límite estructural infranqueable.

Por otro lado, el ejercicio de las competencias discrecionales de la URT ha demostrado los límites de la voluntad política de las élites centrales para empoderar a los campesinos despojados a nivel local cuando esto pone en riesgo intereses económicos poderosos o entra en tensión con la agenda del Gobierno nacional. La ley permite a la URT decidir si inscribe o no en su registro a los reclamantes de tierras que así lo solicitan en una zona microfocalizada, pero no existe un sistema de información pública que permita identificar las razones de una decisión negativa. Esto da pie para que el ejecutivo central pueda evitar que se registren casos sensibles para las élites económicas, tales como aquellos que involucran territorios en los cuales hay proyectos estratégicos de explotación económica o que sugieren como responsables del despojo a empresarios u otros terceros no ilegales. La propia URT reporta que, en la actualidad, más de un 65 % de los casos cuyo trámite administrativo ha finalizado no fueron inscritos a pesar de existir solicitud al respecto[41]. Aunque se desconocen las razones de la negativa de registro, el alto número de casos sugiere que las motivaciones pueden ser más económicas o políticas que relacionadas con la debilidad técnica de los casos.

Los casos que involucran solicitudes colectivas de restitución por parte de grupos étnicos pueden ser particularmente sensibles para el Gobierno central y las élites, pues estos grupos están en capacidad de oponerse con mayor fuerza a proyectos económicos estratégicos, alegando no solo que se ubican en tierras de su propiedad, sino también que su consulta previa es exigible para el desarrollo de proyectos de ese tipo. Aunque la URT creó un grupo especial para lidiar con asuntos mineroenergéticos y de infraestructura (grupo AMEI), hay quejas de que sus

41 Al 4 de mayo del 2020, fecha en la que se realizó la última actualización de la página de la URT antes de terminar este capítulo, la cifra exacta de casos no inscritos era 57.407 de las 88.184 solicitudes con trámite administrativo finalizado. Véase Unidad de Restitución de Tierras, *Estadísticas de restitución de tierras*, https://www.restituciondetierras.gov.co/estadisticas-de-restitucion-de-tierras

propiedad sobre la tierra.indd 207 2/11/21 11:41 a.m.

protocolos y prácticas no respetan los derechos de participación y de reparación con perspectiva diferencial que fueron reconocidos por los decretos regulatorios de la Ley de Restitución de Tierras en materia de grupos étnicos.

Finalmente, la llegada de Iván Duque al poder ha demostrado lo frágil que resulta depositar todas las esperanzas de la restitución en el Gobierno central. Al parecer, bajo este nuevo Gobierno —que a diferencia del de Santos aboga abiertamente por los intereses de los terratenientes— se priorizará el cierre de casos ya abiertos antes que la microfocalización de nuevas áreas para promover casos de restitución[42]. Esto deja en un panorama de gran incertidumbre a los múltiples solicitantes cuyas tierras se encuentran en zonas que aún no han sido habilitadas para restitución —que, de acuerdo con las cifras de la URT, equivalen al 20% de las solicitudes presentadas[43].

De modo similar, el punto sobre Desarrollo Rural Integral del Acuerdo de Paz partió de la base de que era preciso poner fin a los conflictos rurales de vieja data a través de políticas rurales integrales que garantizaran el acceso a la tierra y la formalización de los derechos de los campesinos sobre la tierra, y que, adicionalmente, brindaran protecciones tanto jurídicas como económicas contra despojos futuros. Pero, además, el Acuerdo de Paz le apostó de manera transversal al empoderamiento y la participación en las decisiones locales de las organizaciones locales de base —con particular énfasis en las campesinas—, con el propósito de revertir la historia de cooptación del Estado por élites locales y actores violentos, que impidió siempre que los grupos campesinos se beneficiaran en la práctica de las políticas adoptadas en su favor.

Sin embargo, esa apuesta no se vio acompañada de estrategias integrales de seguridad que garantizaran que la movilización de los grupos promotores de la agenda de paz no serían el blanco de nuevas formas de violencia. El resultado ha sido el asesinato selectivo de más de novecientos líderes sociales, una tercera parte de los cuales forma parte de las organizaciones nacionales que conforman la Cumbre Agraria, Campesina, Étnica y Popular y tiene reclamos territoriales precisos[44]. Es por tanto que estos asesinatos pueden entenderse como una reacción

42 Según la página oficial de la URT, entre septiembre del 2018 (el mes posterior a la posesión de Duque) y febrero del 2021 se han proferido 161 resoluciones de microfocalización, que contrastan con las 454 expedidas en los treinta meses anteriores y con las 456 expedidas en el mismo periodo presidencial bajo Santos (septiembre del 2014 a febrero de 2017). Unidad de Restitución de Tierras, *Estadísticas de restitución de tierras*, https://www.restituciondetierras.gov.co/estadisticas-de-restitucion-de-tierras

43 Para mayo del 2020, la URT reportaba un total de 128.175 solicitudes, 102.080 en zonas microfocalizadas. Unidad de Restitución de Tierras, *Estadísticas de restitución de tierras*, https://www.restituciondetierras.gov.co/estadisticas-de-restitucion-de-tierras

44 Indepaz, Cumbre Agraria y Marcha Patriótica, "Informe especial. Registro de líderes y personas defensoras de DDHH asesinadas desde la firma del Acuerdo de Paz" (Bogotá: 15 de julio del 2020).

propiedad sobre la tierra.indd 208 2/11/21 11:41 a.m.

violenta a la amenaza que para el *statu quo* local representa la agenda de la paz en los territorios.

Como lo argumento en un capítulo de un libro reciente[45], el Acuerdo de Paz tenía el potencial de romper el equilibrio que, por décadas, se ha sostenido en Colombia, bajo el cual las élites locales usan o se aprovechan de los aparatos locales de violencia para asfixiar las demandas de transformación de los grupos subalternos, y las élites centrales no toman medidas suficientes para evitar esa violencia a través del aparato estatal, pues no se ven lo suficientemente afectadas por ella. Los asesinatos recientes muestran que el Acuerdo de Paz no logró romper ese equilibrio, sino que este se está reconstituyendo para ahogar las demandas de transformación territorial a través de la implementación del Acuerdo de Paz, ante la mirada impotente o indiferente de las élites centrales.

A la impotencia o indiferencia de las élites centrales por la suerte de los líderes sociales a nivel local se ha sumado la disminución exponencial de su voluntad política para implementar incluso los acuerdos más políticos y menos estructurales del Acuerdo de Paz, causada por la activa y eficaz oposición de la derecha organizada a dicho Acuerdo. Como es bien sabido, esta oposición implicó, en un primer momento, la derrota del Acuerdo de Paz en el plebiscito del 2016, y, por ende, que todas las reformas legales necesarias para implementarlo tuvieran que posponerse hasta que la crisis de legitimidad se resolviera (lo cual sucedió tan solo parcialmente con la ratificación por el Congreso de un Acuerdo modificado a finales de ese año, que fue severamente criticado como un "conejo" por la oposición).

En un segundo momento, con las elecciones del 2018 para Congreso y presidente en ciernes, y ante el gran apoyo que la agenda antipaz parecía recibir, a lo largo del 2017 las iniciativas de reforma constitucional y legal necesarias para implementar el Acuerdo de Paz empezaron a perder impulso, pues incluso los miembros de la coalición del Gobierno de la paz no las promovían, las retrasaban y hasta las hundían —a pesar de que solo contaban con un año para aprobarlas a través del mecanismo exprés del "fast-track", diseñado justamente para que las reformas se adoptaran con inmediatez y no pusieran en peligro el fin de la violencia.

En un tercer momento, la agenda antipaz triunfó con la elección del presidente Iván Duque, lo que ha conducido a que el Gobierno nacional se oponga abiertamente a las reformas jurídicas necesarias para desarrollar el Acuerdo de Paz —incluso las ya aprobadas por el Congreso y la Corte Constitucional—, a que imponga obstáculos tanto institucionales como materiales a la implementación

45 Saffon Sanín, *The Colombian Peace Agreement*.

propiedad sobre la tierra.indd 209 2/11/21 11:41 a.m.

de las reformas ya logradas, e incluso a que promueva contrarreformas legales y constitucionales.

Las reformas relacionadas con la reforma rural integral han sido, quizás, las más afectadas por esta dinámica política. La mayoría de esas reformas fue retirada o no alcanzó a ser aprobada por el Congreso durante la vigencia del *fast-track*. Pero, además, si algo ha anunciado abiertamente el nuevo Gobierno es que su agenda está alineada a los intereses económicos de los grandes agroempresarios y los ganaderos, lo cual lo ha llevado no solo a oponerse a cualquier reforma o actuación institucional que pueda tener el efecto de afectar dichos intereses, sino a promover la prevalencia de estos intereses por sobre demandas territoriales de los movimientos sociales (como sucedió con el ataque a las consultas populares que se oponían a proyectos extractivos, y que terminaron siendo declaradas inconstitucionales por la Corte Constitucional recientemente).

Como es obvio, este panorama augura pocos o nulos avances en la agenda de desarrollo rural integral del Acuerdo de Paz. A pesar de los grandes aciertos en el diagnóstico y del nivel de detalle al que el Acuerdo llegó sobre el diseño institucional y el cambio de las dinámicas de poder local requeridos para dejar atrás los viejos y recurrentes conflictos rurales analizados en este escrito, la ausencia de voluntad política de las élites centrales parece continuar siendo un obstáculo irremontable para lograrlo.

REFERENCIAS

Albertus, Michael y Oliver Kaplan. "Land Reform as a Counterinsurgency Policy: Evidence from Colombia". *Journal of Conflict Resolution* 57, n.º 2 (2012).

Arjona, Ana. *Rebelocracy. Social Order in the Colombian Civil War*. Nueva York: Cambridge University Press, 2016.

Arjona, Ana. "Social Order in Civil War". Disertación de PhD, Yale University, 2010.

Arjona, Ana. "Wartime Institutions: A Research Agenda". *Journal of Conflict Resolution* 58, n.º 8 (2014).

Balcells, Laia y Abbey Steele. "Warfare, Political Identities, and Displacement in Spain and Colombia". *Political Geography* 51 (2016).

Bello, Martha. "El desplazamiento forzado en Colombia. Acumulación y exclusión". En *Programa andino de derechos humanos. Globalización, migración y derechos humanos*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, 2004.

propiedad sobre la tierra.indd 210 2/11/21 11:41 a.m.

Berry, Albert. "¿Colombia encontró por fin una reforma agraria que funcione?". *Revista de Economía Institucional* 4, n.º 6 (2002).

CNMH. *Guerrilla y población civil. Trayectoria de las* FARC *1949-2013*. Bogotá: CNMH, 2014.

CSPPDF. *El reto ante la tragedia humanitaria del desplazamiento forzado. Reparar de manera integral el despojo de tierras y bienes*. Bogotá: CSPPDF, 2009.

Daly, Sarah Zuckerman. "Organizational Legacies of Violence: Conditions Favoring Insurgency Onset in Colombia, 1964-1984". *Journal of Peace Research* 49 n.º 3 (2012).

Duff, Ernest Arthur. *Agrarian Reform in Colombia*. Nueva York: Praeger, 1968.

Duncan, Gustavo. *Los señores de la guerra. De paramilitares, mafiosos y autodefensas en Colombia*. Bogotá: Editorial Planeta, 2006.

Flores, Thomas. "Vertical Inequality, Land Reform, and Insurgency in Colombia". *Peace Economics, Peace Science and Public Policy* 20, n.º 1 (2014).

Florián, John. "Reforma agraria y Alianza para el Progreso en Colombia: 1960-1967". Tesis de maestría, Universidad Nacional de Colombia, 2013.

Gutiérrez-Sanín, Francisco. "Extreme Inequality: A Political Consideration. Rural Policies in Colombia, 2002-2009". En *Distributive Justice in Transitions*, editado por Morten Bergsmo, César Rodríguez, Pablo Kalmanovitz y María Paula Saffon Sanín. Oslo: Torkel Opsahl, 2010.

Gutiérrez-Sanín, Francisco y Elisabeth Jean Wood. "What Should We Mean by 'Pattern of Political Violence'? Repertoire, Targeting, Frequency, and Technique". *Perspectives on Politics* 15, n.º 1 (2017).

Ibáñez, Ana María. "Forced Displacement in Colombia: Magnitude and Causes". *The Economics of Peace and Security Journal* 4, n.º 1 (2009).

Ibáñez, Ana María y Juan Carlos Muñoz. "The Persistence of Land Concentration in Colombia: What Happened Between 2000 and 2009?". En *Distributive Justice in Transitions*, editado por Morten Bergsmo, César Rodríguez, Pablo Kalmanovitz y María Paula Saffon Sanín. Oslo: Torkel Opsahl, 2010.

Kalmanovitz, Salomón y Enrique López. *La agricultura colombiana en el siglo* XX. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 2006.

LeGrand, Catherine. "De las tierras públicas a las propiedades privadas: acaparamiento de tierras y conflictos agrarios en Colombia. 1970-1936". *Lecturas de Economía* 13 (1984).

LeGrand, Catherine. "From Public Lands into Private Properties: Landholding and Rural Conflict in Colombia, 1870-1936". Disertación de PhD, Stanford University, 1980.

LeGrand, Catherine. *Frontier Expansion and Peasant Protest in Colombia, 1850-1936.* Albuquerque: University of New Mexico Press, 1986. [Publicado

propiedad sobre la tierra.indd 211 2/11/21 11:41 a.m.

en español como *Colonización y protesta campesina en Colombia (1850-1950)*. Bogotá: Ediciones Uniandes, Cinep y Editorial Universidad Nacional de Colombia, 2016.]

López Uribe, María del Pilar. "Buying off the Revolution: Evidence from the Colombian National Peasant Movement, 1957-1985". *Job Market Paper* (2018). http://www.lse.ac.uk/economics/phd-job-market/job-market-candidates/maria-lopez-uribe.

Medina, Medófilo. "Algunos factores de la violencia en el sistema político colombiano: 1930-1986". *Anuario Colombiano de Historia Social y de la Cultura* 13-14 (1986).

Molano, Alfredo. "Fragmentos de la historia del conflicto armado (1920-2010)". En *Contribución al entendimiento del conflicto armado en Colombia*. Bogotá: Comisión Histórica del Conflicto y sus Víctimas, 2010.

Offner, Amy. "Anti-Poverty Programs, Social Conflict, and Economic Thought in Colombia and the United States, 1948-1980". Disertación de PhD, Columbia University, 2012.

Palacios, Marco. *Between Legitimacy and Violence: A History of Colombia, 1875-2002*. Durham: Duke University Press, 2006.

Roldán, Mary. *Blood and Fire:* La Violencia *in Antioquia, Colombia, 1946-1953.* Durham: Duke University Press, 2002.

Romero, Mauricio. *Paramilitares y autodefensas: 1982-2003*. Bogotá: Editorial Planeta, 2003.

Romero, Mauricio. *Parapolítica: la ruta de la expansión paramilitar y los acuerdos políticos*. Bogotá: Cerec, 2007.

Saffon Sanín, María Paula. "The Colombian Peace Agreement: A lost opportunity for social transformation?". En *The Colombian Peace Process. A Multidisciplinary Assessment*, editado por Nancy Doubleday, Jorge Fabra-Zamora y Andrés Molina-Ochoa. Routledge: 2021. https://www.routledge.com/The-Colombian-Peace-Agreement-A-Multidisciplinary-Assessment/Fabra-Zamora-Molina-Ochoa-Doubleday/p/book/9780367528812

Saffon Sanín, María Paula. *When Theft Becomes Grievance. Dispossessions as a Cause of Redistributive Land Claims in Twentieth-Century Latin America*. Disertación de PhD, Columbia University, 2015.

Saffon Sanín, María Paula. *When Theft Becomes Grievance. The Violation of Land Rights as a Cause of Land Reform Claims in Latin America*. Manuscrito de libro en proceso.

Saffon Sanín, María Paula y Fabio Sánchez. "Historical Grievances and War Dynamics: Old Land Conflicts as a Cause of Current Forced Displacements in Colombia" (en proceso de revisión).

propiedad sobre la tierra.indd 212 2/11/21 11:41 a.m.

Steele, Abbey. "Seeking Safety: Avoiding Displacement and Choosing Destinations in Civil Wars". *Journal of Peace Research* 46, n.º 3 (2009).

Tobón, Alonso. *La tierra y la reforma agraria en Colombia*. Bogotá: Ediciones Cáncer, 1976.

Unidad de Restitución de Tierras. "Estadísticas de Restitución de tierras". https://www.restituciondetierras.gov.co/estadisticas-de-restitucion-de-tierras

Zamosc, León. *The Agrarian Question and the Peasant Movement in Colombia: Struggles of the National Peasant Association, 1967-1981.* Cambridge: Cambridge University Press, 1986.

propiedad sobre la tierra.indd 213 2/11/21 11:41 a.m.

CAPÍTULO 9

LOS DERECHOS DE LOS INVERSORES EXTRANJEROS SOBRE LA TIERRA SEGÚN LOS TRATADOS DE PROTECCIÓN DE INVERSIONES: UNA VISIÓN DESDE LATINOAMÉRICA[*,**]

Nicolás M. Perrone[***]

Introducción

El sector agrícola juega un papel fundamental en muchos países latinoamericanos, tanto en la economía como en la vida de sus comunidades. El recurso clave para las actividades agrícolas es la tierra, y una pieza fundamental para la realización de estas actividades son los derechos sobre la tierra y la producción.

Gran parte de las relaciones económicas y sociales creadas por la agricultura tienen su origen en los derechos que el orden jurídico reconoce sobre la tierra. Si bien históricamente la agricultura ha sido fundamental para la región, durante los años posteriores a la Segunda Guerra Mundial esta actividad pasó a un segundo plano en virtud de los procesos de industrialización por sustitución de importaciones. A partir de la década de los noventa, el auge del neoliberalismo devolvió a la agricultura un rol protagónico en varios países latinoamericanos, especialmente del Mercosur[1]. Y, ya para mediados de la primera década del siglo xxi, la

* Para citar este capítulo: http://dx.doi.org/10.15425/2017.403

** La primera versión de este capítulo fue publicada en Nicolás M. Perrone, "Los derechos de los inversores extranjeros sobre la tierra según los tratados de protección de inversiones: una visión desde Latinoamérica", en *Anuario Colombiano de Derecho Internacional (ACDI)* 9 (Bogotá: Universidad del Rosario, 2016), 273-308. DOI: dx.doi.org/10.12804/acdi9.1.2016.08

*** Agradezco los comentarios a una versión borrador de este trabajo recibidos en la conferencia de las cátedras OMC de Argentina, Chile y México, titulada "Comercio agrícola y América Latina: cuestiones, controversias y perspectivas", realizada los días 19 y 20 de septiembre del 2013, en Flacso Argentina, Buenos Aires.

1 Philippe Bonnal, Pierre Marie Bosc, Mario Díaz y Bruno Losch, "Multifuncionalidad de la agricultura y 'nueva ruralidad'. ¿Reestructuración de las políticas públicas a la hora de la globalización?" (ponencia presentada en el Seminario Internacional El Mundo Rural: Transformaciones y Perspectivas a la Luz de la Nueva Ruralidad, Pontificia Universidad Javeriana, Clacso, Redcapa, Bogotá, 15-17 de octubre del 2003, 5-8); José Antonio Segrelles, "Una reflexión sobre la reciente reorganización de los usos agropecuarios en América Latina", *Anales de Geografía de la Universidad Complutense* 27, n.º 1, (2007): 125.

propiedad sobre la tierra.indd 215 2/11/21 11:41 a.m.

agricultura había recuperado un papel preponderante para las economías de la región en virtud del aumento de los precios internacionales. Los productos agrícolas volvieron a dominar las exportaciones de muchos de los países de la región, incluido Brasil[2]. Junto con el aumento de la demanda y consiguiente alza de los precios, los flujos de capital extranjero comenzaron a prestar más atención a la agricultura como potencial destino de inversiones extranjeras. En este sentido, un estudio de la FAO ha destacado el interés de actores extranjeros en adquirir tierras o participar indirectamente en actividades agrícolas a través de fondos de inversión[3]. La inversión extranjera en agricultura, y específicamente la adquisición de derechos de propiedad sobre la tierra por extranjeros, tiene una importancia particular en virtud del régimen internacional de inversiones. A partir de la década de los noventa, muchos países latinoamericanos comenzaron a firmar tratados para la protección de inversión extranjera (TPIE). Estos tratados forman parte de la receta neoliberal para el desarrollo económico. En lo que respecta a inversiones extranjeras, la premisa que guió los consejos del Banco Mundial, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico, y otros organismos internacionales, es que los países deben atraer la mayor cantidad de inversión extranjera posible. Para esto, deben dar libertad al inversor para que establezca su proyecto, y asegurar las condiciones de la inversión frente a cambios políticos y arbitrarios[4]. Si bien hoy existe un importante debate sobre los TPIE y el arbitraje de inversiones, especialmente en lo que concierne al derecho a regular, el consenso económico dominante continúa remarcando el rol fundamental de la inversión extranjera para el desarrollo[5].

Los TPIE constituyen en este esquema una especie de gran acuerdo o "grand bargain", por el cual los países aceptan estándares internacionales para la protección de la inversión extranjera luego de su establecimiento, a cambio de aumentar sus posibilidades de recibir este tipo de inversión[6]. En la práctica, no obstante, los TPIE no solo protegen la inversión extranjera sino que también tienen efectos —a través de la interpretación que hacen los árbitros de inversiones— sobre el

2 Romina Gayá y Kathia Michalczewsky, "El salto exportador del Mercosur en 2003- 2008. Más allá del *boom* de las materias primas" (IDB-Intal, 2011), nota técnica 292.

3 FAO, *Dinámica del mercado de la tierra en América Latina y el Caribe*: *concentración y extranjerización* (Roma: Naciones Unidas, 2012).

4 Asha Kaushal, "Revisiting history: how the past matters for the present backlash against the foreign investment regime", *Harvard International Law Journal* 50, n.º 2 (2009): 491.

5 Véase Unctad, *World Investment Report 2012: Towards a New Generation of Investment Policies* (Nueva York y Ginebra: Naciones Unidas, 2012).

6 Jeswald Salacuse y Nicholas Sullivan, "Do bit really work?: An evaluation of bilateral investment treaties and their Grand Bargain", *Harvard International Law Journal* 46, n.º 1 (2005): 76-77; Jeswald Salacuse, "The emerging global regime for investment", *Harvard International Law Journal* 51, n.º 2 (2010): 427.

propiedad sobre la tierra.indd 216 2/11/21 11:41 a.m.

contenido de los derechos de los inversores extranjeros. Como destaco en otro trabajo, la mayor parte de la literatura en el derecho de inversiones extranjeras se ha ocupado del procedimiento para ejecutar la protección: el arbitraje de inversiones; de quiénes deciden estos casos (los árbitros de inversiones); y del contenido de los estándares de protección (expropiación indirecta, trato justo y equitativo, prestando menos atención a los derechos de los inversores extranjeros)[7]. No obstante, para los inversores, la protección brindada por los TPIE solo tiene sentido en la medida que incrementa su control sobre los recursos ubicados en los países receptores. Nadie invierte para iniciar un arbitraje de inversiones, al menos, de buena fe.

Como menciona Joseph Stiglitz: "BITS give property rights to investors, a result that may have distributional consequences"[8]. Así, cuando están cubiertos por un TPIE, los inversores extranjeros adquieren derechos sobre la tierra agrícola que pueden ser diferentes de los que adquiere un inversor nacional que no puede acceder a un arbitraje de inversiones. Esto es muy importante para la relación entre el Estado y los inversores extranjeros en el sector agrícola, ya que las acciones de los Estados que afectan a los individuos deben ser tomadas siguiendo cierto procedimiento, y deben respetar los derechos de estos. El carácter abusivo o arbitrario de la conducta estatal depende, entre otros, del contenido de los derechos privados[9].

El presente trabajo tiene por objetivo analizar las diferencias entre los derechos de los inversores extranjeros y los nacionales en el contexto agrícola, y los efectos concretos que estas diferencias podrían tener frente a ciertas medidas de los Estados. Este análisis se suma a otros estudios realizados en Latinoamérica que discuten los efectos de los TPIE en otras áreas socialmente sensibles, como son, por ejemplo, los servicios públicos y el derecho al agua[10]. La primera parte

7 Nicolás Perrone, "The International Investment Regime and Foreign Investors' Rights: Another View of a Popular Story" (tesis de doctorado, London School of Economics and Political Science, 2013), 12-27; Nicolás Perrone, "The international investment regime and foreign investors' rights: another view of a popular story", *Manchester Journal of International Economic Law* 11, n.º 3 (2014): 397.

8 Joseph Stiglitz, "Regulating multinational corporations: towards principles of cross- border legal frameworks in a globalized world: balancing rights with responsibilities", *American University International Law Review* 23 (2008): 517.

9 Robert Y. Jennings, "State contracts in international law", *British Yearbook of International Law* 37 (1961): 165 y nota 3.

10 Véase, por ejemplo, Juan Pablo Bohoslavsky, "Tratados de protección de las inversiones e implicaciones para la formulación de políticas públicas (especial referencia a los servicios de agua potable y saneamiento)" (Cepal, Colección Documentos de Proyectos, 2010); Emilio Lentini y Gonzalo Fierro, "Políticas tarifarias y regulatorias en el marco de los Objetivos de Desarrollo del Milenio y el derecho humano al agua y al saneamiento", Cepal-Serie Recursos Naturales e Infraestructura, n.º 164 (2014).

propiedad sobre la tierra.indd 217 2/11/21 11:41 a.m.

presenta el marco teórico y metodológico para este análisis. Este marco se nutre de conceptos de teoría general de la propiedad y del derecho constitucional de la propiedad. La segunda parte expone la fórmula que utilizan los tribunales arbitrales internacionales para sustanciar los derechos de los inversores extranjeros: las expectativas legítimas. Esta fórmula no es necesariamente la utilizada por las jurisdicciones nacionales. Finalmente, la última parte explora cinco escenarios en los que los derechos de los inversores extranjeros sobre la tierra, según los TPIE, tendrían efectos concretos frente a iniciativas públicas. Se trata (1) del derecho a exportar la producción y/o hacerlo al precio de exportación frente a medidas comerciales y tributarias; (2) del derecho a continuar el proyecto frente a cambios dentro del paradigma regulatorio; (3) del derecho a continuar el proyecto frente a cambios de política o nuevas preferencias sociales; (4) del derecho a recibir una compensación mayor frente a reformas agrarias o programas de reparación histórica; y (5) del derecho a mantener su plan de negocios frente a una crisis alimentaria.

Este artículo concluye que los Estados que han suscrito TPIE deben ser especialmente cautelosos tanto al recibir inversión extranjera en agricultura como al tomar medidas respecto de esos emprendimientos extranjeros. Los derechos de propiedad privada otorgan autoridad a los individuos y limitan la actividad estatal. Dada la complejidad que encierran los arbitrajes sobre inversiones, no se hace un pronóstico sobre posibles disputas. El objetivo, en cambio, es ilustrar los límites que imponen los derechos de los inversores extranjeros en el marco de los TPIE y los arbitrajes de inversiones. Este análisis demuestra los efectos discriminatorios que tienen estos tratados a favor de las inversiones y los inversores extranjeros.

Los TPIE y los derechos de propiedad de los inversores extranjeros sobre la tierra y los emprendimientos agrícolas

El objetivo de esta primera parte es presentar las premisas que sustentan el argumento de que el contenido de los derechos de los inversores extranjeros es diferente del de los inversores nacionales. La primera sección muestra que la idea de dominio se centra en que el individuo puede elegir el uso de sus recursos, y la comunidad —tanto otros individuos como el Estado— debe respetar esta decisión[11]. Para los inversores, la protección de sus derechos de propiedad debe tener

11 Jeremy Waldron, *The Right to Private Property* (Oxford: Clarendon Press, 1988), 52.

propiedad sobre la tierra.indd 218 2/11/21 11:41 a.m.

en cuenta esa elección económica concreta, y no ser una simple protección en abstracto. La segunda sección analiza los derechos de propiedad dentro del orden jurídico. El orden jurídico nunca establece el dominio sobre los recursos en forma clara y completa. Cuando existe un conflicto entre un inversor extranjero y un Estado en el marco de un TPIE, los árbitros de inversiones deben clarificar el contenido de los derechos de los inversores extranjeros para resolver la controversia. La tercera sección estudia la labor interpretativa de los árbitros internacionales en relación con los derechos de los inversores extranjeros. Finaliza señalando que, para determinar el contenido de los derechos, los árbitros recurren a la fórmula de las expectativas legítimas, una fórmula que no necesariamente coincide con la utilizada por la legislación y los jueces nacionales.

Derechos de propiedad y arbitraje de inversiones

Los inversores extranjeros establecen sus proyectos a fin de realizar una actividad económica que tiene por objetivo crear valor. Su principal propósito es poder apropiarse de parte de ese valor: su ganancia. Antes de decidirse a invertir, los inversores extranjeros analizan una serie de factores, entre ellos, las ventajas que ofrece el país receptor. En el caso de inversiones en el sector agrícola, un elemento central es el recurso tierra. Los inversores extranjeros obviamente prefieren tierras que ofrezcan mayor productividad. Aparte de las condiciones propias del recurso tierra, hay otra serie de factores que influyen en la productividad agrícola: la existencia de mano de obra, de recursos humanos calificados, de infraestructura, la legislación en la materia y el comportamiento de los organismos de regulación y control. Luego de considerar todas estas variables, el inversor extranjero decide o no establecer su proyecto[12].

Las expectativas respecto del valor a crear y las ganancias se sustentan en una serie de factores dentro de los cuales el recurso tierra juega un papel preponderante, pero también ciertamente abstracto. Las expectativas puestas sobre la productividad y los beneficios que generará la inversión dependen del uso que el inversor extranjero haya planificado para el recurso, como también de las condiciones de comercialización del producto. Entre varios factores, esta planificación depende de la legislación y regulación en la materia. El Estado, por ejemplo, puede alterar a través de mecanismos tributarios y comerciales el precio que obtiene el inversor por la producción. Los inversores extranjeros buscan hacerse del

12 John Dunning y Sarianna Lundan, *Multinational Enterprises and the Global Economy* (Cheltenham, Reino Unido, y Northampton, MA: Edward Elgar, 2008), 95-109.

propiedad sobre la tierra.indd 219 2/11/21 11:41 a.m.

precio internacional del producto agrícola, sobre todo si se trata de *commodities*. Si, por cualquier motivo, el inversor extranjero no puede acceder al mercado internacional es posible que no logre alcanzar el total del beneficio esperado[13]. La expectativa del inversor extranjero, en suma, no es realizar cualquier actividad que genere valor para apropiarse de algún beneficio, sino llevar a cabo la actividad planificada para alcanzar el beneficio esperado: por ejemplo, producir soja para exportación.

Como vemos, las expectativas del inversor extranjero respecto del recurso tierra son mucho más particulares y detalladas que producir bienes agrícolas. Un plan de inversión y el beneficio esperado no dependen solamente de tener el control físico sobre la tierra. Esta posición es compartida por los tribunales de inversiones. En *Burlington c. Ecuador,* por ejemplo, los árbitros explicaron:

> When a measure affects the environment or conditions under which the investor carries on its business, what appears to be decisive, in assessing whether there is a substantial deprivation, is the loss of the economic value or economic viability of the investment. In this sense, some tribunals have focused on the use and enjoyment of property. The loss of viability does not necessarily imply a loss of management or control. What matters is the capacity to earn a commercial return. After all, investors make investments to earn a return. If they lose this possibility as a result of a State measure, then they have lost the economic use of their investment[14].

Jurídicamente, el conjunto de derechos y expectativas que giran alrededor de la propiedad de la tierra describe el dominio que tiene el propietario, ya sea un inversor extranjero o nacional. El conjunto de estos derechos se denomina en la teoría anglosajona de la propiedad el *bundle of rights*[15]. La literatura en historia económica, economía y sociología económica ha destacado la importancia del contenido y la certidumbre de los derechos de propiedad para realizar actividades económicas. Lo que facilita la actividad económica no son los derechos de propiedad en abstracto, sino cierta definición del *bundle of rights* que permite a los individuos planificar y desarrollar sus inversiones. En este sentido, Douglass North considera que los Estados promueven el crecimiento al definir y hacer

13 Nicolás Perrone, "La inversión extranjera en agricultura y los altos precios de los productos primarios: un aporte para comprender el actual desafío del Mercosur", *Revista Comercio e Integración* 35 (2012): 63-65.

14 *Burlington c. Ecuador,* Icsid Case n.º ARB/08/5, *Decision on liability,* 14 de diciembre del 2012, para. 397.

15 Anthony Honoré, "Ownership", en *Oxford Essays in Jurisprudence: A Collaborative Work,* editado por Anthony G. Guest (Londres y Nueva York: Oxford University Press, 1961), 107-147.

propiedad sobre la tierra.indd 220 2/11/21 11:41 a.m.

cumplir los derechos de propiedad[16]. Elinor Ostrom, por su parte, sostiene que los derechos de propiedad deben estar adecuadamente definidos para permitir la realización de actividades económicas[17]. Y el mismo Max Weber desarrolló todo su análisis respecto del rol que tiene el orden jurídico en la promoción del capitalismo a partir de la forma en que los derechos brindan poder de control sobre los recursos[18].

En la práctica, este control depende de una larga serie de factores y no simplemente del texto de la legislación. El control que otorgan los derechos de propiedad sobre los recursos es una variable de, principalmente, dos elementos: la definición legal y la interpretación que hacen los jueces o árbitros en disputas concretas. La legislación puede establecer expresamente que el inversor extranjero puede hacer con la tierra cuanto desee. No obstante, si los jueces continuamente deciden que esto está sujeto a, por ejemplo, una función social, el contenido del derecho de propiedad individual —y el control que otorga— puede quedar reducido considerablemente. En una palabra, como enseña Karl Llewellyn, "[n]ot only 'no remedy no right', but 'precisely as much right as remedy"[19].

No obstante, la mayoría de la literatura sobre protección de inversiones extranjeras ha omitido analizar en detalle el rol de los árbitros en la determinación del contenido de los derechos de los inversores extranjeros. Como señalo en la introducción, los grandes temas del régimen internacional de inversiones para casi todos los autores son el procedimiento del arbitraje internacional de inversiones, los árbitros de inversiones y la expropiación indirecta y el trato justo y equitativo. Los inversores extranjeros, sin embargo, están interesados en la protección de sus inversiones en la medida que esto les permite mantener el control necesario sobre los recursos para alcanzar sus expectativas de negocios. No se trata de proteger derechos en abstracto. En este sentido, una pregunta que ha recibido poca atención en la literatura, pero que es fundamental, es la determinación de los derechos contenidos en el *bundle of rights* del inversor extranjero. La determinación de que un Estado ha expropiado o afectado los derechos de un inversor extranjero requiere primero establecer el contenido de esos derechos[20].

16 Douglas North, *Structure and Change in Economic History* (Nueva York: W. W. Norton & Company, 1981), 21.

17 Elinor Ostrom y Edella Schlager, "The formation of property rights", en *Rights to Nature: Ecological, Economic, Cultural, and Political Principles of Institutions for the Environment,* editado por Susan Hanna, Carl Folke y Karl-Göran Mäler (Washington D. C.: Island Press, 1996), 137.

18 Max Weber, *Economy and Society* 1, editado por Guenther Roth y Claus Wittich (Nueva York: Bedminster Press, 1968), 68.

19 Karl Llewellyn, *Jurisprudence: Realism in Theory and Practice* (New Brunswick y Londres: Transaction Publishers, 2000), 63.

20 Carol Rose, "Takings' and the practices of property: property as wealth, property as 'propriety", en *Property and Persuasion* (Colorado: Westview Press, 1994), 50; Frank Michelman, "Property as a constitutional right", *Washington and Lee Law Review* 38 (1981): 1098-1099.

propiedad sobre la tierra.indd 221 2/11/21 11:41 a.m.

Las tres dimensiones de los derechos de propiedad y la indeterminación del "bundle of rights"

Los derechos de propiedad privada tienen un contenido complejo que consta no de una sino de tres dimensiones diferentes que tienen un único objetivo: definir que ciertos recursos están en manos de un individuo, y que este individuo puede decidir su uso[21]. La primera dimensión se refiere a la *alienabilidad* de los recursos. Es un error pensar que todos los recursos que existen en la naturaleza pueden ser objeto de derechos de propiedad privada. Durante gran parte de la historia humana, las ideas no eran apropiables; por otro lado, solo desde hace dos siglos está prohibido adquirir derechos de propiedad sobre personas. La decisión de que ciertos recursos pueden ser adquiridos por individuos es muy importante para cualquier comunidad[22]. A los fines de este trabajo, es importante destacar que la mayoría de las legislaciones nacionales no permite a los individuos adquirir derechos de propiedad sobre grandes recursos hídricos. Esta es una cuestión muy importante para las inversiones extranjeras en agricultura, dado el rol fundamental del recurso agua. Los órdenes jurídicos nacionales tienen normas diferentes respecto de los recursos hídricos que pueden pertenecer al propietario de la tierra adyacente, o los que por su envergadura quedan bajo el control de los Estados[23].

La segunda dimensión de los derechos de propiedad privada sirve para determinar el individuo o individuos que son propietarios del recurso. Esta dimensión es muy importante para el funcionamiento del mercado. Para que los mercados funcionen con costos de transacción aceptables es necesario que las personas tengan seguridad sobre la titularidad del recurso[24]. La certidumbre sobre la titularidad también es muy importante a los fines de facilitar el uso del recurso, principalmente de la tierra. Cuando existen dudas sobre quién es el propietario del recurso se desatan conflictos que impiden el uso pacífico de la tierra. Distintos grupos pelean por ejercer un control que ellos consideran legítimo. Justamente, lo que hacen los sistemas de registro sobre la tierra es publicitar a toda la comunidad la identidad del o de los sujetos que pueden ejercer el control de los recursos según los límites establecidos por la ley.

21 Emily Sherwin, "Two-and three- dimensional property rights", *Arizona Law Review* 29 (1997): 1084, 1087, 1090.

22 James Penner, *The Idea of Property in Law* (Oxford: Oxford University Press, 2000), 5-6.

23 Clifford Schulz y Gregory Weber, "Changing judicial attitudes towards property rights in California water resources: from vested rights to utilitarian reallocations", *Pacific Law Journal* 19 (1987): 1031-1110; Gregory Alexander, *The Global Debate over Constitutional Property: Lessons for American Takings Jurisprudence* (Chicago; University of Chicago Press, 2006), 139-147.

24 Thomas Merrill y Henry Smith, "Optimal standardization in the law of property: The numerus clausus principle", *Yale Law Journal* 110 (2000): 68-69.

propiedad sobre la tierra.indd 222 2/11/21 11:41 a.m.

El orden jurídico establece estas dimensiones con un gran nivel de certidumbre. La legislación generalmente es poco vaga o ambigua respecto de la posibilidad de adquirir derechos de propiedad sobre un recurso. La ley suele aclarar expresamente cualquier imposibilidad para adquirir derechos de propiedad sobre ciertas tierras o ciertos espacios de agua. Al mismo tiempo, los sistemas registrales suelen dar gran certidumbre respecto de la titularidad de la tierra. La mayoría de estos sistemas establecen mayores requisitos y, por ende, brindan más certidumbre en relación con derechos inmobiliarios. Si bien es posible que surjan dificultades en relación con la posibilidad de adquirir una porción de tierra, o con la titularidad de un área concreta de tierra, es razonable concluir que regímenes sofisticados de propiedad privada limitarían estas incertidumbres al mínimo.

El principio que rige la tercera dimensión de los derechos de propiedad es precisamente el opuesto. Ni el más sofisticado de los regímenes de propiedad privada puede otorgar certidumbre sobre todos los posibles usos y derechos que conforman el *bundle of rights*[25]. El dominio o control del recurso tierra agrícola es incompleto por varias razones. Primero, la tecnología modifica la forma en que pueden ser usados los recursos. Hace cincuenta años era impensable contar con semillas genéticamente modificadas. En este periodo, lo que sucedió es que ha habido un proceso político y regulatorio en el que los diferentes órganos del Estado han ido permitiendo, o limitando, el uso de estas tecnologías. Segundo, es imposible asumir que estas decisiones jamás serán revisadas. Las leyes no son para siempre. El principio democrático de gobierno asume que puede haber cambios[26].

Sin embargo, el espacio de transformación que existe sin pagar compensaciones es una cuestión siempre debatible. Estos cambios están limitados procedimental y sustancialmente. Este es uno de los motivos por los que la jurisprudencia de los Estados Unidos sobre expropiaciones indirectas ha sido caracterizada como un pantanal o *muddle*[27].

Tercero, sucede que ningún orden jurídico puede enumerar en forma exhaustiva y con precisión cada uno de los usos y derechos que tienen los propietarios. Las legislaciones, en general, establecen que el titular puede disfrutar del uso del recurso y hacerse de sus frutos. Esta definición es imprecisa y abstracta para

25 Christian Barrère, "Judicial system and property rights", en *The Elgar Companion to the Economics of Property Rights,* editado por Enrico Colombatto (Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2006), 129.

26 Jeremy Waldron, *The Rule of Law and the Measure of Property* (Cambridge: Cambridge University Press, 2012), 104-109.

27 Carol Rose, "Mahon reconstructed: why the takings issue is still a muddle", *Southern California Law Review* 57 (1984): 561-599; Susan Rose-Ackerman, "Against ad hocery: a comment on Michelman", *Columbia Law Review* 88 (1988): 1697-1711.

propiedad sobre la tierra.indd 223 2/11/21 11:41 a.m.

el inversor cuyo interés es utilizar el recurso de una forma concreta para alcanzar sus expectativas. La norma general que rige el uso de los recursos otorgado por los derechos de propiedad es el principio de clausura. El individuo puede usar el recurso como lo desee, y hacerse de los beneficios, siempre que el uso esté permitido por la ley. En este caso, por ejemplo, si el individuo utiliza semillas genéticamente modificadas porque ello no está expresamente prohibido, esto no significa que ha adquirido un derecho. Se trata de un mero uso. Sin embargo, el orden jurídico también otorga derechos sobre ciertos usos al propietario de la tierra. En este caso, se tratará de un derecho adquirido o de un uso legal. Los derechos adquiridos son el producto no solo de normas positivas, sino también de usos y prácticas sociales[28]. A diferencia de un mero uso, los derechos adquiridos no pueden ser revocados sin pagar compensación. En la práctica, la distinción entre un mero uso y un derecho adquirido es compleja y depende de la interpretación que hagan los jueces de las leyes, los actos administrativos y las prácticas sociales. Esta cuestión fue abordada a nivel internacional por el primer relator de responsabilidad de los Estados, Francisco García Amador, en el marco de la Comisión de Derecho Internacional[29]. En virtud de estas dificultades interpretativas es común que las inversiones extranjeras a largo plazo se establezcan solo tras obtener garantías contractuales de los Estados sobre el uso de los recursos, o permisos o licencias que garanticen la posibilidad de realizar la actividad por un periodo concreto[30]. Estos contratos y permisos son actos jurídicos que tienen una relación estrecha con el derecho de propiedad sobre el recurso[31]. No se trata de un típico contrato en el que dos partes intercambian prestaciones, sino de la adquisición por parte del inversor extranjero de certidumbre respecto de las condiciones de explotación de ciertos recursos.

Es razonable que los inversores extranjeros, y también los nacionales, deseen incluir estas garantías en sus contratos. No obstante, no siempre las obtienen, y, cuando lo hacen, esto no significa que queden cubiertos todos los posibles cambios en un régimen jurídico. Estos derechos especiales no necesariamente cubren todos los aspectos referidos a la inversión. Un permiso para utilizar semillas genéticamente modificadas no incluiría, por ejemplo, la posibilidad de exportar la producción. Esta incertidumbre o falta de precisión en el orden jurídico puede

28 Daniel Cole y Peter Grossman, "The meaning of property rights: law versus economics?", *Land Economics* 78, n.º 3 (2002): 322.

29 Véase Francisco García Amador, *International Responsibility. Fourth Report,* Comisión de Derecho Internacional, A/CN.4/119, 1959.

30 Véase Andrea Shemberg, *Stabilization Clauses and Human Rights,* International Finance Corporation and the United Nations Special Representative to the Secretary General on Business and Human Rights, 2008.

31 Zachary Douglas, "The hybrid foundations of investment treaty arbitration", *British Yearbook of International Law* 74 (2003): 197.

propiedad sobre la tierra.indd 224 2/11/21 11:41 a.m.

permanecer inadvertida hasta cuando se desata un conflicto. Es en ese contexto que los árbitros internacionales deben intervenir y resolver si el inversor extranjero realmente tiene derecho a exportar el producto (gozar del precio internacional), a utilizar semillas genéticamente modificadas o a usar ciertos recursos hídricos[32].

Los derechos de propiedad de los inversores extranjeros frente a los inversores nacionales

La premisa central de este trabajo es que los TPIE tienen efectos en los derechos de los inversores extranjeros sobre la tierra en el marco de proyectos agrícolas. Dado que el principal interés de los inversores extranjeros por la protección internacional se refiere al mantenimiento de las condiciones necesarias para realizar sus expectativas de negocio, la pregunta es si la aplicación de esta protección vuelve a la definición de sus derechos más acorde con estas expectativas. Si así fuera, es razonable suponer que los derechos de propiedad de los inversores extranjeros sobre la tierra podrían ser diferentes de los adquiridos por nacionales sobre el mismo recurso. A simple vista, la diferencia entre el inversor nacional y el extranjero sería solo que los primeros deben resolver sus conflictos con los Estados a través de los tribunales nacionales, mientras que los segundos pueden acudir a un arbitraje de inversiones[33]. Sin embargo, un remedio distinto tiene efectos sobre el contenido del derecho, precisamente porque "as much right as remedy".

La primera y segunda dimensiones de los derechos de propiedad están generalmente bien definidas en el orden jurídico del Estado que recibe la inversión. Si bien pueden surgir algunas dudas, se trataría en general de cuestiones de hecho. Los TPIE no establecen reglas respecto de los recursos que pueden ser alienables o de los mecanismos que determinan la titularidad. Por el contrario, gran parte de los tratados establecen expresamente que la inversión extranjera solo es válida en la medida que se haya radicado de acuerdo con la ley del Estado receptor[34]. De esta forma, como las dos primeras dimensiones de los derechos de propiedad son relativamente claras, y los TPIE expresa o implícitamente establecen que la inversión debe establecerse conforme con la legislación nacional, es posible concluir

32 Véase Jan Paulsson, "Universal arbitration - what we gain, what we lose", The Alexander Lecture - Chartered Institute of Arbitrators, 29 de noviembre del 2012 (*draft:* 3 de diciembre del 2012), 10, http://www.globalarbitrationreview.com/cdn/files/gar/articles/ jan_Paulsson_Universal_Arbitration_-_what_we_gain_what_we_lose.pdf

33 Véase el desarrollo del tema en Lorenzo Cotula, "The new enclosures? Polanyi, international investment law and the global land rush", *Third World Quarterly* 34, (2013): 1605.

34 Unctad, *Bilateral Investment Treaties 1995-2006: Trends in Investment Rulemaking* (Nueva York y Ginebra: Naciones Unidas, 2007), 8.

propiedad sobre la tierra.indd 225 2/11/21 11:41 a.m.

que los inversores extranjeros están en este respecto en pie de igualdad con los nacionales. En este sentido, el tribunal en *Bayview Irrigation c. México* consideró que "it is plain that under the Mexican Constitution and Mexican law, the Claimants could have no such property rights in water in Mexican rivers"[35].

Esto es muy distinto respecto de la tercera dimensión o el control que los derechos de propiedad otorgan a los inversores extranjeros. Como los árbitros internacionales definen el contenido de los derechos en casos de vaguedad o ambigüedad, lo que es la regla y no la excepción, la interpretación que hacen puede tener efectos importantes. Aquí no existen reglas expresas que establezcan claramente cuándo el inversor tiene un mero uso o un derecho adquirido. Es siempre materia de interpretación. Al respecto, el consenso en el área de derecho internacional de inversiones es que se aplica la doctrina de expectativas legítimas de acuerdo con el derecho internacional[36]. Esto significa que los arbitrajes internacionales usan una fórmula especial para definir justamente lo que más preocupa a los inversores extranjeros: el control sobre los recursos. El régimen internacional de inversiones, de esta forma, ejecutaría la protección incluida en los TPIE sobre una medida de derechos de propiedad que no coincide necesariamente con la que tendría un inversor nacional en las mismas circunstancias[37]. Los tribunales de inversiones han expresado en varias oportunidades que las expectativas legítimas deben ser consideradas conforme al derecho internacional[38]. La diferencia entre el derecho de un inversor extranjero y nacional, en pocas palabras, es precisamente la aplicación de esta fórmula interpretativa, aunque, más allá de su nombre, lo que importa es su aplicación y sus efectos concretos sobre los derechos de los inversores extranjeros.

La fórmula de las expectativas legítimas y los derechos de propiedad de los inversores extranjeros

El objetivo de esta segunda parte es describir los efectos de la fórmula que utilizan los tribunales arbitrales internacionales para determinar el *bundle of rights*

35 *Bayview Irrigation c. México,* Icsid Case n.º ARB(AF)/05/1, *award*, 19 de junio del 2007, para. 118.
36 Perrone, "The International Investment Regime", 415-416.
37 Véase M. Sornarajah, "The case against a regime on international investment law", en *Regionalism in International Investment Law,* editado por Leon Trakman y Nick Ranieri (Nueva York: Oxford University Press, 2013), 494; David Schneiderman, *Constitutionalizing Economic Globalization. Investment Rules and Democracy's Promise* (Nueva York: Cambridge University Press, 2008); Gus Van Harten, *Investment Treaty Arbitration and Public Law* (Nueva York: Oxford University Press, 2007).
38 *Total c. Argentina,* Icsid Case n.º ARB/04/01, *decision on liability,* 27 de diciembre del 2010, para. 128; *LG&E c. Argentina,* Icsid Case n.º ARB/02/1, *decision on liability,* 3 de octubre del 2006, para. 130; *OKO v. Estonia,* Icsid Case n.º ARB/04/6, *award,* 19 de noviembre del 2007, para. 274.

propiedad sobre la tierra.indd 226 2/11/21 11:41 a.m.

de los inversores extranjeros. La definición del contenido de sus derechos es fundamental a la hora de decidir si un Estado debe pagar compensación por una medida. Si el inversor extranjero nunca tuvo un derecho adquirido a exportar la producción, por ejemplo, la prohibición de que lo siga haciendo no crearía obligación de pagar compensación.

Desde finales de la década de los noventa, la práctica del arbitraje de inversiones muestra una reducción considerable de condenas por expropiaciones indirectas, y un aumento de las condenas por violación del trato justo y equitativo[39]. Luego de algunos casos aislados a principios del siglo XXI, existe hoy cierto consenso de que las regulaciones difícilmente pueden constituir expropiaciones[40]. Actualmente, el estándar para determinar una expropiación indirecta es muy alto, y las medidas regulatorias casi nunca desapoderan completamente al inversor extranjero[41]. Gran parte de las medidas estatales, de esta forma, no constituyen una expropiación aunque el inversor extranjero no pueda continuar desarrollando la actividad de la misma manera u obtener el mismo beneficio. Estas medidas, sin embargo, sí pueden constituir violaciones del trato justo y equitativo. Este giro de las expropiaciones indirectas hacia el trato justo y equitativo coincide con la tendencia según la cual las expectativas legítimas dejaron de ser consideradas al analizarse el caso por expropiación, y solo se analizan bajo el estándar del trato justo y equitativo. Si bien esto no fue siempre así, como explica Stephen Fietta[42], lo importante es que las expectativas legítimas bajo el amparo de la cláusula de trato justo y equitativo se transformaron en la piedra angular del sistema, como señala Thomas Wälde en una influyente decisión[43].

Los árbitros de inversiones utilizan la fórmula de las expectativas legítimas para definir el contenido de los derechos de propiedad del inversor extranjero[44]. Cuando la legislación es oscura respecto de este contenido, y no existen contratos o permisos que definen el punto expresamente, los árbitros deben interpretar los derechos de los inversores extranjeros. Por supuesto, si estos y el Estado hubiesen

39 Nathalie Bernasconi-Osterwalder y Jha Vyoma, *Recent Developments in International Investment Disputes: Investment Treaty Cases from September 2010 to October 2011* (International Institute for Sustainable Development, 2012), 11.

40 *SD Myers c. Canadá,* Uncitral-Nafta, *partial award,* 13 de noviembre del 2000, para. 282.

41 *National Grid Plc. c. Argentina,* Uncitral, *award,* 3 de noviembre del 2008, para. 149.

42 Stephen Fietta, "Expropriation and the 'fair and equitable' standard", *Journal of International Arbitration* 23, n.º 5 (2006): 379-381.

43 *International Thunderbird c. México,* Nafta-Uncitral, opinión de Thomas Wälde, 1.º de diciembre del 2005, para. 37.

44 Emmanuel Gaillard, "Chronique des sentences arbitrales - Centre International pour le Règlement des Différends Relatifs aux Investissements (Cirdi)", *Revue trimestrielle Lexis Nexis Juris Classeur* (2008): 332-334; André von Walter, "The investor's expectations in international investment arbitration", *Transnational Dispute Management* 6, n.º 1 (2009): 6.

propiedad sobre la tierra.indd 227 2/11/21 11:41 a.m.

suscrito un contrato estableciendo que el objetivo del proyecto era exportar toda la producción, la cuestión sería mucho más simple. La fórmula de las expectativas legítimas es útil precisamente para los casos difíciles, donde el dominio en abstracto se mantiene en manos del inversor extranjero —no ha sido desapoderado—, pero han ocurrido cambios legales que afectan su actividad y el beneficio esperado.

La base de la doctrina de las expectativas legítimas es la inversión hecha por el inversor extranjero. Se trata de *investment-backed expectations*[45]. A diferencia de lo que ocurre con el concepto de propiedad, el concepto de inversión se centra en la actividad que realiza el inversor a los fines de generar valor y apropiarse del beneficio[46]. Esta noción es diferente de la idea de propiedad que se centra en la relación del sujeto con el recurso y no en la actividad concreta que este realiza. De esta forma, utilizar el concepto de inversión como base de la doctrina de expectativas legítimas significa colocar el foco no en el control abstracto sobre los recursos, que no interesa al inversor extranjero, sino en el plan de inversión que lo llevó a establecerse en el Estado receptor. Esto tiene por consecuencia una tendencia en favor del reconocimiento de derechos sobre los usos que son necesarios para realizar la inversión y sobre la expectativa de apropiarse del beneficio esperado. La doctrina de las expectativas legítimas tiene dos componentes interdependientes que definen si el inversor extranjero tiene un derecho que correspondería compensar[47]. Con fines ilustrativos es posible presentar estos componentes como dos preguntas. La primera pregunta es si el inversor extranjero pudo confiar en declaraciones, incentivos o en la legislación vigente en el Estado receptor a los fines de planificar su proyecto. La segunda pregunta es si el inversor extranjero podía esperar razonablemente que el Estado fuera a mantener la vigencia de las condiciones contenidas en esas declaraciones, incentivos o en la legislación.

El análisis de la primera pregunta se concentra en la posición del inversor extranjero durante el momento previo y la concreción de la inversión extranjera. Los árbitros se concentran en el momento de la inversión[48]. Este elemento temporal es fundamental para conocer el proyecto del inversor extranjero y en qué medida este confió en actos del Estado para su planificación. El momento de la inversión revela la relación entre el plan del inversor, el control que le otorgaba

45 *Glamis c. USA,* Uncitral-Nafta, *award,* 8 de junio del 2009, para. 356.

46 Daniel Mandelker, "Investment-backed expectations: is there a taking?", *Journal of Urban and Contemporary Law* 31, n.º 3 (1987): 4.

47 Søren Schønberg, *Legitimate Expectations in Administrative Law* (Nueva York: Oxford University Press, 2000), 9-11.

48 Christoph Schreuer y Ursula Kriebaum, "At what time must legitimate expectations exist?", en *A liber amicorum: Thomas Wälde,* editado por Jacques Werner y Arif Ali (Londres: CMP Publishing Ltd., 2009), 265.

propiedad sobre la tierra.indd 228 2/11/21 11:41 a.m.

la legislación y otros actos estatales, y el beneficio que esperaba. Lo que define la creación de expectativas legítimas es si el inversor podía confiar, de manera razonable, en las declaraciones del gobierno o en el orden jurídico del país receptor al momento de invertir. Estas declaraciones, a veces llamadas incentivos, no son concesiones específicas establecidas en contratos. Por el contrario, son acciones dirigidas a convencer al inversor extranjero para que invierta en el país. Cualquier gobierno puede mencionar los beneficios que otorga la ley vigente, pero no por esto se obligaría a no modificar la normativa. Algo parecido podría pasar del lado del inversor extranjero, este puede sugerir al Estado que el proyecto va a generar tantos puestos de trabajo, tanta exportación, tal nivel de actividad, etcétera. Sin embargo, es debatible que por ello el inversor extranjero quede legalmente obligado a crear esa cantidad de fuentes de trabajo.

En este marco, la función de la fórmula de las expectativas legítimas es calificar algunas de las declaraciones hechas por el gobierno del Estado receptor como representaciones que generan derechos en el inversor extranjero cuando este confió en ellas para invertir. Por un lado, estas declaraciones a veces pueden estar mucho más cerca de constituir derechos que por algún motivo no fueron formalizados en un contrato, una licencia o un permiso. Pero, por otro lado, los laudos arbitrales han considerado que las representaciones dadas por el Estado pueden ser tanto expresas como implícitas[49]. Los tribunales han admitido que las expectativas pueden surgir de una reunión de negocios, de tratativas o que también pueden emanar —aunque con un grado menor— de la legislación del país receptor[50]. Esto explicaría por qué los laudos arbitrales hacen importantes consideraciones sobre los hechos de una controversia[51]. La cuestión fundamental es analizar los hechos para determinar si el inversor extranjero pudo o no confiar en las declaraciones, los incentivos o la legislación del Estado receptor.

Dentro de este marco interpretativo vale destacar que el inversor extranjero tiene que haber sido razonable al confiar en esas declaraciones. Al ser una cuestión de hecho, es muy difícil predecir la manera en que los tribunales pueden valorar este requisito. Existe consenso, no obstante, en que los TPIE no son garantías para el inversor extranjero de que el proyecto será exitoso y conseguirá el beneficio esperado[52]. En el mismo sentido, los tribunales han considerado que

49 *Total c. Argentina,* Icsid Case n.º ARB/04/01, *decision on liability,* 27 de diciembre del 2010, para. 120.

50 *Continental c. Argentina,* Icsid Case n.º ARB/03/9, *award,* 5 de septiembre del 2008, para. 261; *El Paso c. Argentina,* Icsid Case n.º ARB/03/15, *award,* 31 de octubre del 2011, para. 378.

51 *Spyridon Roussalis c. Romania,* Icsid Case n.º ARB/06/1, *award,* 7 de diciembre del 2011, para. 318; *Merrill c. Canadá,* Uncitral, Icsid Administered Case - Nafta, *award,* 31 de marzo del 2010, para. 210.

52 *Maffezini c. Spain,* Icsid Case n.º ARB/97/7, *award,* 13 de noviembre del 2000, para. 64.

propiedad sobre la tierra.indd 229 2/11/21 11:41 a.m.

los inversores extranjeros deben ser conscientes de la realidad económica y social del país donde invierten[53]. La razonabilidad del inversor es un factor que puede minimizar la expansión de los derechos a partir de la doctrina de las expectativas legítimas. Pero este elemento es parte de una doctrina que sirve para otorgar derechos al inversor extranjero sin focalizarse en la intención del Estado receptor de obligarse[54]. La intención del Estado pasa a ser secundaria, así como la existencia de un acto jurídico concreto —sea un contrato o un permiso— que defina el derecho del inversor extranjero más allá de la legislación doméstica. En este sentido, la crítica de Pedro Nikken en su voto disidente en *Suez c. Argentina* parece acertada[55].

La segunda pregunta que consideran los tribunales de inversiones es la medida en que el inversor extranjero puede esperar que las bases regulatorias de su emprendimiento y del beneficio esperado se mantendrán en el tiempo. La formulación de esta pregunta parte de la premisa de que el inversor extranjero no tiene un derecho que lo protege de cualquier modificación de las leyes[56]. El punto de partida no es que cualquier cambio que afecte su plan de inversiones genera la obligación de pagar una compensación, sino que hay cambios que son más proclives a requerir compensaciones que otros, dependiendo de si el inversor extranjero podía preverlos. En este sentido, el tribunal en el caso *Frontier c. República Checa* consideró: "While the host state is entitled to determine its legal and economic order, the investor also has a legitimate expectation in the system's stability to facilitate rational planning and decision making"[57].

Dado que los laudos arbitrales abandonaron la postura en favor de la estabilidad del orden jurídico, la cuestión a debatir son las circunstancias en que el inversor extranjero debe tolerar los cambios y cuándo debe recibir una compensación. Los tribunales han considerado que los cambios deben respetar ciertos requisitos de procedimiento, principalmente deben ser transparentes y no discriminatorios. Estos requisitos son muy importantes para el inversor extranjero, sin embargo, su problema es qué medidas transparentes y no discriminatorias pueden afectar su emprendimiento considerablemente. Los tribunales de inversiones no son indiferentes al respecto, afirmando que los cambios implementados por los Estados también deben ser consistentes[58].

53 *Duke c. Ecuador,* Icsid Case n.º ARB/04/19, *award,* 18 de agosto del 2008, para. 340.
54 Andrew Gold, "A property theory of contract", *Northwestern University Law Review* 103, n.º 1, (2009): 19-24.
55 Véase *Suez c. Argentina,* Icsid Case n.º ARB/03/17, opinión de Pedro Nikken, 30 de julio del 2010.
56 *El Paso c. Argentina,* Icsid Case n.º ARB/03/15, *award,* 31 de octubre del 2011, para. 352; *EDF c. Rumania,* Icsid Case n.º ARB/05/13, *award,* 8 de octubre del 2009, para. 218.
57 *Frontier Petroleum c. República Checa,* Uncitral, *award,* 12 de noviembre del 2010, para. 285.
58 *Saluka c. República Checa,* Uncitral, *partial award,* 17 de marzo del 2006, para. 307; *Ioannis Kardassopoulos c. Georgia,* Icsid Case n.º ARB/05/18, *award,* 3 de marzo del 2010, para. 438.

propiedad sobre la tierra.indd 230 2/11/21 11:41 a.m.

Esto quiere decir que las expectativas de los inversores no impiden cualquier cambio, sino solo cambios de carácter más drástico, que el inversor no podría haber previsto al momento de invertir en virtud de las declaraciones hechas por el Estado. La línea que siguen los laudos en este sentido es relativamente consistente. En la medida que los cambios realizados por el Estado responden a las pautas regulatorias existentes al momento de la inversión, es difícil que el Estado vea comprometida su responsabilidad[59]. Al mismo tiempo, si los cambios obedecen a externalidades negativas del inversor extranjero, los laudos tienden a dar la razón a los Estados[60]. El razonamiento detrás de estos casos es que el inversor extranjero podía prever que, si su actividad no respetaba la regulación existente al momento de establecerse, su inversión podía no llegar a buen puerto. Lo mismo ocurre en relación con la determinación de las externalidades negativas a partir de análisis científicos. El inversor extranjero no puede esperar que el Estado no haga nada respecto de los efectos negativos que produce su actividad.

La balanza comienza a favorecer al inversor extranjero si los cambios implementados implican un cambio del paradigma regulatorio[61], son el producto de un cambio de política o la respuesta a nuevas preferencias de la comunidad[62]. Según el razonamiento de los tribunales, las expectativas del inversor extranjero sufren en estas circunstancias por partida doble. Por un lado, este tipo de cambios suele tener efectos más amplios sobre el plan de negocios del inversor extranjero. Una cosa es tener que adaptarse a nuevas condiciones regulatorias en un marco de continuidad, y otra cosa es sufrir cambios más profundos que impactan en el esquema de negocios y el beneficio esperado. Por el otro, los cambios regulatorios basados en evidencia científica serían más predecibles para el inversor extranjero. No ocurre lo mismo con cambios que obedecen a preferencias políticas o sociales, porque estos están más alejados del control del inversor extranjero. Al momento de invertir, es razonable que el inversor asuma que el Estado actuará si no cumple con las pautas regulatorias o si su actividad resulta dañina para la población. Para los tribunales arbitrales es menos razonable que asuma que su proyecto de inversión puede ser alterado por cambios basados en nuevas preferencias sociales o políticas.

59 *Genin c. Estonia,* Icsid Case n.º ARB/99/2, *award,* 25 de junio del 2001, para. 370.
60 *Methanex c. USA,* Uncitral-Nafta, *final award of the Tribunal on Jurisdiction and Merits,* 3 de agosto del 2005, parte III.A; *Chemtura c. Canadá,* Uncitral-Nafta, *award,* 2 de agosto del 2010, paras. 124-225; *Glamis c. USA,* Uncitral-Nafta, *award,* 8 de junio del 2009, parte II y pars. 756-829.
61 *Total c. Argentina,* Icsid Case n.º ARB/04/01, *decision on liability,* 27 de diciembre del 2010, para. 333; *El Paso c. Argentina,* Icsid Case n.º ARB/03/15, *award,* 31 de octubre del 2011, para. 510.
62 *Tecmed c. México,* Icsid Case n.º ARB(AF)/00/2, *award,* 29 de mayo del 2003, paras. 127-133.

propiedad sobre la tierra.indd 231 2/11/21 11:41 a.m.

Los derechos de los inversores extranjeros sobre la tierra según los TPIE: efectos para la política pública

El objetivo de esta última parte es explorar algunos efectos concretos que la fórmula de las expectativas legítimas tiene en el *bundle of rights* de los inversores extranjeros sobre la tierra y los emprendimientos agrícolas. Desde el punto de vista de cualquier Estado constitucional existen dos grandes requisitos para realizar cambios en la legislación y regulación. Primero, el Estado debe respetar los pasos procedimentales que permiten a los individuos afectados hacer conocer su posición, presentar información y peticionar ante las autoridades. Caso contrario, los sujetos que vieron vulnerados sus derechos pueden recurrir a las medidas judicialmente. Segundo, en un régimen constitucional de propiedad, incluyendo en este marco al régimen internacional de inversiones, los Estados también tienen limitaciones sustanciales. Entre ellas se encuentran los derechos de propiedad, así como cualquier contrato o permiso. El Estado debe compensar a cualquier inversor si lo desapodera de la tierra para redistribuirla o utilizarla para otros fines. Pero, obviamente, este es el caso más fácil y en la mayoría de los países inversores nacionales y extranjeros están en las mismas condiciones respecto de expropiaciones directas (con la excepción del monto de la compensación).

La gran diferencia entre los inversores extranjeros y los nacionales comienza a partir de que los primeros pueden acceder a un arbitraje de inversiones a los efectos de ejecutar la protección otorgada por los TPIE. Como se explicó, no obstante, esta diferencia tiene efectos más allá de la mera ejecución de los derechos. A continuación, se ilustra esta premisa en relación con la posición preferencial que tendrían los inversores extranjeros en cinco escenarios distintos.

El derecho a exportar la producción o al precio de exportación frente a medidas comerciales y tributarias

Muchos de los inversores extranjeros que se establecen en países agrícolas con el objetivo de producir *commodities* lo hacen para exportar. Como mencioné en la primera parte de este trabajo, los inversores extranjeros privados tienen en general su expectativa puesta en el precio internacional, mientras que los inversores extranjeros públicos tienen expectativas respecto del abastecimiento de su país de origen. En este sentido, existen antecedentes en el régimen de inversiones del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), donde inversores de los Estados Unidos demandaron a Canadá por la limitación de exportaciones o

propiedad sobre la tierra.indd 232 2/11/21 11:41 a.m.

por la falta de acceso al precio internacional. Estos casos son relevantes para el sector agrícola porque se referían a la exportación de otro *commodity:* la madera. El tribunal en *Pope & Talbot c. Canadá* consideró que el inversor extranjero tenía el derecho a exportar la producción[63], y finalmente condenó a Canadá por otras razones vinculadas. Esta decisión generó bastante debate en el marco del TLCAN y los tres países socios elaboraron una interpretación obligatoria que apuntaba a alterar la fórmula de las expectativas legítimas. La premisa de esta interpretación es que el capítulo 11 del TLCAN no brinda el estándar de trato justo y equitativo, sino solo el trato mínimo conforme al derecho internacional. Luego de esta decisión, el tribunal arbitral en *Merrill c. Canadá* decidió en un caso similar que Canadá no había hecho declaración o representación alguna sobre la exportación o el precio de venta de la producción[64]. Respecto del estándar aplicable, este tribunal se sujetó a la interpretación obligatoria, es decir, utilizó el trato mínimo, destacando, sin embargo, que en la práctica el estándar de trato mínimo es muy similar al trato justo y equitativo.

A los fines de analizar una posible demanda arbitral por el derecho a exportar o a cobrar el precio internacional es necesario tener presente dos cosas. Primero, lo más probable es que un tribunal de inversiones aplique el estándar de trato justo y equitativo. En el caso latinoamericano existe una gran cantidad de tratados de primera generación vigentes que se refieren expresamente al trato justo y equitativo. En una disputa concreta, por supuesto, esto dependerá del texto del tratado aplicable y de la postura de los árbitros. Por ahora, esta discusión solo ha ocurrido en el TLCAN, y la postura parecería ser que en la práctica no existiría una gran diferencia entre estos estándares[65]. Sin perjuicio de esta aparente semejanza, no puede descartarse que la aplicación de uno u otro estándar pueda tener implicancias en casos concretos[66].

Segundo, lo más importante es considerar la posición del inversor extranjero al invertir, teniendo en cuenta las declaraciones que hubiera hecho el gobierno del país receptor y el contenido de su orden jurídico en ese momento. Las leyes generales solo pueden generar expectativas reducidas, mientras que las declaraciones podrían otorgar expectativas más considerables[67]. En este marco, un inversor

63 *Pope & Talbot c. Canadá,* Uncitral-Nafta, *interim award,* 26 de junio del 2000, para. 96.
64 *Merrill c. Canadá,* Uncitral, Icsid Administered Case-Nafta, *award,* 31 de marzo del 2010, para. 142.
65 *Pope & Talbot c. Canadá,* Uncitral-Nafta, *award in respect of damages,* 31 de mayo del 2002, paras. 59-65.
66 *Ibid.,* para. 65.
67 *Continental c. Argentina,* Icsid Case n.º ARB/03/9, *award,* 5 de septiembre del 2008, para. 261; *El Paso c. Argentina,* Icsid Case n.º ARB/03/15, *award,* 31 de octubre del 2011, para. 378.

propiedad sobre la tierra.indd 233 2/11/21 11:41 a.m.

extranjero que invierte para producir un bien históricamente de exportación en el país receptor tendría argumentos para defender sus expectativas legítimas de exportar la producción. Esto no quita que ciertas restricciones puedan ser consideradas razonables. En materia impositiva, por ejemplo, la creación de impuestos sobre el valor de exportación sería esperable para el inversor, ya que los Estados tienen la potestad de hacer uso de su poder tributario. La controversia podría surgir, no obstante, a partir de ciertos niveles de tributación que habilitarían al inversor a demandar por la frustración de su expectativa legítima al beneficio esperado de su inversión[68].

El derecho a continuar el proyecto frente a cambios dentro del paradigma regulatorio

Los antecedentes en el ámbito del arbitraje de inversiones parecen señalar que los cambios regulatorios realizados sobre la base del marco existente al momento de la inversión no afectan las expectativas de los inversores extranjeros. El inversor extranjero solo tiene una expectativa a que los cambios sean consistentes y predecibles. Para los tribunales es importante la existencia de un proceso administrativo ordenado y transparente para determinar si el inversor extranjero no puede continuar con cierta actividad o si debe adaptarse a nuevas condiciones. Esta postura surge de dos casos decididos en el marco del TLCAN: *Methanex c. Estados Unidos* y *Glamis c. Estados Unidos*[69]. Según estos antecedentes, vale la pena destacar que no existe la regla de precedente en el arbitraje de inversiones, los tribunales arbitrales de inversiones no condenarían a los Estados por cambios adoptados por los organismos competentes en materia agrícola, siempre que se ajusten al marco regulatorio vigente al momento de la inversión. Es importante, en este sentido, que los cambios regulatorios estén justificados por evidencia científica y que el inversor extranjero haya tenido la oportunidad de participar en el procedimiento.

Al respecto, vale la pena recalcar dos puntos desde la perspectiva latinoamericana. Por un lado, el hecho de que los casos más favorables a la postura de los Estados en casos de regulación por externalidades negativas hayan tenido a los Estados Unidos como demandado genera, al menos, cierta reserva. Existe evidencia de que miembros del Gobierno de ese país presionaron a un árbitro para que no

68 *Feldman c. México,* Icsid Case n.º ARB(AF)/99/1, *award,* 16 de diciembre del 2002, para 106; *Sergei Paushok c. Mongolia,* Uncitral, *award on jurisdiction and liability,* 28 de abril del 2011, paras. 302-303.

69 *Methanex c. USA,* Uncitral-Nafta, *final award of the Tribunal on Jurisdiction and Merits,* 3 de agosto del 2005, parte III.A; *Glamis c. USA,* Uncitral-Nafta, *award,* 8 de junio del 2009, parte II y paras. 756-829.

propiedad sobre la tierra.indd 234 2/11/21 11:41 a.m.

fallara en contra de los Estados Unidos porque de otra forma se ponía en riesgo la continuidad del TLCAN[70]. Por otro lado, los Estados Unidos tienen en materia regulatoria agencias sofisticadas y muy bien equipadas tanto en términos humanos como técnicos. Esto significa que el mismo estándar aplicado a la actividad de los Estados latinoamericanos podría arrojar resultados diferentes.

El derecho a continuar el proyecto frente a cambios de política o nuevas preferencias sociales

En principio, cambios de política o nuevas preferencias de la comunidad tendrían efectos más graves en el control de los inversores extranjeros sobre la tierra agrícola. Es cierto que cambios regulatorios basados en evidencia científica pueden implicar la prohibición de comercializar cierto producto. No obstante, es razonable pensar que las medidas regulatorias tienen un impacto menor sobre la actividad de los actores económicos y, en cualquiera de los casos, serían más consistentes y predecibles. La decisión de cambiar una política o la existencia de nuevas preferencias sociales implica en general cambios más profundos y que son menos esperables —tanto como más externos— para el inversor extranjero[71].

Los antecedentes que existen en esta materia no favorecen a los Estados receptores de la inversión. En el caso *Tecmed c. México,* según el tribunal, el Gobierno de este país habría generado una expectativa legítima en el inversor extranjero respecto de un proyecto sobre tratamiento de basura, y luego decidió no renovar el permiso sobre la base de una protesta social. Los árbitros no consideraron esta razón favorablemente, y condenaron a México porque las medidas fueron tomadas por presión social y no cumplían con los estándares del TLCAN[72]. Una postura semejante tomó el tribunal del caso *Azurix c. Argentina* referido a medidas respecto de la concesión de aguas en la provincia de Buenos Aires. La razón fue nuevamente que las medidas fueron adoptadas en virtud de una protesta social[73]. Otro caso similar fue *Aguas del Tunari c. Bolivia,* puesto que el Gobierno de ese país se vio obligado a dejar sin efecto la concesión para el suministro de agua potable en Cochabamba. Este arbitraje, sin embargo, no llegó a la etapa de resolución, dado que el inversor extranjero retiró la demanda a raíz de la creciente presión internacional[74].

70 Robert Stumberg, *Reform of Investor Protections. Review of the Model U.S. Bilateral Investment Treaty* (U.S. Department of State & Office of the U.S. Trade Representative, 29 de julio del 2009), 6.
71 Véase al respecto Waldron, *The Rule of Law*, 105-106.
72 *Tecmed c. México,* Icsid Case n.º ARB(AF)/00/2, *award,* 29 de mayo del 2003, paras. 127-133.
73 *Azurix c. Argentina,* Icsid Case n.º ARB/01/12, *award,* 14 de julio del 2006, para. 378.
74 *Aguas del Tunari c. Bolivia,* Icsid Case n.º ARB/02/3.

propiedad sobre la tierra.indd 235 2/11/21 11:41 a.m.

La distinción entre cambios regulatorios y cambios motivados en preferencias sociales puede ser muy importante en materia agrícola. La base para juzgar las medidas públicas son siempre los derechos de los inversores, sus expectativas según la fórmula utilizada por los árbitros de inversiones. En el marco de estas expectativas, justamente, existiría una gran diferencia si la medida pública es presentada como la respuesta a una externalidad negativa producida por la actividad del inversor extranjero —especialmente si era desconocida al momento de la inversión—, o como un cambio político, impredecible y ajeno al inversor.

En este marco, vale la pena mencionar que cambios importantes en materia de propiedad intelectual —o la no realización de ciertos cambios— podrían comprometer inversiones en biotecnología, una materia estrechamente conectada a la agricultura. En la medida que empresas dedicadas a la biotecnología pudieran demostrar su carácter de inversores extranjeros, identificando también su inversión en el marco de los TPIE, podrían considerar que sus derechos sobre la propiedad intelectual están siendo vulnerados. En el caso de Colombia, por ejemplo, la situación en que se encuentran los productores de semillas extranjeros en el marco del Tratado de Libre Comercio con los Estados Unidos podría generar alguna responsabilidad para el Estado. Debe recordarse que Colombia ha asumido una obligación internacional de patentar y respetar los derechos de propiedad intelectual sobre semillas. La suspensión de este cambio legislativo, en gran medida, se debió a la importante protesta social ocurrida durante el 2013 y principios del 2014[75].

El derecho a recibir una compensación mayor frente a reformas agrarias o programas de reparación histórica

En Latinoamérica, la cuestión de la reforma agraria tiene un fuerte antecedente histórico. Los coeficientes de concentración de tierra en la región son los más altos del mundo[76]. En países como Colombia, además, este tema tiene una gran actualidad en virtud de las negociaciones de paz en La Habana[77]. Según el orden jurídico de la mayoría de los países de la región, la expropiación de la tierra para su redistribución debe ser compensada[78]. Los TPIE no innovan sobre este punto,

75 Véase, entre otros, "Labriegos y defensores de semillas, indignados por decisiones del ICA", *El Tiempo,* 30 de noviembre del 2013, http://www.eltiempo.com/archivo/ documento/ CMS-13236396.

76 Klaus Deininger y Derek Byerlee, *Rising Global Interest in Farmland: Can it Yield Sustainable and Equitable Benefits?* (Washington D. C.: Banco Mundial, 2011), 28.

77 Andrei Gómez-Suárez, Nicolás Perrone y Enrique Prieto Ríos, "Foreign investors and peace in Colombia", *International Community Law Review* (LASA Conference, 2015).

78 El artículo 58 de la Constitución de Colombia, tal como fue sancionada en 1991, permitía al Estado expropiar sin pagar compensación. Sin embargo, este artículo fue derogado justamente para lograr la ratificación de TPIE. Véase Enrique Prieto Ríos, "BIT y la Constitución colombiana de 1991:

propiedad sobre la tierra.indd 236 2/11/21 11:41 a.m.

pero pueden tener algunos efectos vinculados al fortalecimiento de los derechos de los inversores extranjeros. El primer efecto es que estos tratados pueden constituir una excusa del Estado para no avanzar con programas de reforma agraria o de reparación histórica. La situación de la Comunidad Sawhoyamaxa en Paraguay es un ejemplo de este escenario. Paraguay se había comprometido tanto por sus leyes domésticas como por la Convención Interamericana de Derechos Humanos a devolver a esta comunidad sus tierras históricas. No obstante, el Gobierno de este país se negaba a cumplir con las expropiaciones porque las tierras estaban en poder de inversores alemanes que estaban protegidos por un TPIE. En este contexto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ordenó a Paraguay cumplir con sus obligaciones, con el argumento de que la protección de los TPIE debe ser compatible con la Convención Interamericana[79]. La razón esgrimida por Paraguay no era atendible porque los TPIE no prohíben la expropiación, sino que la sujetan al pago de una compensación. Sin embargo, los derechos de los inversores extranjeros pueden crear el mismo problema que enfrentó México durante la reforma agraria de principios del siglo XX: el mayor monto de la compensación[80].

Otro párrafo merece la iniciativa de Sudáfrica de reparación histórica por medio de la redistribución de algunos derechos sobre recursos mineros, sin que ello significara el desapoderamiento del inversor extranjero. Si bien el sector minero no puede compararse con el agrícola, el ejemplo sirve para ilustrar las consecuencias de los TPIE. La ley de reparación histórica modificaba los derechos de inversores extranjeros sobre las minas y los sujetaba a que dieran cumplimiento a una serie de requisitos que favorecían a personas víctimas del *apartheid*. Esto suscitó una demanda arbitral internacional por parte de algunos inversores extranjeros que veían afectadas sus expectativas legítimas. El caso *Foresti c. Sudáfrica* nunca llegó a una resolución final, a raíz de un acuerdo entre los inversores y el Gobierno sudafricano[81].

El derecho a mantener su plan de negocios frente a una crisis alimentaria

La seguridad alimentaria del país receptor de la inversión también podría ser materia de controversia. Varios países prohibieron la exportación de productos

---

internacionalización de la economía dentro de un Estado social de derecho", *Estudios Socio-Jurídicos* 13, n.º 1 (2011): 109.

79 *Comunidad indígena sawhoyamaxa c. Paraguay,* Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia, 29 de marzo del 2006.

80 Véase Charles Lipson, *Standing Guard: Protecting Foreign Capital in the Nineteenth and Twentieth Centuries* (Berkeley: University of California Press, 1985), 78.

81 *Piero Foresti c. Sudáfrica,* Icsid Case n.º ARB(AF)/07/01, *award,* 4 de agosto del 2010, pars. 79.

propiedad sobre la tierra.indd 237 2/11/21 11:41 a.m.

agrícolas durante la crisis alimentaria del 2008[82]. La existencia de una crisis alimentaria, como muestra este antecedente, puede llevar al Estado receptor de la inversión a tomar medidas que limiten las expectativas de los inversores extranjeros. En principio, una crisis alimentaria justificaría estas medidas, sin perjuicio de los derechos de los inversores. No obstante, el antecedente de los casos contra Argentina por la crisis económica brinda un panorama más incierto. Existen casos decididos contra Argentina a pesar de la emergencia[83], y una serie de casos en los que la emergencia justificó las medidas adoptadas por el país, pero solo por un periodo determinado[84]. Los casos contra Argentina han dejado dos lecciones. La primera es que, aunque la crisis argentina fue de grandes proporciones, no siempre los tribunales fallaron a favor de este país. La segunda es que resulta importante tener en cuenta en qué medida el país receptor de la inversión pudo haber coadyuvado a generar la crisis. En el caso de una crisis alimentaria generalizada, además, será necesario considerar que el caso involucraría la emergencia tanto del país receptor como del país de origen de la inversión extranjera. Esto, sin dudas, podría jugar un rol en la decisión de una controversia.

Conclusiones

Este trabajo analizó en qué medida los derechos de propiedad de los inversores extranjeros son diferentes de los nacionales respecto de la tierra y los emprendimientos agrícolas. En ciertas circunstancias, los TPIE y los arbitrajes de inversiones pueden transformar las expectativas de negocio de los inversores extranjeros en una parte concreta de sus derechos. Esta definición del contenido de los derechos puede afectar de manera fundamental la relación entre los inversores extranjeros y los Estados. Las medidas que pueden tomar los Estados sin tener que pagar compensación dependen de los derechos sustanciales de los inversores extranjeros. Las lecciones que surgen del análisis realizado son muy importantes para comprender la relación entre los inversores extranjeros en agricultura y los Estados, especialmente desde la posición de los países latinoamericanos. Los Estados deben ser cuidadosos tanto al firmar contratos como al hacer declaraciones a los inversores extranjeros, prestando atención a su ordenamiento jurídico cuando promueven la inversión extranjera en agricultura. En materia agrícola, sobre

82 "Los alimentos suben y las presiones aumentan", *Página 12,* 2 de mayo del 2008.

83 *CMS c. Argentina,* Icsid Case n.º ARB/01/8, *award,* 12 de mayo del 2005; *El Paso c. Argentina,* Icsid Case n.º ARB/03/15, *award,* 31 de octubre del 2011; *Total c. Argentina,* Icsid Case n.º ARB/04/01, *decision on liability,* 27 de diciembre del 2010.

84 *LG&E c. Argentina,* Icsid Case n.º ARB/02/1, *decision on liability,* 3 de octubre del 2006.

propiedad sobre la tierra.indd 238 2/11/21 11:41 a.m.

todas las cosas, los países deberían establecer organismos de regulación profesionales con la capacidad de proveer evidencia científica que permita justificar medidas regulatorias. Esto ayudaría a resguardar cierta capacidad de los Estados para adoptar medidas regulatorias legítimas sin pagar compensación. El principal problema que presentan los TPIE se refiere a los cambios de política a raíz de nuevas preferencias o demandas de las comunidades. Cambios que no requerirían pagar compensación a inversores nacionales no podrían realizarse frente a los inversores extranjeros sin pagar compensaciones o, en su caso, sin pagar mayores compensaciones. Es aquí donde los derechos de los inversores extranjeros pueden hacer una gran diferencia.

Referencias

Doctrina

Alexander, Gregory. *The Global Debate over Constitutional Property: Lessons for American Takings Jurisprudence.* Chicago: University of Chicago Press, 2006.

Barrère, Christian. "Judicial system and property rights". En *The Elgar Companion to the Economics of Property Rights,* editado por Enrico Colombatto, 129. Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2006.

Bernasconi-Osterwalder, Nathalie y Jha Vyoma. *Recent Developments in International Investment Disputes: Investment Treaty Cases from September 2010 to October 2011.* International Institute for Sustainable Development, 2012.

Bohoslavsky, Juan Pablo, *Tratados de protección de las inversiones e implicaciones para la formulación de políticas públicas (especial referencia a los servicios de agua potable y saneamiento).* Cepal, Colección Documentos de Proyectos, 2010.

Bonnal, Philippe, Pierre Marie Bosc, Mario Díaz y Bruno Losch. "Multifuncionalidad de la agricultura y 'nueva ruralidad'. ¿Reestructuración de las políticas públicas a la hora de la globalización?". Ponencia presentada en el Seminario Internacional El Mundo Rural: Transformaciones y Perspectivas a la Luz de la Nueva Ruralidad, Pontificia Universidad Javeriana, Clacso, Redcapa, Bogotá, 15-17 de octubre del 2003.

Cole, Daniel y Peter Grossman. "The meaning of property rights: law versus economics?". *Land Economics* 78, n.º 3 (2002): 317.

Cotula, Lorenzo. "The new enclosures? Polanyi, international investment law and the global land rush". *Third World Quarterly* 34, (2103): 1605.

propiedad sobre la tierra.indd 239 2/11/21 11:41 a.m.

Deininger, Klaus y Derek Byerlee. *Rising Global Interest in Farmland: Can it Yield Sustainable and Equitable Benefits?* Washington D. C.: Banco Mundial, 2011.

Douglas, Zachary. "The hybrid foundations of investment treaty arbitration". *British Yearbook of International Law* 74 (2003): 151.

Dunning, John y Sarianna Lundan. *Multinational Enterprises and the Global Economy,* 2.ª ed. Cheltenham, Reino Unido, y Northampton, MA: Edward Elgar, 2008.

FAO. *Dinámica del mercado de la tierra en América Latina y el Caribe: concentración y extranjerización.* Roma: Naciones Unidas, 2012.

Fietta, Stephen. "Expropriation and the 'fair and equitable' standard". *Journal of International Arbitration* 23, n.º 5 (2006): 379.

Gaillard, Emmanuel. "Chronique des sentences arbitrales - Centre International pour le Règlement des Différends Relatifs aux Investissements (Cirdi)". *Revue trimestrielle Lexis Nexis Juris Classeur* (2008): 311.

García Amador, Francisco. *International Responsibility. Fourth Report.* Comisión de Derecho Internacional, A/CN.4/119, 1959.

Gayá, Romina y Kathia Michalczewsky. *El salto exportador del Mercosur en 2003-2008. Más allá del boom de las materias primas.* IDB-Intal, 2011, nota técnica 292.

Gold, Andrew. "A property theory of contract". *Northwestern University Law Review* 103, n.º 1 (2009): 1.

Gómez-Suárez, Andrei, Nicolás Perrone y Enrique Prieto Ríos. "Foreign investors and peace in Colombia". *International Community Law Review.* LASA Conference, 2015.

Honoré, Anthony. "Ownership". En *Oxford Essays in Jurisprudence: A Collaborative Work,* editado por Anthony G. Guest, 107. Londres y Nueva York: Oxford University Press, 1961.

Jennings, Robert Y. "State contracts in international law". *British Yearbook of International Law* 37 (1961): 156.

Kaushal, Asha. "Revisiting history: how the past matters for the present backlash against the foreign investment regime". *Harvard International Law Journal* 50, n.º 2 (2009): 491.

"Labriegos y defensores de semillas, indignados por decisiones del ICA". *El Tiempo,* 30 de noviembre del 2013. http://www.eltiempo. com/archivo/documento/cms-13236396

Lentini, Emilio y Gonzalo Fierro. "Políticas tarifarias y regulatorias en el marco de los Objetivos de Desarrollo del Milenio y el derecho humano al agua

propiedad sobre la tierra.indd 240 2/11/21 11:41 a.m.

y al saneamiento". Cepal - Serie Recursos Naturales e Infraestructura, n.º 164 (2014).

Lipson, Charles. *Standing Guard: Protecting Foreign Capital in the Nineteenth and Twentieth Centuries.* Berkeley: University of California Press, 1985.

Llewellyn, Karl. *Jurisprudence: Realism in Theory and Practice.* New Brunswick y Londres: Transaction Publishers, 2000.

"Los alimentos suben y las presiones aumentan". *Página 12,* 2 de mayo del 2008. http://www.pagina12.com.ar/diario/el- pais/1-103421-2008-05-02.html

Mandelker, Daniel. "Investment-backed expectations: is there a taking?". *Journal of Urban and Contemporary Law* 31, n.º 3 (1987): 3.

Merrill, Thomas y Henry Smith. "Optimal standardization in the law of property: the numerus clausus principle". *Yale Law Journal* 110 (2000): 1.

Michelman, Frank. "Property as a constitutional right". *Washington and Lee Law Review* 38 (1981): 1097.

North, Douglas. *Structure and Change in Economic History.* Nueva York: W. W. Norton & Company, 1981.

Ostrom, Elinor y Edella Schlager. "The formation of property rights". En *Rights to Nature: Ecological, Economic, Cultural, and Political Principles of Institutions for the Environment,* editado por Susan Hanna, Carl Folke y Karl Mäler, 137. Washington D. C.: Island Press, 1996.

Paulsson, Jan. "Universal arbitration - what we gain, what we lose". The Alexander Lecture-Chartered Institute of Arbitrators, 29 de noviembre del 2012 (*draft:* 3 de diciembre del 2012), 10. http:// www.globalarbitrationreview.com/cdn/files/gar/articles/jan_Pauls- son_Universal_Arbitration_-_what_we_gain_what_we_lose.pdf

Penner, James. *The Idea of Property in Law.* Oxford: Oxford University Press, 2000.

Perrone, Nicolás. "La inversión extranjera en agricultura y los altos precios de los productos primarios: un aporte para comprender el actual desafío del Mercosur". *Revista Comercio e Integración* 35 (2012): 63.

Perrone, Nicolás. "The international investment regime and foreign investors' rights: another view of a popular story". *Manchester Journal of International Economic Law* 11, n.º 3 (2014): 397.

Perrone, Nicolás, "The international investment regime and foreign investors' rights: another view of a popular story". Tesis doctoral, London School of Economics and Political Science, 2013.

Prieto Ríos, Enrique. "BIT y la Constitución colombiana de 1991: internacionalización de la economía dentro de un Estado social de derecho". *Estudios Socio-Jurídicos* 13, n.º 1 (2011): 109.

propiedad sobre la tierra.indd 241 2/11/21 11:41 a.m.

Rose, Carol. "Mahon reconstructed: why the takings issue is still a muddle". *Southern California Law Review* 57 (1984): 561.

Rose, Carol. "'Takings' and the practices of property: property as wealth, property as 'propriety'". En *Property and Persuasion,* 50. Colorado: Westview Press, 1994.

Rose-Ackerman, Susan. "Against ad hocery: a comment on Michelman". *Columbia Law Review* 88 (1988): 1697.

Salacuse, Jeswald. "The emerging global regime for investment". *Harvard International Law Journal* 51, n.º 2 (2010): 427.

Salacuse, Jeswald y Nicholas Sullivan. "Do BIT really work?: an evaluation of bilateral investment treaties and their Grand Bargain". *Harvard International Law Journal* 46, n.º 1 (2005): 67.

Schneiderman, David. *Constitutionalizing Economic Globalization. Investment Rules and Democracy's Promise.* Nueva York: Cambridge University Press, 2008.

Schønberg, Søren. *Legitimate Expectations in Administrative Law.* Nueva York: Oxford University Press, 2000.

Schreuer, Christoph y Ursula Kriebaum. "At what time must legitimate expectations exist?". En *A liber amicorum: Thomas Wälde,* editado por Jacques Werner y Arif Ali, 265. Londres: CMP Publishing Ltd., 2009.

Schulz, Clifford y Gregory Weber. "Changing judicial attitudes towards property rights in California water resources: from vested rights to utilitarian reallocations". *Pacific Law Journal* 19 (1987): 1031.

Segrelles, José Antonio. "Una reflexión sobre la reciente reorganización de los usos agropecuarios en América Latina". *Anales de Geografía de la Universidad Complutense* 27, n.º 1 (2007): 125.

Shemberg, Andrea. *Stabilization Clauses and Human Rights.* International Finance Corporation and the United Nations Special Representative to the Secretary General on Business and Human Rights, 2008.

Sherwin, Emily. "Two-and three- dimensional property rights". *Arizona Law Review* 29 (1997): 1075.

Sornarajah, M. "The case against a regime on international investment law". En *Regionalism in International Investment Law,* editado por Leon Trakman y Nick Ranieri, 494. Nueva York: Oxford University Press, 2013.

Stiglitz, Joseph. "Regulating multinational corporations: towards principles of cross-border legal frameworks in a globalized world: balancing rights with responsibilities". *American University International Law Review* 23 (2008): 451.

propiedad sobre la tierra.indd 242 2/11/21 11:41 a.m.

Stumberg, Robert. *Reform of Investor Protections. Review of the Model* U.S. *Bilateral Investment Treaty.* U.S. Department of State & Office of the U.S. Trade Representative, 29 de julio del 2009.

Unctad. *Bilateral Investment Treaties 1995-2006: Trends in Investment Rulemaking,* 8. Nueva York y Ginebra: Naciones Unidas, 2007, 8.

Unctad. *World Investment Report 2012: Towards a New Generation of Investment Policies.* Nueva York y Ginebra: Naciones Unidas, 2012.

Van Harten, Gus. *Investment Treaty Arbitration and Public Law.* Nueva York: Oxford University Press, 2007.

Von Walter, André. "The investor's expectations in international investment arbitration". *Transnational Dispute Management* 6, n.º 1 (2009): 1.

Waldron, Jeremy. *The Right to Private Property.* Oxford: Clarendon Press, 1988.

Waldron, Jeremy. *The Rule of Law and the Measure of Property.* Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

Weber, Max. *Economy and Society* 1*,* editado por Guenther Roth y Claus Wittich. Nueva York: Bedminster Press, 1968.

Laudos y decisiones internacionales

Aguas del Tunari c. Bolivia, Icsid Case n,º ARB/02/3.

Azurix c. Argentina, Icsid Case n.º ARB/01/12, *award,* 14 de julio del 2006.

Bayview Irrigation c. México, Icsid Case n.º ARB(AF)/05/1, *award,* 19 de junio del 2007.

Burlington c. Ecuador, Icsid Case n.º ARB/08/5, *decision on liability,* 14 de diciembre del 2012.

Chemtura c. Canadá, Uncitral-Nafta, *award,* 2 de agosto del 2010.

CMS *c. Argentina,* Icsid Case n.º ARB/01/8, *award,* 12 de mayo del 2005.

Comunidad indígena sawhoyamaxa c. Paraguay, Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia, 29 de marzo del 2006.

Continental c. Argentina, Icsid Case n.º ARB/03/9, *award,* 5 de septiembre del 2008.

Duke c. Ecuador, Icsid Case n.º ARB/04/19, *award,* 18 de agosto del 2008.

EDF *c. Rumania,* Icsid Case n.º ARB/05/13, *award,* 8 de octubre del 2009.

El Paso c. Argentina, Icsid Case n.º ARB/03/15, *award,* 31 de octubre del 2011.

Feldman c. México, Icsid Case n.º ARB(AF)/99/1, *award,* 16 de diciembre del 2002.

Frontier Petroleum c. República Checa, Uncitral, *award,* 12 de noviembre del 2010.

Genin c. Estonia, Icsid Case n.º ARB/99/2, *award,* 25 de junio del 2001.

Glamis c. USA*,* Uncitral-Nafta, *award,* 8 de junio del 2009.

propiedad sobre la tierra.indd 243 2/11/21 11:41 a.m.

International Thunderbird c. México, Nafta-Uncitral, opinión de Thomas Wälde, 1.º de diciembre del 2005.

Ioannis Kardassopoulos c. Georgia, Icsid Case n.º ARB/05/18, *award,* 3 de marzo del 2010.

LG&E *c. Argentina,* Icsid Case n.º ARB/02/1, *decision on liability,* 3 de octubre del 2006.

Maffezini c. Spain, Icsid Case n.º ARB/97/7, *award,* 13 de noviembre del 2000.

Merrill c. Canadá, Uncitral, Icsid Administered Case - Nafta, *award,* 31 de marzo del 2010.

Methanex c. USA, Uncitral-Nafta, *final award of the Tribunal on Jurisdiction and Merits,* 3 de agosto del 2005.

National Grid Plc. c. Argentina, Uncitral, *award,* 3 de noviembre del 2008.

OKO *v. Estonia,* Icsid Case n.º ARB/04/6, *award,* 19 de noviembre del 2007.

Piero Foresti c. Sudáfrica, Icsid Case n.º ARB(AF)/07/01, *award,* 4 de agosto del 2010.

Pope & Talbot c. Canadá, Uncitral-Nafta, *award in respect of damages,* 31 de mayo del 2002.

Pope & Talbot c. Canadá, Uncitral-Nafta, *interim award,* 26 de junio del 2000.

Saluka c. República Checa, Uncitral, *partial award,* 17 de marzo del 2006.

SD *Myers c. Canadá,* Uncitral-Nafta, *partial award,* 13 de noviembre del 2000.

Sergei Paushok c. Mongolia, Uncitral, *award on jurisdiction and liability,* 28 de abril del 2011.

Spyridon Roussalis c. Romania, Icsid Case n.º ARB/06/1, *award,* 7 de diciembre del 2011.

Suez c. Argentina, Icsid Case n.º ARB/03/17, opinión de Pedro Nikken, 30 de julio del 2010.

Tecmed c. México, Icsid Case n.º ARB(AF)/00/2, *award,* 29 de mayo del 2003.

Total c. Argentina, Icsid Case n.º ARB/04/01, *decision on liability,* 27 de diciembre del 2010.

propiedad sobre la tierra.indd 244 2/11/21 11:41 a.m.

SOBRE LOS AUTORES

Tatiana Alfonso
Profesora de tiempo completo del Departamento de Derecho del Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM). Sus intereses de investigación incluyen los derechos humanos, la sociología del derecho, raza/etnicidad y desarrollo, y metodologías de investigación. En su trabajo explora la relación entre derecho y desigualdades sociales, con énfasis en el rol que juegan las instituciones políticas y legales en la distribución de recursos entre actores en posiciones sociales desiguales. En ejercicio de estos intereses ha trabajado en proyectos sobre discriminación racial y derechos humanos, movimientos sociales y cambio legal, derechos de propiedad sobre la tierra de pueblos indígenas, comunidades afrodescendientes y campesinas en América Latina. Es psicóloga y abogada de la Universidad de los Andes, con estudios de Maestría y Doctorado en Sociología de la Universidad de Wisconsin-Madison.

Helena Alviar García
Abogada de la Universidad de los Andes, con Maestría (LL.M) y Doctorado en Derecho (S.J.D.) de la Escuela de Derecho de Harvard. Fue decana de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes y profesora titular de esta misma universidad. Es experta en temas relacionados con derecho y desarrollo; derecho constitucional y políticas públicas; justicia transicional; y feminismo y propiedad. Actualmente es profesora en Sciences Po Law School, París.

Ha sido profesora visitante en la Escuela de Derecho de Harvard, Universidad de Pensilvania, Universidad de Torino, Universidad de Miami, Universidad de Puerto Rico y Universidad de Wisconsin-Madison. Entre sus publicaciones se encuentran: *The Distributive Politics of Impunity and Anti-Impunity: Lesssons from Four Decades of Colombian Peace Negotiations* (en coautoría con Karen Engle); *Distribution of Resources Led by Courts: A Few Words of Caution* (2014); "Feminismo y crítica jurídica. El análisis distributivo como alternativa crítica al legalismo liberal" (en coautoría con Isabel Jaramillo, 2012); *The Unending Quest for Land: The Tale of Broken Constitutional Promises* (2011); y *Legal Reform, Social Policy, and Gendered Redistribution in Colombia: The Role of the Family*; *Law, Development, and Feminism in Latin America* (2008).

propiedad sobre la tierra.indd 245 2/11/21 11:41 a.m.

Lina María Arroyave Velásquez
Abogada y magíster en Derecho con énfasis en investigación de la Universidad EAFIT, Medellín. Ha trabajado en investigación e incidencia en derechos humanos, especialmente en temas de educación y profesión jurídica, conflicto armado, restitución de tierras, desplazamiento y migración forzada. Actualmente se desempeña como investigadora del equipo de migración en Dejusticia.

Lina M. Céspedes-Báez
Profesora titular de la Universidad del Rosario, Bogotá. Abogada con especialización en Derecho Tributario de la misma institución. Tiene una Maestría en Estudios de Género de la Universidad Nacional de Colombia, un Máster en Derecho de Cardozo School of Law (Yeshiva University, NYC) y un Doctorado en Derecho (SJD) de la Temple University (Filadelfia). Fue becaria Fulbright 2012-2014 y Residential Fellow del Institute for Global Law and Policy de la Escuela de Derecho de la Universidad de Harvard del 2014 al 2015. Pertenece al Grupo de Investigación en Derecho Privado de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario y es parte de la Línea de Investigación en Derecho y Género. Es miembro adherente de la Red Alas. Ha sido coordinadora académica de la Cátedra Unesco de Género. Su quehacer en investigación se ha centrado primordialmente en temas de género, propiedad, conflicto armado y derecho internacional. Ha ejercido la profesión jurídica desde el año 2000 por medio del litigio, asesoría legal y consultoría. Se desempeñó como vicedecana de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario en el periodo 2015-2019 y fue decana (e) de la misma facultad en el primer semestre del 2019.

Jorge L. Esquirol
Profesor de Derecho en la Universidad Internacional de Florida, Miami, desde el 2002, donde fue uno de los fundadores de la Facultad de Derecho y el primer director de Programas Internacionales. Ocupó el cargo de director académico del Posgrado en Derecho (LL.M y S.J.D) de la Escuela de Derecho de Harvard (1992 a 1997) y fue profesor asociado de la Northeastern University School of Law en Boston (1997 al 2001). También se desempeñó como abogado en el bufete internacional de Shearman & Sterling en Nueva York (1990 a 1992) y fue auxiliar judicial en las cortes federales en Miami (1989 a 1990). Es abogado de la Escuela de Derecho de Harvard (J.D.) y doctor en Derecho (S.J.D.) de esa misma institución. Además, se graduó en finanzas (B.S.B.A.) en la Universidad de Georgetown, Washington D. C. Es especialista en "derecho y desarrollo" y derecho comparado sobre América Latina. Ha escrito una serie de artículos en revistas jurídicas

propiedad sobre la tierra.indd 246 2/11/21 11:41 a.m.

estadounidenses y extranjeras sobre el derecho en la región y las principales propuestas internacionales para su reforma.

Meghan L. Morris
Profesora asistente en la Facultad de Derecho de la Universidad de Cincinnati y profesora afiliada en la Facultad de Antropología de la misma universidad. Sus áreas de investigación se enfocan en la relación entre la propiedad y el conflicto. Es doctora en Antropología de la Universidad de Chicago y abogada de la Escuela de Derecho de Harvard.

María Carolina Olarte-Olarte
Profesora asociada de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, con PhD en Derecho de Birkbeck College (Universidad de Londres) y una Maestría (MRes) en Investigación con Énfasis en Derechos Humanos de la misma universidad. Sus intereses de investigación incluyen las teorías críticas feministas sobre los comunes y el territorio, la geografía legal en la intersección entre el derecho administrativo y el derecho de propiedad, la protesta socioambiental y la construcción de espacio público, y las dimensiones socioeconómicas en los conflictos socioambientales en escenarios de transición.

Nicolás M. Perrone
Profesor e investigador asociado de la Facultad de Derecho de la Universidad Andrés Bello, sede Viña del Mar.

María Paula Saffon Sanín
Investigadora titular del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Sus temas de investigación incluyen la movilización y los movimientos sociales, los grupos étnicos y campesinos, los derechos de propiedad, la justicia transicional, la violencia, los derechos humanos, la democracia y el constitucionalismo.

propiedad sobre la tierra.indd 247 2/11/21 11:41 a.m.

Propiedad sobre la tierra en Colombia
se terminó de imprimir
y encuadernar en noviembre del 2021
en Bogotá, D. C., Colombia.

Se compuso en la fuente Garamond
de cuerpo 11 puntos.

propiedad sobre la tierra.indd 248 2/11/21 11:41 a.m.