

IRIS LIZZETTE BUITRAGO ALMANZA

**EL INCUMPLIMIENTO DEL DEBER DE CONTROL DE LEGALIDAD DEL
NOTARIO FRENTE AL DESPOJO JURÍDICO DE TIERRAS EN ZONAS DE
VIOLENCIA GENERALIZADA Y SU RELEVANCIA PENAL**

Maestría en Derecho con énfasis en Ciencias Penales y Criminológicas

Bogotá D. C., Colombia

2020

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA
FACULTAD DE DERECHO
MAESTRÍA EN DERECHO CON ÉNFASIS EN CIENCIAS
PENALES Y CRIMINOLÓGICAS

Rector: **Dr. Juan Carlos Henao Pérez**

Secretaria General: **Dra. Martha Hinestrosa Rey**

Decana Facultad de Derecho: **Dra. Adriana Zapata Giraldo**

Director Departamento

Derecho Penal: **Dr. Jaime Bernal Cuéllar**

Director de Tesis: **Dr. Darío Bazzani Montoya**

Presidente de Tesis: **Dr. Hernando Hernández Quintero**

Examinadores: **Dr. José Guillermo Eduardo Ferro Torres**
Dr. Orlando Ospitia Garzón

Tabla de contenido

Introducción	5
1 Capítulo I	10
1.1 De la función notarial	10
1.2 Deberes jurídicos de los notarios frente a predios adjudicados en programas de dotación de tierras	20
1.3 La responsabilidad penal del notario.....	29
1.4 La responsabilidad penal del notario en relación con la autorización de escrituras públicas 31	
1.5 Consideraciones sobre el desplazamiento forzado.....	33
1.6 Definición de despojo y abandono forzado de tierras	35
1.7 Clases de despojo: despojo material, despojo jurídico, manifestaciones	39
2 Capítulo II.....	43
2.1 Teoría del bien jurídico	43
2.2 Bienes jurídicos vulnerados con el despojo jurídico de tierras.....	55
2.3 Soluciones jurídicas extrapenales al despojo de tierras.....	72
2.3.1 Mecanismos jurídicos propuestos por el derecho privado respecto a situaciones de despojo jurídico de tierras – fuerza en el contexto de violencia generalizada.....	72
2.3.2 Reparación a las víctimas del conflicto, medida de restitución de tierras en el marco de los modelos de justicia transicional	79
3 Capítulo III.....	91

3.1	Desplazamiento forzado	93
3.1.1	Desplazamiento forzado como delito que atenta contra personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario	93
3.1.2	Desplazamiento forzado como delito contra la libertad individual y otras garantías	99
3.1.3	Desplazamiento forzado como delito de lesa humanidad	104
3.2	Falsedad ideológica en documento público.....	108
3.3	Prevaricato por acción o por omisión.....	114
3.3.1	Concurso aparente entre la “Falsedad ideológica en documento público” y el “Prevaricato”	125
3.4	Usurpación de inmuebles.....	126
3.5	Elementos que debe contener el tipo penal para que se proteja el bien jurídico afectado con el despojo jurídico de tierras	142
4	Conclusiones	150
5	Referencias	159

Introducción

De las diversas situaciones relacionadas con el conflicto armado interno colombiano, el despojo de tierras es uno de los conceptos que más se vincula al fenómeno de desplazamiento forzado, considerado como una calamidad nacional que ha causado una grave emergencia social y que genera el deber ineludible de las autoridades del Estado de combatir, empleando los instrumentos que en el marco de sus competencias han sido dispuestos para la protección de sujetos en especial condición de vulnerabilidad, como es el caso de las personas internamente desplazadas por la violencia.

Ante esa realidad que aún no cesa, incluso agravada a partir de la suscripción del “Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera”, dada la multiplicidad de actores que hacen parte de las hostilidades y la delincuencia común, los cuales han pretendido cooptar los territorios abandonados por actores sometidos a la justicia o que eran ocupados por aquellos con los que se logró el acuerdo, dentro de los mecanismos que han sido establecidos por el Estado colombiano que pretenden garantizar de manera eficiente los principios de verdad, justicia, reparación y no repetición en el marco de modelos de justicia transicional, se encuentra la medida de restitución jurídica de tierras, otorgando prioridad a que las víctimas que han debido abandonar su tierra por causa de la violencia o que han sido expulsadas de sus territorios sean reparadas integralmente, intentado que las cosas vuelvan al estado anterior al desplazamiento, independientemente de la vinculación que tuvieran con la tierra, es decir, la condición de propietarios, de poseedores, de ocupantes o de tenedores legítimos.

De esa forma, los distintos patrones de violencia que figuran como causas del desplazamiento forzado tienden a trasladarse al estudio de las figuras de despojo (material y jurídico) y abandono

forzado de tierras, fenómenos que asentaron la consagración de sus definiciones en la Ley 1448 de 2011. Por otra parte, la academia ha vertido sus esfuerzos en la definición conceptual y en la identificación de las modalidades en que pueden producirse, pero no se han abordado de manera puntual cada uno de esos eventos y las repercusiones jurídicas que comportan.

Es por ello que este trabajo de investigación se propone analizar una de esas modalidades, esto es, el despojo jurídico de tierras, producido por la conducta antinormativa del notario, calidad que por mandato de la ley penal lo equipara a la de un servidor público, elección que se produjo por ser la autoridad encargada de impartir legalidad a los actos jurídicos de los particulares que deben ser protocolizados por medio de escritura pública, especialmente, aquellos que recaen sobre inmuebles rurales.

Los notarios como particulares que ejercen funciones públicas de manera permanente, prestan sus servicios en prácticamente todo el territorio nacional, lo que genera un contacto directo con la población dada la multiplicidad de actos que certifican o autentican, de suerte, que no están aislados de la realidad social que azota a la comunidad del círculo notarial en el que ejercen sus funciones, en especial, cuando se trata de la ocurrencia de masivos desplazamientos forzados y otros delitos asociados al conflicto, como la extorsión, el secuestro o el terrorismo.

De los negocios jurídicos que recaen sobre bienes rurales en zonas de violencia generalizada, este trabajo investigativo se limitó a aquellos adjudicados en programas de dotación de tierras en el marco de políticas de reforma agraria, toda vez que, en relación a ellos, sin que sea exclusivo para este tipo de inmuebles, desde el año 1961, el legislador impuso obligaciones expresas a los notarios, no solo para proteger a los beneficiarios de este tipo de programas sino para garantizar que la propiedad de estas tierras quede en manos de trabajadores agrarios y de personas de escasos recursos económicos, medidas de carácter intervencionista por parte del Estado que propenden por

modificar la inequitativa estructura social agraria y mejorar las condiciones de vida de campesinos y trabajadores del campo.

De acuerdo con lo expuesto, el objeto de esta investigación se contrae a determinar si la conducta del notario que incumple el deber de ejercer control de legalidad al autorizar escrituras públicas que transfieren predios adjudicados en programas de dotación de tierras, ubicados en zonas de violencia generalizada, con inobservancia de las obligaciones establecidas en los regímenes de adjudicación y de las disposiciones que previenen el desplazamiento forzado de personas, comporta relevancia penal.

Para dar respuesta al problema jurídico, se aborda el marco constitucional, legal y jurisprudencial que regula la actividad notarial en Colombia, así como el desarrollo legislativo y reglamentario en relación con los mencionados regímenes en concordancia con las disposiciones tendientes a prevenir, atender, proteger, consolidar y estabilizar socioeconómicamente a los desplazados internos por la violencia.

Con el fin de determinar, si el comportamiento investigado ostenta relevancia penal, necesariamente se parte de la teoría del bien jurídico, al hacer énfasis en el alcance que le ha otorgado la jurisprudencia constitucional y la doctrina penal, lo que permite descender a la comprensión del bien jurídico vulnerado con el despojo de tierras de las víctimas de desplazamiento forzado.

La identificación y análisis de este bien jurídico vulnerado supera la noción privatista del concepto de propiedad, en razón a que la tierra adjudicada en reforma agraria constituye un factor de naturaleza constitucional ligada a la dignidad humana como objeto concreto de protección que, en términos de la jurisprudencia constitucional, comprende la posibilidad de que la persona

desarrolle su potencial en libertad, pueda obtener ingresos, explote la tierra viviendo de la mejor manera y que su arraigo le permita vivir dignamente sin ningún tipo de humillación.

En atención al carácter subsidiario, fragmentario y de *ultima ratio* del derecho penal, se analizan las alternativas de control establecidas en el derecho privado y la Ley 1448 de 2011, con el fin de establecer, si ofrecen una protección efectiva al bien jurídico vulnerado con el despojo de tierras, lo que permite concluir que el *ius puniendi* debe operar ante las fallas que evidentemente aquellas presentan.

La relevancia penal que ostenta el comportamiento notarial cuestionado y bajo la égida de la teoría del bien jurídico que protege el legislador con cada tipo penal, la investigación lleva a adecuar la conducta en los tipos penales existentes, para lo cual se parte de la necesaria vinculación con los tipos de desplazamiento forzado que están previstos en la legislación colombiana como atentatorio de personas protegidas por el Derecho Internacional Humanitario, como afectación a la libertad individual o como delito de lesa humanidad.

Ante la palmaria improcedencia de adecuar típicamente la conducta del notario en esos tipos penales, el juicio de adecuación impone la valoración en los delitos de “falsedad ideológica en documento público”, “prevaricato” y “usurpación de inmuebles”, consagraciones penales que se estudian en atención a los intereses protegidos de la fe pública, los principios constitucionales que informan el ejercicio de la función pública y el patrimonio económico, respectivamente.

La actualidad del fenómeno investigado y la trascendencia de la afectación producida hacen un llamado no solo a la academia sino a los órganos que administran justicia y de control para llevar la discusión de lo general a lo particular, en relación con cada uno de los eventos en que servidores públicos con sus acciones y omisiones contribuyen al despojo de tierras, actuaciones que, si bien

están relacionadas, resultan ser independientes de las conductas de apropiación y aprovechamiento ilegal de inmuebles en zonas de violencia generalizada.

Finalmente, y en caso de establecerse la desprotección en que se encuentra el bien jurídico vulnerado con el despojo jurídico de tierras, se propone la creación de un nuevo tipo penal denominado “despojo jurídico de tierras” y se describe los elementos esenciales que debe contener para sancionar el actuar de servidores públicos que dentro de sus funciones está la constitución de títulos de propiedad y que en zonas de violencia generalizada en el marco del conflicto armado privan jurídicamente de los derechos de propiedad, posesión, ocupación o tenencia legítima a los campesinos y trabajadores agrarios, para tal efecto se expone, en razón a la dirección de la política económica de tierras por parte del Estado, que el mencionado punible debe consagrarse como atentatorio del orden económico y social.

1 Capítulo I

1.1 De la función notarial

Desde el punto de vista normativo, antes del año 1970 la actividad notarial se encontraba regulada en el Código Civil de los Estados Unidos de Colombia, Ley 84 de 1873, título XLII, artículos 2546 al 2636, disposiciones en las que se precisaron entre otros aspectos los siguientes: la función del notario de dar constancia y autenticidad de los actos, la circunscripción territorial en la cual ejerce sus funciones (circuito), horario de atención al público, actividades desarrolladas dentro y fuera de la notaría, la prohibición de autorizar escrituras que le reporten provecho al notario, así como los libros que debía llevar.

En ese sentido, el artículo primero de la Ley 29 de 1973 dispone que el notariado “es un servicio público que se presta por los notarios e implica el ejercicio de la fe notarial”. Por eso, el ejercicio de la fe notarial de conformidad con la norma en mención implica otorgar plena autenticidad: i) A las declaraciones emitidas ante el notario; y ii) A lo que el notario expresa en relación de los hechos percibidos por él en ejercicio de sus funciones, en ambos casos con los requisitos que la ley establece.

En ese orden de ideas, la función notarial es un servicio público reglado que otorga autenticidad a los actos y las declaraciones que establece la ley, postulados que fueron desarrollados en la Constitución Política de 1991, en el artículo 131, mediante el cual se reitera la naturaleza del servicio público, así como en la jurisprudencia constitucional que desarrolló algunas de las características de esa actividad (Sentencia C-863, 2012, apdo. VI, núm. 3, párr. 2), en estos términos: (i) Es un servicio público; (ii) A cargo de particulares, que actúan en desarrollo del principio de descentralización por colaboración; (iii) Que apareja el ejercicio de una función pública, en tanto son depositarios de la fe pública; (iv) Para estos efectos se encuentran investidos

de autoridad; (v) Que no adquieren el carácter de servidores públicos o de autoridades administrativas en sentido subjetivo u orgánico, pero si responden como si fueran servidores públicos por ejercer una función de esta naturaleza.

Recientemente el máximo Tribunal Constitucional colombiano, en uno de sus pronunciamientos (Sentencia C-029, 2019, apdo. VI, núm. 5) analizó la naturaleza de la actividad notarial, respecto de la cual destacó los siguientes aspectos: i) Como servicio público, catalogado así, como se ha establecido por la Carta Superior, al tratarse de un servicio que requiere una prestación permanente, esto es, la función de dar fe a los actos y declaraciones cuya prestación puede estar a cargo del Estado o de los particulares; ii) Como forma de organización administrativa bajo la premisa que para la función notarial, el Estado faculta a los particulares para el ejercicio de la función pública de dar fe, escenario frente al cual se estaría en presencia de la denominada descentralización por colaboración, figura jurídica con fundamento constitucional en los artículos 123 inciso 3¹ y 365²; iii) Como ejercicio de la función fedante que consiste en otorgar valor jurídico y alcance probatorio sobre los actos y declaraciones autorizados y no prohibidos por la ley; iv) Como ejercicio de autoridad, que ejerce el notario en virtud de una potestad conferida por el Estado por vía constitucional, legal y reglamentaria y; v) Su ejercicio no implica la calidad de servidor público, toda vez que se trata de una función pública ejercida por los particulares.

¹ Artículo 123. Son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. [...] La ley determinará el régimen aplicable a los particulares que temporalmente desempeñen funciones públicas y regulará su ejercicio.

² Artículo 365. Los servicios públicos son inherentes a la finalidad social del Estado. Es deber del Estado asegurar su prestación eficiente a todos los habitantes del territorio nacional. Los servicios públicos estarán sometidos al régimen jurídico que fije la ley, podrán ser prestados por el Estado, directa o indirectamente, por comunidades organizadas, o por particulares. En todo caso, el Estado mantendrá la regulación, el control y la vigilancia de dichos servicios. Si por razones de soberanía o de interés social, el Estado, mediante ley aprobada por la mayoría de los miembros de una y otra cámara, por iniciativa del Gobierno decide reservarse determinadas actividades estratégicas o servicios públicos, deberá indemnizar previa y plenamente a las personas que en virtud de dicha ley, queden privadas del ejercicio de una actividad lícita.

Delimitado los aspectos relevantes del ejercicio de la función notarial, se observa que al tratarse de una función pública que se encuentra reglada, su ejercicio es autónomo en virtud de lo previsto en el artículo 116 del Decreto 2148 de 1983³, con la limitación de estar sujeto al imperio de la Constitución (artículos 4 y 93), concebida en sentido amplio, a saber, el articulado de la Carta Superior y las disposiciones integradas por vía del bloque de constitucionalidad en sentido estricto⁴ y de la ley.

Con fundamento en lo anterior, los notarios responden por infringir la Constitución, así como por la omisión y extralimitación de funciones en virtud de lo previsto en el artículo 6, superior en concordancia con la interpretación sistemática de la jurisprudencia constitucional (Sentencia C-286, 1996), en virtud de la cual, se extiende al particular que ejerce una función pública la responsabilidad del servidor público sin que por tal situación se transforme la calidad de particular. Esta responsabilidad puede ser de carácter patrimonial, disciplinaria y penal, según sea el caso.

Conjuntamente, el Texto Superior (1991, artículos 1, 2, 4 y 5) en el acápite de principios fundamentales, les impone a los notarios la obligación de respetar la dignidad humana y la protección de las personas y sus bienes como aspectos vitales y fundacionales del Estado

³ Artículo 116. La autonomía del notario en el ejercicio de su función implica que dentro del marco de sus atribuciones interpreta la ley de acuerdo con las reglas establecidas en el Código Civil y no depende de un superior jerárquico que le revise sus actuaciones para reformarlas, confirmarlas o revocarlas, sino que actúa bajo su personal responsabilidad.

⁴ La Corte Constitucional hizo referencia a esta distinción en la Sentencia C-191 de 1998, en los siguientes términos:

Efectivamente, resulta posible distinguir dos sentidos del concepto de bloque de constitucionalidad. En un primer sentido de la noción, que podría denominarse bloque de constitucionalidad *stricto sensu*, se ha considerado que se encuentra conformado por aquellos principios y normas de valor constitucional, los que se reducen al texto de la Constitución propiamente dicha y a los tratados internacionales que consagren derechos humanos cuya limitación se encuentre prohibida durante los estados de excepción (C.P., artículo 93) [...] Más recientemente, la Corte ha adoptado una noción *lato sensu* del bloque de constitucionalidad, según la cual aquel estaría compuesto por todas aquellas normas, de diversa jerarquía, que sirven como parámetro para llevar a cabo el control de constitucionalidad de la legislación.

colombiano y, especialmente, a aquellos que requieren protección especial como las personas que, por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta.

Este ámbito de protección es bastante amplio, pero que para efectos de la presente investigación se circunscribe a la población campesina y de trabajadores agrarios víctima de desplazamiento forzado que ha sido reconocida como sujeto de especial protección del Estado, en atención a la histórica vulneración de sus derechos y la deuda existente para su reparación, consolidación y desarrollo (Sentencia C-077, 2017, Sentencia SU 1150, 2000 y Sentencia T-025, 2004). En relación con la protección que debe el Estado a esta población, adicionalmente, el texto constitucional consagró como un deber del Estado promover el acceso a la tierra de los trabajadores agrarios con el fin de mejorar su calidad de vida (Constitución Política, 1991, art. 64). Este deber que se ha pretendido cumplir con la implementación de políticas de reforma agraria dirigidas a cambiar la estructura social agraria por medio de procedimientos enderezados a eliminar y prevenir la inequitativa concentración de la propiedad rústica o su fraccionamiento antieconómico y dotar de tierras a campesinos de escasos recursos, minifundistas, mujeres campesinas jefes de hogar, comunidades indígenas y beneficiarios de los programas especiales (Ley 169, 1994).

Así las cosas, en consideración a que la responsabilidad de los notarios se encuentra relacionada directamente con la omisión o extralimitación de sus funciones, es elemental referirse a aquellas que recaen sobre este particular que ejerce funciones públicas permanentes que, para efectos de este documento, se clasifican adoptando el modelo propuesto por el profesor Arévalo (2014) en las siguientes categorías:

- i. Función fedante. Como quedó enunciado líneas atrás, se concreta en la potestad del notario de otorgar valor jurídico y alcance probatorio frente a las facultades enunciadas en el

artículo tercero del Decreto 1250 de 1970s. Téngase en cuenta, que el numeral 14 de la norma en mención establece: “las demás funciones que establecen las leyes”.

- ii. Función pública de llevar el registro civil. La Constitución Política autoriza a los particulares para ejercer esta función, sin embargo, por tratarse de una función estatal se encuentra regulada y su cumplimiento es obligatorio, específicamente frente al Decreto 1260 de 1970, disposición compuesta por XIII títulos que regulan el estado civil de las personas, el derecho al nombre y su protección, hechos y actos sujetos al registro, archivo del registro de nacimientos, matrimonio, defunciones, corrección y reconstrucción de actas y folios, pruebas del estado civil, copias y certificados, funcionarios encargados de llevar el registro y vigencia del ordenamiento.
- iii. Autenticaciones. El ejercicio de esta facultad comprende diversos actos que son de obligatorio cumplimiento por parte de los notarios y sus destinatarios, según sea el caso, mediante la observación de los trámites que se identifican concretamente en los siguientes puntos: i) Autorizar el reconocimiento espontáneo de los documentos privados (artículo 30, núm. 2 del Decreto 960 de 1970), actividad que se encuentra reglada de conformidad con

⁵ Artículo 3. Funciones de los notarios. Compete a los notarios: 1. Recibir, extender y autorizar las declaraciones que conforme a las Leyes requieran escritura pública y aquellas a las cuales los interesados quieran revestir de esta solemnidad. 2. Autorizar el reconocimiento espontáneo de documentos privados. 3. Dar testimonio de la autenticidad de firmas de funcionarios o particulares y de otros notarios que las tengan registradas ante ellos. 4. Dar fe de la correspondencia o identidad que exista entre un documento que tenga a la vista y su copia mecánica o literal. 5. Acreditar la existencia de las personas naturales y expedir la correspondiente fe de vida. 6. Recibir y guardar dentro del protocolo los documentos o actuaciones que la Ley o el Juez ordenen protocolizar o que los interesados quieran proteger de esta manera. 7. Expedir copias o certificaciones según el caso, de los documentos que reposen en sus archivos. 8. Dar testimonio escrito con fines jurídico - probatorios de los hechos percibidos por ellos dentro del ejercicio de sus funciones y de que no haya quedado dato formal en sus archivos. 9. Intervenir en el otorgamiento, extensión y autorización de los testamentos solemnes que conforme a la Ley civil deban otorgarse ante ellos. 10. Practicar apertura y publicación de los testamentos cerrados. [...] 13. Llevar el registro del estado civil de las personas en los casos, por los sistemas y con las formalidades prescritos en la Ley. 14. Las demás funciones que les señalen las Leyes.

lo previsto en el artículo 68 del Decreto Ley 960 de 1970⁶ y el artículo 34 del Decreto reglamentario 2148 de 1983⁷; ii) Dar testimonio de la autenticidad de firmas de funcionarios, de particulares y otros notarios (artículo 30, núm. 3 del Decreto 960 de 1970), facultad que se encuentra desarrollada desde el punto de vista normativo en el artículo 73 del Decreto 960 de 1970⁸ y en el artículo 35 del Decreto 2148 de 1993⁹; iii) Dar fe de la correspondencia o identidad que exista entre un documento que tenga a la vista y su copia mecánica o literal (artículo 30, núm. 4 del Decreto 960 de 1970), potestad que se encuentra reglamentada en el artículo 74 del Decreto 960 de 1970¹⁰, el artículo 252 del Código de Procedimiento Civil¹¹, hoy artículo 244 del Código General del Proceso¹².

⁶ Artículo 68. Reconocimiento de firmas y del contenido de documento privado. Quienes hayan suscrito un documento privado podrán acudir ante el notario para que este autorice el reconocimiento que hagan de sus firmas y del contenido de aquel. En este caso se procederá a extender una diligencia en el mismo documento o en hoja adicional, en que se expresen el nombre y descripción del cargo del notario ante quien comparecen; el nombre e identificaciones de los comparecientes; la declaración de estos de que las firmas son suyas y el contenido del documento es cierto, y el lugar y fecha de la diligencia, que terminará con las firmas de los declarantes y del notario quien, además estampará el sello de la notaría.

⁷ Artículo 34. En la diligencia de reconocimiento de un documento privado el notario dejará constancia de la manifestación del interesado, suscrita por este, de que el contenido de aquél es cierto. Para tal efecto podrá utilizar un sello en donde se exprese de manera inequívoca esta declaración. Si el documento contiene varias hojas, sellará y rubricará cada una de ellas. Esta diligencia será firmada por el notario en último lugar. En igual forma se procederá para el reconocimiento de la firma.

⁸ Artículo 73. Reconocimiento de firmas. El notario podrá dar testimonio escrito de que la firma puesta en un documento corresponde a la de la persona que la haya registrado ante él, previa confrontación de las dos. También podrá dar testimonio de que las firmas fueron puestas en su presencia, estableciendo la identidad de los firmantes.

⁹ Artículo 35. El notario extenderá la diligencia de autenticación de copias directamente o utilizando un sello. En ambos casos se precisará que el contenido del documento corresponde exactamente al que tuvo a la vista. Para la autenticación de firmas podrá también utilizar un sello que se ajustará a lo dispuesto en el artículo 73 del Decreto-ley 0960, de 1970. Las diligencias de autenticación serán suscritas por el notario con firma autógrafa en último lugar.

¹⁰ Artículo 74. Forma de autenticar. Podrá autenticarse una copia mecánica o una literal de un documento, siempre que aquella corresponda exactamente al original que se tenga a la vista o que esta comprenda la integridad del documento exhibido y lo reproduzca con entera fidelidad.

¹¹ Artículo 252. Documento auténtico. Es auténtico un documento cuando existe certeza sobre la persona que lo ha elaborado, manuscrito o firmado. El documento público se presume auténtico, mientras no se compruebe lo contrario mediante tacha de falsedad. El documento privado es auténtico en los siguientes casos:

1. Si ha sido reconocido ante el juez o notario, o si judicialmente se ordenó tenerlo por reconocido.

¹² Artículo 244. Documento auténtico. Es auténtico un documento cuando existe certeza sobre la persona que lo ha elaborado, manuscrito, firmado, o cuando exista certeza respecto de la persona a quien se atribuya el documento. Los documentos públicos y los privados emanados de las partes o de terceros, en original o en copia, elaborados, firmados o manuscritos, y los que contengan la reproducción de la voz o de la imagen, se presumen auténticos, mientras no hayan sido tachados de falso o desconocidos, según el caso. También se presumirán auténticos los memoriales presentados para que formen parte del expediente, incluidas las demandas, sus contestaciones, los que

iv. Ejercer control de legalidad. El ejercicio de esta función es de las más complejas y constituye uno de los mayores desafíos de la actividad notarial en razón a la amplitud de disposiciones normativas que atañen las declaraciones y actos que son de su competencia. Para tal efecto, se hace referencia a las disposiciones normativas relevantes que le imponen a los notarios el deber de ejercer control de legalidad sobre los actos y contratos que son sometidos a su conocimiento:

- a) En relación con los actos que el notario autoriza, los artículos 6, 9 y 17 del Decreto 960 de 1970 establecen responsabilidad: i) Por la redacción de los instrumentos en los que incorporen declaraciones emitidas ante él, sin perjuicio de que los interesados las presenten redactadas directamente o a través de su representantes, caso en el cual, el notario dejará constancia de lo acaecido y solo podrá negarse a la autorización del instrumento en los casos de nulidad absoluta; ii) Por el aspecto formal del instrumento, no por las declaraciones que las partes realicen ni tampoco por la capacidad o aptitud legal de los interesados para celebrar el acto o contrato respectivo; iii) Por la revisión del contenido de los actos en aras de velar porque estos se acomoden a la finalidad de los comparecientes, a las normas legales, a la clara expresión idiomática, aspectos frente a los cuales podrá sugerir las correcciones que se considere convenientes.

impliquen disposición del derecho en litigio y los poderes en caso de sustitución. Así mismo, se presumen auténticos todos los documentos que reúnan los requisitos para ser título ejecutivo. La parte que aporte al proceso un documento, en original o en copia, reconoce con ello su autenticidad y no podrá impugnarlo, excepto cuando al presentarlo alegue su falsedad. Los documentos en forma de mensaje de datos se presumen auténticos. Lo dispuesto en este artículo se aplica en todos los procesos y en todas las jurisdicciones.

- b) Por consiguiente, los artículos 3 y 17 del Decreto 2148 de 1983 determinan: i) La facultad que le asiste al notario de negarse a autorizar el instrumento, cuando concluya que el acto está viciado de nulidad absoluta por incapacidad de alguno de los otorgantes o por estar expresamente prohibido en la ley; y ii) El deber que tiene el notario por velar que las declaraciones efectuadas por los interesados se ajusten a la ley y no sean contradictorias.

Las anteriores potestades le imponen al notario en términos generales el deber de velar porque los actos jurídicos que se someten a su conocimiento sean acordes a la ley, claros en su expresión idiomática; para tal efecto, solo podrá negarse a autorizar el instrumento en aquellos casos en los que se advierte la existencia de una nulidad absoluta, en los demás casos estará facultado para dejar las constancias que considere necesarias en el cuerpo del instrumento, situaciones que presenta complejidades cuando se contrastan con otras normas jurídicas que vician con nulidad absoluta las escrituras públicas en las que no se verifican el cumplimiento de ciertos requisitos, como es el caso de los predios rurales adjudicados en programas de dotación de tierras en el marco de políticas de reforma agraria, pues de conformidad con el régimen legal en que fueron titulados por el Estado, quedan sometidos a una serie de obligaciones y requisitos específicos como se verá más adelante.

Ahora bien, para contextualizar jurídica y teóricamente la presente investigación es crucial hacer referencia sobre algunas disposiciones normativas que regulan medidas de protección a las víctimas de la violencia por parte de las autoridades del Estado, especialmente, a las víctimas de desplazamiento forzado, normativa que impone deberes a los notarios dentro de las que se

destacan: i) La Ley 387 de 1997, que delimitó el concepto de desplazado¹³, fijó principios de aplicación e interpretación de sus disposiciones; estableció como responsabilidad del Estado la prevención del desplazamiento forzado, la atención, protección, consolidación y estabilización económica de los desplazados; confirió facultades a la entonces autoridad administrativa Incora (Instituto Colombiano de la Reforma Agraria) para que llevara un registro de los predios rurales abandonados por los desplazados por la violencia y le impuso la obligación de informar a las autoridades competentes para efectos de impedir cualquier enajenación de títulos de propiedad de esos bienes, si aquellos se realizaban en contra de la voluntad de sus titulares; ii) La Ley 1448 de 2011, por medio de la cual se establecieron medidas judiciales, administrativas, sociales y económicas, individuales y colectivas en favor de víctimas de conflicto armado interno, esta definió qué se entendía por víctima para ser beneficiario de esa ley; indicó condiciones de tiempo en su aplicación (hechos ocurridos a partir del 1º de enero de 1985), principios y derechos de las víctimas, criterios de interpretación legal; iii) El Decreto 2007 de 2001 que reglamentó de manera parcial la Ley 387 de 1997, mediante el cual se fijaron medidas de protección sobre inmuebles abandonados por la violencia o en riesgo inminente de desplazamiento; iv) El Decreto 768 de 2008 que consagró la obligación de los notarios de verificar al momento de autorizar escrituras públicas que los predios sobre los cuales versa la transferencia no tengan inscritas medidas de protección, evento en el cual se abstendrán de autorizar el instrumento; v) El Decreto 4720 de 2009, que impuso el deber a los notarios de abstenerse de autorizar escrituras públicas de actos jurídicos que

¹³ Toda persona que se ha visto forzada a migrar dentro del territorio nacional abandonando su localidad de residencia o actividades económicas habituales, porque su vida, su integridad física, su seguridad o libertad personales han sido vulneradas o se encuentran directamente amenazadas. (art. 1). Disposición que relaciona la situación de desplazamiento cuando se presente en el contexto de “[...] conflicto armado interno, disturbios y tensiones interiores, violencia generalizada, violaciones masivas de los Derechos Humanos, infracciones al Derecho Internacional Humanitario u otras circunstancias emanadas de las situaciones anteriores que puedan alterar o alteren drásticamente el orden público”. (art. 1)

impliquen la transferencia de predios rurales ubicados en zona de desplazamiento, si los solicitantes no aportan copia del certificado de libertad y tradición expedido con una vigencia no mayor a cinco días contados a partir de la fecha de su expedición; vi) El Decreto 790 de 2012 que señaló las autoridades encargadas de ejecutar funciones administrativas de atención de la población desplazada; vii) Instrucciones expedidas por la Superintendencia de Notariado y Registro en relación con el control de legalidad que le asiste a los notarios al autorizar escrituras públicas: 1) La 08 de 2008 con el objeto de evitar la acumulación de predios inicialmente adjudicados como baldíos; 2) La 10 de 2010 sobre medidas de protección sobre predios abandonados por la violencia o en inminente riesgo de desplazamiento; 3) La 15 de 2010 que se refirió al procedimiento registral y notarial para la protección de los derechos patrimoniales de los bienes inmuebles ubicados en zonas declaradas en desplazamiento forzado o inminencia de desplazamiento; 4) La 17 de 2010 sobre el procedimiento de protección registral de los derechos patrimoniales sobre bienes inmuebles ingresados por el Incoder (Instituto Colombiano de Desarrollo Rural) en el “Registro Único de Predios y Territorios Abandonados por la Violencia”; 5) La 28 de 2010 que impartió instrucciones en lo relativo a la autorización de escrituras públicas de actos jurídicos que impliquen dominio de predios en zonas de desplazamiento forzado o en inminente riesgo de desplazamiento; viii) Circulares expedidas por la Superintendencia de Notariado y Registro, tendientes a dar instrucciones a notarios y registradores para que ejerzan control de legalidad respecto de predios con riesgo inminente o de desplazamiento forzado: La 107 de 204 y la 140 de 2008.

Sin perjuicio de lo anterior, es necesario precisar que un país tan diverso como Colombia en el que se presenta un escenario político, geográfico y social con una influencia significativa del conflicto armado –más en unas zonas que en otras –, por enfrentamientos entre miembros del

Estado y grupos organizados al margen de la ley o entre estas organizaciones, en las que se generan masivos desplazamientos forzados, al cual no es ajeno el ejercicio de la función notarial, le es exigible un especial control de legalidad al notario sobre los negocios jurídicos en los que intervienen campesinos que por su condición de vulnerabilidad fueron beneficiados con políticas de dotación de tierras y que se desprenden de su propiedad, ya sea transfiriéndola a personas naturales como jurídicas, en razón a que en muchos casos se trata de víctimas directas o indirectas de la situación de violencia.

Es tan generalizada esta situación que la Ley 1448 de 2011 se refirió a la “restitución jurídica” (no solo a la restitución material) como medida para la reparación integral de las víctimas de la violencia (art. 72), pues, precisamente el legislador reconoció la pérdida de derechos de propiedad en virtud a negocios jurídicos autorizados por los notarios en los que los vendedores estaban siendo coaccionados a vender o por la situación de violencia, eran llevados a transferir sus predios.

Así las cosas, en relación con la autorización de escrituras públicas que recaen sobre predios adjudicados en programas de dotación de tierras, es sustancial identificar los deberes jurídicos que le son exigibles a los notarios en este escenario.

1.2 Deberes jurídicos de los notarios frente a predios adjudicados en programas de dotación de tierras

Es necesario precisar que, además de los requisitos predicables de todo negocio jurídico (capacidad, consentimiento, objeto y causa lícita), la labor del notario no se limita a exigir la exhibición de comprobantes fiscales (Decreto 960, 1970, art. 43), predial (Ley 1430, 2010, art. 60) valorización (Ley 25 de 1921) y ejercer el control de legalidad en los términos señalados en el título anterior, sino que en razón al régimen de adjudicación de determinados bienes rurales, es

obligatorio verificar requisitos específicos de origen normativo tendientes a proteger al propietario al momento de su transferencia.

Bajo la anterior premisa y previamente a identificar los sistemas previstos en el régimen jurídico colombiano que cobijan los inmuebles adjudicados en programas de dotación de tierras en el marco de políticas de reforma agraria y para efectos de claridad de los conceptos agrarios, se debe indicar que el concepto de Unidad Agrícola Familiar fue creado por la Ley 135 de 1961, entendiendo por ésta la que se ajusta a las siguientes condiciones: i) Que la extensión del predio, conforme a la naturaleza de la zona, clase de suelos, aguas, ubicación, relieve y posible naturaleza de la producción sea suficiente para que, explotado en condiciones de razonable eficiencia, pueda suministrar a una familia de tipo normal ingresos adecuados para su sostenimiento, el pago de las deudas originadas en la compra o acondicionamiento de las tierras, si fuere el caso, y el progresivo mejoramiento de la vivienda, equipo de trabajo y nivel general de vida; ii) Que dicha extensión no requiera normalmente para ser explotada con razonable eficiencia mas que del trabajo del propietario y su familia. Es entendido, sin embargo, que esta última regla no es incompatible con el empleo de mano de obra extraña en ciertas épocas de la labor agrícola, si la naturaleza de la explotación así lo requiere, ni con la ayuda mutua que los trabajadores vecinos suelen prestarse para determinadas tareas.

Esta definición fue modificada por la Ley 30 de 1988 al señalar que se comprende por Unidad Agrícola Familiar la explotación agraria de un fundo que dependa directa y principalmente de la vinculación de la fuerza de trabajo de una misma familia compuesta por el jefe del hogar y su cónyuge, compañero o compañera, según el caso, o por parientes hasta el segundo grado de consanguinidad y primero civil, sin perjuicio del empleo ocasional de mano de obra extraña al núcleo familiar y otras condiciones visibles en el artículo 50 de esa ley.

Posteriormente, esas definiciones fueron objeto de cambio en el artículo 38 de Ley 160 de 1994 entendiéndose por Unidad Agrícola Familiar (UAF), la empresa básica de producción agrícola, pecuaria, acuícola o forestal cuya extensión, conforme a las condiciones agroecológicas de la zona y con tecnología adecuada, permite a la familia remunerar su trabajo y disponer de un excedente capitalizable que coadyuve a la formación de su patrimonio. La UAF no requerirá normalmente para ser explotada sino del trabajo del propietario y su familia, sin perjuicio del empleo de mano de obra extraña, si la naturaleza de la explotación así lo requiere. Y se dispuso que la Junta Directiva del INCORA indicará los criterios metodológicos para determinar la Unidad Agrícola Familiar por zonas relativamente homogéneas, y los mecanismos de evaluación, revisión y ajustes periódicos cuando se presenten cambios significativos en las condiciones de la explotación agropecuaria que la afecten (Resolución 041, 1996).

En reciente sentencia, el Consejo de Estado con ponencia del Magistrado Hernando Sánchez Sánchez, reiteró que la Unidad Agrícola Familiar es una forma de propiedad agraria que está sujeta a condiciones especiales, permite la distribución equitativa de la tierra y favorece el desarrollo de proyectos productivos dirigidos a promover el mejoramiento de la calidad de vida de los beneficiarios de las adjudicaciones; por ello, cuando no se cumplen con los requisitos establecidos en la ley este derecho está sujeto a expropiación o reversión (Sentencia, 9 agosto de 2019).

Así las cosas, los sistemas¹⁴ identificables legalmente que regulan la propiedad de los inmuebles rurales a los que se ha hecho referencia son los siguientes:

¹⁴ El profesor Guillermo Forero Álvarez identifica que, a partir de la expedición de la Ley 135 de 1961 coexisten dos regímenes de adjudicación de predios baldíos: los que se adjudican dentro de programas de reforma agraria y los que se adjudican por fuera de estos programas, con consecuencias jurídicas diferenciadas. A partir de la vigencia de la Ley 160 de 1994 también coexisten el régimen parcelario y el régimen ordinario en el que se adjudican baldíos en la unidad de medida denominada UAF (Unidad Agrícola Familiar), fijada por la Junta Directiva del Instituto por fuera de los programas de reforma agraria (García, 2017). Esta descripción de regímenes también fue objeto de referencia en la Sentencia C 077 de 2017 por la cual se estudió la constitucionalidad de Ley 1776 de 2016 por la cual se crean las Zonas de Interés de Desarrollo Rural, Económico y Social, ZIDRES

- i. Ley 135 (1961) modificada por la Ley 30 (1988), (art. 50, 50 bis, 51, 52 y 53), ambas legislaciones actualmente derogadas, se encontraban los siguientes: a) Predios adjudicados en colonizaciones dirigidas, los cuales solo podrán ser transferidos a trabajadores pobres o de escasos recursos o a cooperativas de trabajadores agrícolas, respetándose el régimen de UAF (Unidad Agrícola Familiar); es decir, en este caso el notario se encuentra en la obligación de verificar que el adquirente sea una persona de escasos recursos o una cooperativa de esa naturaleza; b) Adjudicaciones parcelarias en UAF en las que tanto adjudicatarios como adquirentes (por subrogación) quedan sometidos entre otras obligaciones a verificar la condición económica del destinatario; la inexistencia del derecho de dominio o de derechos accesorios como posesión y tenencia sobre más de dos UAF; a solicitar permiso previo de la autoridad administrativa (Incora, Incoder o Agencia Nacional de Tierras) para enajenar, arrendar o gravar el predio dentro de los 15 años contados a partir de la adjudicación o presentar la solicitud de autorización radicada sin que la entidad haya contestado entendiéndose que aceptó la cesión de la UAF, exigiéndose una declaración juramentada sobre este aspecto; después de los 15 años de haber sido adjudicada la UAF informar a la entidad de tierras sobre cualquier proyecto de enajenación para garantizar que la entidad haga uso o no de la opción de readquirirlo; verificar que la enajenación de la parcela no se realice por un precio inferior al del avalúo comercial practicado por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi (por lo cual se deberá protocolizar el avalúo comercial) y en caso de enajenación verificar la consignación a órdenes del Fondo Nacional Agrario del 30 % del precio de la venta durante un plazo de cinco años a una tasa de interés anual no inferior al índice nacional de precios al consumidor certificado por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística (DANE).

En relación con la prohibición específica a los notarios, el artículo 37 de la Ley 135 de 1961 modificado por el artículo 13 de la Ley 30 de 1988 dispuso:

Parágrafo 1°. Los notarios y registradores de instrumentos públicos, so pena de incurrir en causal de mala conducta, que será sancionada con vacancia del cargo o destitución, se abstendrán de autorizar el otorgamiento de escrituras públicas y el registro de actos o contratos de tradición de inmuebles, cuyo dominio inicial provenga de adjudicaciones de baldíos nacionales que se hagan a partir de la vigencia de la presente Ley, en los que no se protocolice certificación del INCORA en que conste que el acto de enajenación no viola las prohibiciones legales del Capítulo VIII de la presente Ley, o autorización del Instituto para efectuar el acto o contrato, en los casos en que ésta se requiera.

Por su parte, el inciso primero del artículo 51 de la Ley 135 de 1961, modificado por el artículo 20 de la Ley 30 de 1988, establecía unas reglas para los adquirentes de UAF, cuyo desconocimiento genera el vicio de nulidad. Sobre el particular la norma en comento señala:

Serán absolutamente nulos los actos o contratos que se celebren en contravención de lo aquí dispuesto y no podrán los notarios y registradores otorgar e inscribir escrituras públicas en las que no se protocolice la autorización del Instituto o la solicitud de autorización al INCORA, junto con la declaración juramentada del adjudicatario de no haberle sido notificada una decisión dentro del término previsto, cuando haya mediado silencio administrativo positivo.

En el parágrafo 1° de ese mismo artículo se consagró:

Los notarios y registradores de instrumentos públicos, so pena de incurrir en causal de mala conducta sancionable con la vacancia del cargo o con la destitución, se abstendrán de otorgar e inscribir escrituras públicas que generen la transmisión a favor de terceros de

Unidades Agrícolas Familiares, en las que no se acredite haber dado al INCORA el derecho de opción así como constancia o prueba de su rechazo expreso o tácito; y en las que no se protocolice el avalúo comercial del predio practicado por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi a solicitud del enajenante, y el correspondiente paz y salvo expedido por el Fondo Nacional Agrario que acredite haberse hecho la consignación de que trata este artículo.

- ii. Ley 160 (1994) que entró en vigencia el día 5 de agosto y que derogó entre otras, la Ley 135 (1961) y la Ley 30 (1988). En sus artículos 39, 40 y 44 se fijaron los siguientes regímenes: a) UAF adjudicadas bajo la Ley 135 de 1961 modificada por la Ley 30 de 1988 según el cual quedan sometidas a las siguientes obligaciones del régimen parcelario: solo se podrá transferir el derecho de dominio, la posesión o la tenencia a campesinos de escasos recursos sin tierra o a minifundistas dentro de los 15 años contados desde la primera adjudicación y para tales efectos se deberá solicitar a la entidad autorización para ello o presentar ante el notario la solicitud sin respuesta de la entidad después de tres meses junto con la declaración jurada del adjudicatario en ese sentido; b) Régimen de las concentraciones parcelarias en el cual se establece que ninguna persona por sí o por interpuesta persona puede ejercer el dominio, la posesión o la tenencia a ningún título de más de una parcela adjudicada UAF para efectos de prevenir la concentración de la tierra, y se prohíbe el fraccionamiento de los predios rurales por debajo de la extensión determinada por la autoridad competente como UAF para el respectivo municipio o zona, con la finalidad de evitar la división antieconómica de los predios.

En relación con las restricciones a los notarios se expuso expresamente en el párrafo 1° del artículo 32:

Las entidades financieras estarán obligadas a dar al INCORA la primera opción de compra de los predios rurales que hayan recibido o reciban a título de dación en pago por la liquidación de créditos hipotecarios, o que hubieren adquirido mediante sentencia judicial. El INCORA dispondrá de dos (2) meses para ejercer el derecho de opción privilegiada de adquirirlos, vencido el cual la entidad financiera quedará en libertad para enajenarlos. Serán absolutamente nulos los actos o contratos que se celebren con violación de lo dispuesto en esta norma, y los notarios y registradores de Instrumentos Públicos no podrán otorgar e inscribir escrituras públicas que contengan la transmisión del dominio a terceros, mientras no se protocolice la autorización expresa y escrita del INCORA, en los casos de desistimiento, o la declaración juramentada del representante legal del intermediario financiero de no haberle sido notificada una decisión dentro del término previsto, cuando hubiere mediado silencio administrativo positivo.

En el inciso 4° del artículo 39 se consagró:

Sin perjuicio de la declaratoria de caducidad de la adjudicación, serán absolutamente nulos los actos o contratos que se celebren en contravención de lo aquí dispuesto y no podrán los notarios y registradores otorgar e inscribir escrituras públicas en las que no se protocolice la autorización del Instituto o la solicitud de autorización al INCORA, junto con la declaración juramentada del adjudicatario, de no haberle sido notificada una decisión dentro del término previsto, cuando haya mediado silencio administrativo positivo. (Resaltado fuera de texto).

En el mismo artículo, en el inciso 7° se dispone:

Los notarios y registradores se abstendrán de otorgar e inscribir escrituras públicas, que traspasen el dominio de Unidades Agrícolas Familiares en favor de terceros, en las que no

se acredite haber dado al INCORA el derecho de opción, así como la constancia o prueba de su rechazo expreso o tácito.

En suma, en relación con este régimen, en el artículo 44 se estableció:

Salvo las excepciones que se señalan en el artículo siguiente, los predios rurales no podrán fraccionarse por debajo de la extensión determinada por el INCORA como UAF para el respectivo municipio o zona. En consecuencia, so pena de nulidad absoluta del acto o contrato, no podrá llevarse a cabo actuación o negocio alguno del cual resulte la división de un inmueble rural cuyas superficies sean inferiores a la señalada como Unidad Agrícola Familiar para el correspondiente municipio por el INCORA.

- iii. Decreto 902 (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 en el procedimiento para el acceso y formalización y el Fondo de Tierras (art. 8) se dispone la observancia de diversas obligaciones durante un término de siete años contados a partir de la fecha de inscripción del acto administrativo que asigna la propiedad, en el que los sujetos de acceso a tierra y formalización a título gratuito (art. 4) y parcialmente gratuito (art. 5) ya sea el adjudicatario o el adquirente (por subrogación) se obligan a no transferir el derecho de dominio o ceder el uso del bien sin previa autorización expedida por la Agencia Nacional de Tierras, lo cual debe ser exigido por el notario en caso de transferencia del dominio o uso de predios, so pena de negar la autorización de la escritura pública, así como verificar que el adquirente ostente las mismas calidades que el adjudicatario.

Esta normatividad fruto del Acuerdo Final, también consagró un deber especial para los notarios en el párrafo 1º del artículo 8º así:

Los notarios y registradores se abstendrán de otorgar e inscribir escrituras públicas que transfieran el dominio o uso de predios rurales derivados de programas de tierras por el término indicado en el inciso primero del presente artículo, en favor de terceros, en las que no se acompañe la respectiva autorización expedida por la Agencia Nacional de Tierras, en cuyo caso la autorización y/o inscripción de las escrituras públicas a cargo de notarios y registradores respectivamente, deberá registrar que el adquirente ostenta las condiciones previstas en el numeral 2 del presente artículo.

De lo expuesto en precedencia, se observa que frente a la autorización de escrituras públicas que recaen sobre predios adjudicados en programas de dotación de tierras impera lo previsto en el artículo 28 de la Ley 153 de 1887, según el cual:

Todo derecho real adquirido bajo una ley y en conformidad con ella, subsiste bajo el imperio de otra; pero en cuanto a su ejercicio y cargas, y en lo tocante a su extinción, prevalecerán las disposiciones de la nueva ley.

Lo anterior significa, que le asiste al notario el deber de conocer e identificar frente a un predio rural la normatividad especial que regula cada uno de los regímenes que consagra la legislación agraria, para efectos de verificar y exigir el cumplimiento de los requisitos específicos impuestos por ministerio de ley a los contratantes, bajo la amenaza de negarse a autorizar el instrumento público, pues de lo contrario, es decir, la inobservancia de dichas prescripciones normativas, no solo conllevan a la nulidad absoluta del negocio jurídico por estar expresamente prohibido sino que le acarrea consecuencias de tipo disciplinario y penal.

1.3 La responsabilidad penal del notario

Los notarios asumen responsabilidad penal como servidores públicos de conformidad con el artículo 20 del Código Penal¹⁵, norma que les atribuye esta calidad por tratarse de particulares que ejercen funciones públicas en forma permanente y que se encuentra consagrada en el segundo inciso del artículo 18 de la Ley 190 de 1995 que fue declarado exequible por la Corte Constitucional en la Sentencia C-563 de 1998; en dicho pronunciamiento se precisó:

El segmento acusado condiciona la asimilación del particular a servidor público, para efectos penales, al hecho de que aquél asuma realmente el ejercicio de una función pública, lo cual constituye un desarrollo legal que se ajusta al espíritu de las normas constitucionales y se apoya en una realidad objetiva.

En concordancia con lo anterior, en fallo reciente¹⁶, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia reiteró la postura según la cual de conformidad con el artículo 20 del Código Penal y el alcance de la función notarial analizado por la Corte Constitucional en la Sentencia C-1508 de 2000, en los casos en que los notarios actúan en ejercicio de la función fedante conferida normativamente, son autoridades públicas y por tal razón se les considera como servidores públicos.

Así las cosas, identificadas las funciones del notario, así como las actividades que comprometen en términos generales su responsabilidad, debe precisarse que las acciones y omisiones en el

¹⁵ Artículo 20. Servidores públicos. Para todos los efectos de la ley penal, son servidores públicos los miembros de las corporaciones públicas, los empleados y trabajadores del Estado y de sus entidades descentralizadas territorialmente y por servicios. Para los mismos efectos se consideran servidores públicos los miembros de la fuerza pública, los particulares que ejerzan funciones públicas en forma permanente o transitoria, los funcionarios y trabajadores del Banco de la República, los integrantes de la Comisión Nacional Ciudadana para la Lucha contra la Corrupción y las personas que administren los recursos de que trata el artículo 338 de la Constitución Política.

¹⁶ Sentencia del 8 de mayo de 2019, M.P. Patricia Salazar Cuéllar, SP1677-2019 Radicación N° 49.312.

ejercicio de sus funciones pueden trascender a la órbita del derecho penal; empero, ante la imposibilidad de enlistar de manera exacta todas las situaciones en que el notario puede someter su conducta al imperio del derecho penal, de gran utilidad resulta el estudio de derecho penal especial realizado por Abello (2015) sobre la responsabilidad penal del notario en Colombia en el ejercicio de sus funciones públicas en el que plantea escenarios en que eventualmente puede verse comprometida su responsabilidad en ejercicio de sus funciones: i) En relación con las actividades de llevar el registro civil, los notarios podrían incurrir, si se comprueban los supuestos previstos para el efecto, en las siguientes conductas: “supresión, alteración o suposición del estado civil” (artículo 238)¹⁷; “cohecho” (artículo 405) si se demuestra que recibió dinero, utilidad o aceptó promesa remuneratoria; “falsedad ideológica en documento público” (artículo 286) si en el registro civil se inserta una falsedad o se omite total o parcialmente un hecho cierto; “estafa” (artículo 246) si se demuestra un provecho ilícito obtenido por el notario en perjuicio ajeno; ii) Respecto a la función de autenticación de firmas, es imputable a los notarios responsabilidad penal por el delito de “cohecho” (artículo 405) si recibió dinero, utilidad o aceptó promesa remuneratoria; “falsedad ideológica en documento público” (artículo 286), si se avaló el contenido de un documento espurio; “falsedad personal” (artículo 296) en los eventos en los en que se imprima fe notarial respecto de la comparecencia de una persona que en realidad no compareció.

Por otro lado, en relación con la administración de recursos públicos y privados la responsabilidad penal del notario puede verse comprometida en casos de “Peculado” (artículo 387) respecto de irregularidades en la administración de recursos públicos, como sería el caso de dinero producto de impuestos derivados de los negocios jurídicos que allí se perfeccionan, u “omisión del

¹⁷ Esta conducta punible no es exclusiva para los notarios, por lo tanto, los particulares también pueden incurrir en ésta.

agente retenedor o recaudador” (artículo 402) en el evento en que no se consignen sumas por concepto de retención en la fuente. En el caso de apropiación indebida de recursos privados con ocasión de su rol de notario podría comprometer su responsabilidad por “abuso de confianza calificado” (artículo 250, numeral 1) o “hurto agravado por la confianza” (artículo 241 numeral 2).

En relación con la responsabilidad penal derivada de la autorización de escrituras públicas, por ser de tal relevancia para esta investigación, se aborda a continuación en título aparte.

1.4 La responsabilidad penal del notario en relación con la autorización de escrituras públicas

De manera general y siguiendo el estudio de Abello (2015), es procedente afirmar que, en materia de compraventa de bien inmueble se puede presentar suplantación o falsedad, en el primer caso, cuando se evidencia una inconsistencia en la identidad de quien comparece a suscribir la escritura, lo que puede predicarse tanto en relación con el vendedor o del comprador; en el segundo caso, se puede materializar en los eventos en que se consignen en el instrumento situaciones que no corresponden a la realidad, escenarios respecto de los cuales le es exigible a los notarios que tomen todas las precauciones tendientes a verificar la identidad de los contratantes y la legitimación para disponer de sus derechos, so pena de que se comprometa su responsabilidad. Diferente es si la suplantación fue producto de una inducción en error o de un engaño que no era posible que advirtiera el notario previas las verificaciones del caso y se haya dejado constancia de las mismas en el instrumento, pues en este caso se está ante la presencia de la inducción en error de la autoridad notarial.

En todo caso, como ya se indicó, el notario está facultado para negarse a autorizar instrumentos en los casos en que se advierta la existencia de nulidad absoluta no solo en las circunstancias señaladas en el Código Civil sino en cualquiera de las que se establezcan de manera expresa en otras normas.

Precisamente, el deber de verificación al que se hace referencia y que es imputable al notario, adquiere una mayor relevancia y se torna más especializado y riguroso, tratándose de actos traslaticios de dominio referentes a predios adjudicados en programas de dotación de tierras, en razón a que quienes concurren son personas sujetas a especial protección del Estado por mandato constitucional (artículo 13), esto es, beneficiarios o adjudicatarios que han superado exitosamente un trámite administrativo, previa verificación por parte de la autoridad competente del cumplimiento de unos requisitos exigidos en las normas que regulan cada uno de esos programas y a las que se hizo referencia en el capítulo I de este documento (Leyes 135 de 1961, 30 de 1988, 160 de 1994 y Decreto 902 de 2017).

De modo que la propiedad que ostentan estos sujetos está condicionada y, por ende, no es de libre disposición, de ahí que en los negocios jurídicos que se someten a conocimiento de los notarios para su perfeccionamiento, específicamente los traslaticios de dominio, es menester de conformidad con el artículo 28 de la Ley 153 de 1887, que se ausculte en los regímenes normativos aplicables a cada uno de estos programas para efectos de cerciorarse que se encuentran cumplidas las cargas especiales que por ministerio de la ley se impuso a los titulares de esta modalidad de propiedad, mediante la revisión de las anotaciones del folio de matrícula inmobiliaria e, incluso, de los actos originarios de adjudicación por parte de la autoridad de tierras (Incora, Incoder y Agencia Nacional de Tierras).

La inobservancia por parte del notario de estos requisitos vicia de nulidad absoluta el negocio jurídico, de modo que debe negarse a la protocolización por conducto de instrumento público.

Igualmente, es importante señalar que no se está haciendo referencia a las transferencias de dominio que se producen en zonas en situación de normalidad de orden público, esta investigación se centra en aquellos lugares del territorio donde se producen hechos de violencia generalizada, como por ejemplo, desplazamientos forzados masivos, terrorismo, secuestros, extorsiones; por ello, en este trabajo se determina, en el marco de la teoría del bien jurídico, en qué tipos penales se encuadra el incumplimiento de ejercer control de legalidad por parte del notario, no solo en relación con los requisitos establecidos para ese tipo de bienes sino frente a las normas que previenen y protegen a las víctimas de desplazamiento forzado.

Previamente a desarrollar lo anterior, es procedente delimitar los aspectos relevantes del desplazamiento forzado y el despojo de tierras para poder identificar si la conducta del notario que autoriza escrituras públicas que recaen sobre predios adjudicados en programas de dotación de tierras, en zonas de violencia generalizada, incumpliendo los requisitos para su transferencia es constitutiva de despojo jurídico.

1.5 Consideraciones sobre el desplazamiento forzado

El desplazamiento forzado es un fenómeno complejo cuya comprensión implica abordarlo no solo desde el punto de vista jurídico sino social y político (Sala Plena, Sentencia SU 1150, 2000), por tratarse de un flagelo causante de una grave emergencia social y calamidad nacional (Sala Plena, Sentencia SU 1150, 2000), del que se calculan han sido víctimas alrededor de 7.817.500 personas de conformidad con cifras de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (Acnur, 2018) en el período comprendido entre los años 1998 y 2018.

Así las cosas, es necesario precisar que, si bien el desplazamiento forzado tiene múltiples causas, unos de los factores más visibles es el despojo de tierras en el contexto del conflicto armado que se concreta desde el punto de vista general en dos situaciones: i) Los mecanismos empleados por los ejecutores para obtener el despojo y; ii) El aprovechamiento o uso de la tierra y el territorio despojado (Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación, 2009).

Sobre el particular, es imperioso referirse al estudio efectuado por la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación del año 2009, en el cual se destacan otras variables que se desprenden de las situaciones mencionadas, en los siguientes aspectos:

Inicialmente se afirma en ese documento que no existen estudios sistemáticos que precisen los mecanismos de despojo de tierras y bienes utilizados, ni datos empíricos confiables que identifiquen las causas del despojo de tierras y sus fenómenos. Por el contrario, se han realizado estudios de casos puntuales, cuyos objetivos principales son visibilizar la problemática a través de la academia y llamar la atención de las autoridades competentes encargadas del diseño de las políticas públicas para que se adecúen a los fenómenos sociales, políticos y jurídicos que causan deterioro a la sociedad.

Prueba de ello, es que la Corte Constitucional desde el año 2004, mediante la Sentencia T-025, declaró la existencia de un estado de cosas inconstitucional en la situación de la población desplazada, debido a la falta de concordancia entre la gravedad de la afectación de los derechos reconocidos constitucionalmente y desarrollados por la ley, de un lado, el volumen de recursos efectivamente destinados a asegurar el goce efectivo de tales derechos y la capacidad institucional para implementar los correspondientes mandatos constitucionales y legales, por el otro; como consecuencia de esto, se ordenó comunicar dicho estado de cosas inconstitucional al Consejo Nacional para la Atención Integral a la Población Desplazada por la Violencia, para que dentro de

la órbita de su competencia y en cumplimiento de sus deberes constitucionales y legales verifique la magnitud de esta discordancia y diseñe e implemente un plan de acción para superarla, dando especial prioridad a la ayuda humanitaria.

Para tal efecto, se procedió a impartir instrucciones y establecer unos plazos, dentro de las cuales se encuentra el adecuar los formularios y las políticas públicas que tengan por objeto atender y comprender el fenómeno del desplazamiento, órdenes judiciales que han generado algunos avances, pero que a la fecha queda bastante trabajo por hacer con este grupo poblacional que cuenta con protección especial en la Constitución Política por su vulnerabilidad.

Adicionalmente, desde un punto de vista sociológico, tanto los grupos armados al margen de la ley como las fuerzas militares están conformados significativamente por población campesina, en ambos casos sus actividades se realizan en el campo, las zonas rurales son el escenario de la guerra y los afectados directos son los campesinos y trabajadores agrarios que no pertenecen a ninguno de los extremos en contienda.

Frente a este escenario, las políticas públicas y el sistema jurídico prevén varias disposiciones, cuya verificación y cumplimiento se encuentra a cargo de diferentes actores, entre ellos los notarios, sobre los cuales se realiza el presente trabajo investigativo. Por tanto, es necesario determinar la diferencia entre despojo y abandono de tierras, las tipologías de despojo y sus manifestaciones desde el punto de vista jurídico.

1.6 Definición de despojo y abandono forzado de tierras

Al respecto es indispensable subrayar que, despojo y abandono de tierras son conceptos que se encuentran relacionados pero que presentan diferencias entre sí.

Desde el punto de vista gramatical se evidencian varias acepciones de “abandonar” entre las cuales se destacan: “dejar solo algo o a alguien de ello o dejando de cuidarlo, dejar una actividad u ocupación o no seguir realizándola, dejar un lugar, apartarse de él” (RAE, 2014). En contraste, el abandono de un bien por parte de su propietario, le otorga la condición de vacante o mostrenco en los términos del artículo 706 del Código Civil¹⁸. De lo anterior se desprende que, el abandono puede ser voluntario o involuntario y ante esa situación de desprendimiento y de dejar de cuidar, se abre la posibilidad para que intervengan otros actores que aprovechan el acto para despojar o porque fueron los causantes del acto de abandono al propietario.

En relación con el concepto de “despojo”, se entiende como la acción de “privar a alguien de lo que goza y tiene, desposeerlo de ello con violencia” (RAE, 2014).

En el estudio efectuado por la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación (2009) se hizo alusión a los conceptos de abandono y despojo delimitados en el Proyecto de Protección de Tierras y Patrimonio de la Población Desplazada, al definir el “abandono” como la privación o limitación al ejercicio del derecho fundamental al territorio” (p. 24), y por “despojo” de un predio lo conceptualizó así:

La acción por medio de la cual a una persona se le priva arbitrariamente de su propiedad, posesión, ocupación, tenencia o cualquier otro derecho que ejerza sobre un predio; ya sea de hecho, mediante negocio jurídico, actuación administrativa, actuación judicial o por medio de algunas acciones tipificadas en el ordenamiento penal y aprovechándose del contexto del conflicto armado. El despojo puede ir acompañado o no del abandono, pero a

¹⁸ Artículo 706. Bienes vacantes y mostrencos. Estímense bienes vacantes los bienes inmuebles que se encuentran dentro del territorio respectivo a cargo de la nación, sin dueño aparente o conocido, y mostrencos los bienes muebles que se hallen en el mismo caso. La titularidad en los casos de estos bienes se le otorga el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar –ICBF– en atención al artículo 707 del Código Civil.

diferencia de este último, en el despojo hay una intención expresa de apropiarse del predio.

(p. 25)

Desde el punto de vista legal, el legislador (2011) incorporó los conceptos de despojo y abandono forzado de tierras; por el primero -despojo- entendió:

La acción por medio de la cual, aprovechándose de la situación de violencia, se priva arbitrariamente a una persona de su propiedad, posesión u ocupación, ya sea de hecho, mediante negocio jurídico, acto administrativo, sentencia, o mediante la comisión de delitos asociados a la situación de violencia. (Ley 1448, 2011, art. 74)

Y, por el segundo -abandono- se determinó:

La situación temporal o permanente a la que se ve abocada una persona forzada a desplazarse, razón por la cual se ve impedida para ejercer la administración, explotación y contacto directo con los predios que debió desatender en su desplazamiento. (Ley 1448, 2011, art. 74)

De lo expuesto en precedencia, se evidencia que el abandono se presenta porque la persona se ve impedida para ejercer la administración, explotación y contacto directo con los predios y se ve abocada a desplazarse, y ello puede tener origen en el actuar voluntario o involuntario del propietario.

En el despojo, el propietario es arbitrariamente privado de la propiedad, posesión u ocupación, ya sea porque es víctima de delitos asociados a la situación de violencia o porque se aprovecha la situación de violencia para que se desprenda de la propiedad, posesión y ocupación, concretándose en un hecho (despojo material) o mediante un negocio jurídico, proferimiento de sentencia o acto administrativo (despojo jurídico).

Se observa que los actos de despojo están provistos de ilicitud en la medida en que desconocen situaciones jurídicas consolidadas y derechos adquiridos de sus titulares, sin embargo, es necesario precisar que ese desprendimiento puede ser ejercido mediante violencia física o la utilización de figuras jurídicas –negocios jurídicos, decisiones judiciales, administrativas o políticas– o en su defecto una combinación de estas.

Particularmente, en relación con el despojo de tierras, Roldán (2019) expresó que la corrupción se favoreció y reprodujo por ausencia del Estado, debido al conflicto armado y al permanente enfrentamiento militar, toda vez que sirvió para eclipsar la ineficiencia de los gobiernos a la hora de implementar las diferentes políticas públicas que hubieran podido representar un mayor control ciudadano. Por ejemplo, la imposibilidad de intervenir en territorios cooptados por grupos armados, hizo de la inactividad del Estado un signo del incumplimiento de las leyes agrarias, de la omisión del ejercicio de control y de la potestad sancionatoria en la función social y ecológica de la propiedad, de la distribución inequitativa de la tierra y de los recursos naturales y, de la ausencia de ordenamiento territorial, entre otras responsabilidades del Estado que se aplazaron so pretexto del combate militar.

La omisión del Estado fue contraria a las principales acciones que las reformas agrarias señalaban, entre ellas, la obligación de reformar la estructura social agraria a través de procedimientos encaminados a eliminar y prevenir la inequitativa concentración de la propiedad rústica, o su fraccionamiento antieconómico; el deber del Estado de promover el acceso progresivo de los trabajadores agrarios a la propiedad de la tierra; la importancia de fomentar la adecuada explotación y utilización social de las aguas y de las tierras incultas, ociosas o deficientemente aprovechadas mediante programas que permitieran un ordenamiento sostenible del territorio; la necesidad de acrecer el volumen global de las producciones agrícola, ganadera, forestal y acuícola,

en armonía con el desarrollo de otros sectores económicos; el deber de regular la ocupación y aprovechamiento de las tierras baldías de la nación, dando preferencia en su adjudicación a los campesinos de escasos recursos; la relevancia de señalar zonas de reserva campesina con la finalidad de fomentar la pequeña propiedad rural y la seguridad alimentaria, todas estas acciones se encuentran inscritas en las reformas agrarias cuya omisión constituye un claro riesgo de ineficacia del derecho transicional de tierras (Roldán, 2019).

Con corte al 31 de octubre de 2017, la Unidad de Restitución de Tierras había recibido 109.174 solicitudes de inclusión en el registro de tierras, de las cuales finalizaron su trámite 53.434, es decir el equivalente aproximado al 50% en fase administrativa; en sede judicial se habían proferido 2.967 sentencias que resolvieron 5.893 casos de despojo o abandono, que versan sobre derechos en 222.284 hectáreas (Sabogal, 2018).

1.7 Clases de despojo: despojo material, despojo jurídico, manifestaciones

Inicialmente, es imprescindible revelar que, si bien se han identificado por la doctrina dos clases de despojo, cada uno establece actos constitutivos diversos, los cuales se abordan de manera informativa y genérica (Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación, 2009).

De acuerdo a lo anterior, el despojo se clasifica así: i) El despojo material que se encuentra constituido por actos de violencia que pueden ser ejercidos de forma previa o concomitante con actos de despojo que se perfeccionan con alguna figura jurídica (lo que a nuestro modo de ver se asimila al desplazamiento); y ii) El despojo jurídico en el que no se ejercen hechos de despojo material sino que se desconocen derechos adquiridos mediante la protocolización de otras situaciones de derecho que no son procedentes. Puede ser ejecutado por una autoridad o un particular por medio del cual se desconoce un derecho adquirido o se modifica una situación de

derecho constituida, injustificadamente o con inobservancia de un procedimiento o una norma jurídica imperativa.

El despojo material se presenta con la ejecución de cualquier acto de violencia por parte de grupos armados al margen de la ley, las fuerzas militares o, inclusive, particulares, los cuales no son taxativos. Aunque se destacan las siguientes categorías que se consideran elementales: i) Amenazas contra la vida y la integridad personal, indistintamente que estos se realicen de manera directa o a través de interpuesta persona; ii) Daños a la vida o integridad física, como actos ejemplarizantes y para generar cadenas de pánico; iii) Destrucción de documentación oficial contentivo de registro y títulos de propiedad. Para los efectos de este estudio, se repite, el despojo material de tierras es asimilado al desplazamiento forzado, como quiera que está sujeto a la comisión de hechos de violencia física o psicológica.

El despojo jurídico puede presentarse en los siguientes casos: i) Compraventas forzadas. De conformidad con la legislación civil, artículo 1502¹⁹, todos los negocios jurídicos deben contar con los requisitos de capacidad de ejercicio de los derechos; consentimiento exento de vicios, a saber, que la manifestación de los intervinientes en el negocio sea libre y voluntaria; objeto y causa lícita. Al respecto las compraventas forzadas vician el consentimiento²⁰ de los contrayentes para dotar de una presunta legalidad un acto jurídico forzado. ii) Apropiación de predios del Estado. iii) Actos ilegales de enajenación entre particulares. Este supuesto se presenta en los siguientes eventos: a) Compraventa de propiedades y mejoras a bajos precios; b) Compraventa con sobreprecio, según

¹⁹ Artículo 1502. Requisitos para obligarse. Para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario: 1) que sea legalmente capaz. 2) que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio. 3) que recaiga sobre un objeto lícito. 4) que tenga una causa lícita. La capacidad legal de una persona consiste en poderse obligar por sí misma, sin el ministerio o la autorización de otra.

²⁰ Código Civil artículos 1508 y siguientes, desarrollan el error, la fuerza y el dolo. Artículo 1508. Vicios del consentimiento. Los vicios de que puede adolecer el consentimiento, son error, fuerza y dolo.

la doctrina, no es propiamente despojo, sin embargo, se incluye cuando la adquisición tiene relación con el narcotráfico, toda vez que se presenta como una alteración de mercado generada por el contexto de violencia ; c) Avalúo inferior y depreciación del predio, como mecanismo utilizado para ocultar o disfrazar su verdadero valor; d) Compraventas prohibidas por las disposiciones o sin el cumplimiento de sus requisitos para su perfeccionamiento (a manera de ejemplo se encuentran los negocios jurídicos sobre predios adjudicados en programas de dotación de tierras en el marco de políticas de reforma agraria); e) Contratos de arrendamiento o de usufructo simulados suscritos bajo presión. iv) Despojo por vía de hecho de autoridad administrativa: a) Actos administrativos de adjudicación de tierras expedidos sin fundamento legal o sin cumplimiento de requisitos (esta categoría es bastante amplia y puede estar viciada a su vez por las causales establecidas en el artículo 137 de la Ley 1437 de 2011, es decir, infracción de las normas en que deberían fundarse, sin competencia, en forma irregular, con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, mediante falsa motivación o con desviación de las atribuciones propias de quien los profirió). b) Revocatoria de adjudicación a beneficiarios de reforma agraria y readjudicación a los victimarios; c) Adjudicación de tierras con irregularidades en zonas de colonización o de frontera. v) Despojo por vía judicial. Adjudicación de derechos sobre la tierra mediante sentencias judiciales que carecen de sustento legal. vi) Falsificación de títulos de propiedad y escrituras. vii) Otras modalidades de despojo que no se encuadran en los tipos anteriores: a) Procesos de cobro originados en obligaciones inexistentes o contraídas mediante violencia, en los cuales se decretó el embargo y el remate de bienes de propiedades abandonadas; b) Abandono y apropiación sin mediación comercial; c) Usufructo del predio sin autorización del propietario del predio (Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación, 2009).

Frente a prácticas ilegales que constituyen despojo jurídico, Roldán (2019) indicó que algunos rasgos de la corrupción del Estado en el contexto de conflicto armado dan cuenta de prácticas ilegales contra la población campesina y desplazada cometidas por el gobierno central (Incoder, Ministerio de Ambiente, Agencias de licencias ambientales y mineras, etc.), por jueces ordinarios e, incluso, por el propio Ministerio Público. Una mera enunciación que realiza este autor de los métodos y prácticas demostradas en las sentencias de Justicia y Paz y por las decisiones de la Jurisdicción Especializada de Restitución de Tierras, da cuenta de claros riesgos de ineficacia del derecho transicional de tierras: i) La caducidad de la adjudicación de baldíos a campesinos desplazados para ser entregados por funcionarios del Incora a testaferros de actores armados; ii) La declaración fraudulenta por jueces ordinarios de la propiedad (sin inspección ocular) en juicios de pertenencia; iii) La falsedad de documento público por notarios y registradores; iv) La adjudicación de predios de reforma agraria del Incoder sin el lleno de los requisitos; v) La adjudicación de predios de reforma agraria que exceden la UAF; vi) El otorgamiento de licencias para la explotación minera en territorios étnicos sin consulta previa y sin licencia ambiental; vii) La adjudicación por jueces ordinarios e Incoder de predios en territorios colectivos reconocidos por el Estado; entre otras prácticas.

Por tales motivos, se concluye que la academia ha identificado que las autoridades en ejercicio de sus funciones pueden realizar actos constitutivos de despojo jurídico por medio de los cuales dotan de apariencia de legalidad situaciones que tienen origen en actos violentos o ilegales. Por eso, es relevante reiterar que en zonas de violencia generalizada, en la protocolización de negocios jurídicos que recaen sobre inmuebles rurales adjudicados en programas de dotación de tierras dentro del marco de políticas de reforma agraria, al notario le asiste un especial control de legalidad que debe ser ejercido no solo en relación con las normas agrarias que regulan la propiedad rural

sino en las dispuestas para prevenir y contener el desplazamiento forzado de población vulnerable producido por el conflicto armado colombiano.

Por lo tanto, es necesario analizar la teoría del bien jurídico e identificar los bienes jurídicamente protegidos que se afectan con el despojo jurídico de tierras causado con la actividad notarial mencionada, para de esta manera, contribuir a la comprensión del fenómeno jurídico, social y económico del despojo de tierras en Colombia.

2 Capítulo II

2.1 Teoría del bien jurídico

La teoría del bien jurídico es el punto de partida para lograr comprender la afectación de los bienes jurídicos de la conducta notarial, la cual es objeto de investigación del presente trabajo. Los distintos patrones de violencia que ocasionan el abandono de tierras y el despojo material y jurídico lleva a considerar, en todo ese universo de conductas, si el sistema penal puede contribuir a sancionar alguna de ellas para lograr la no repetición de fenómenos que afectan a una población vulnerable y de especial protección, como lo es el campesinado colombiano y los trabajadores agrarios, específicamente aquellos que son beneficiarios de programas de dotación de tierras que han sido víctimas de desplazamiento forzado.

Frente a este escenario es procedente interrogarse sobre cuál es el alcance del bien jurídico que se afecta con la conducta notarial que produce despojo jurídico. Asimismo, se debe cuestionar si resulta viable para el Estado penar esta conducta de manera autónoma, cuando en la ley penal concurren tipos penales que protegen bienes jurídicos individuales y colectivos de todo orden, y la legislación comprende soluciones jurídicas en el derecho civil y el derecho administrativo.

Al respecto, el Código Penal vigente (2000) establece en su artículo 11 que para que una conducta típica sea punible se requiere que lesione o ponga efectivamente en peligro, sin justa causa, el bien jurídicamente tutelado por la ley penal. En términos similares la legislación penal de 1980 consagraba que una conducta típica es punible cuando se lesiona o se pone en peligro, sin justa causa, el interés jurídico tutelado por la ley.

En este punto, cabe aclarar, que en este trabajo no se realizará un análisis de la evolución en la teoría del delito del juicio valorativo que comporta la categoría de la antijuridicidad²¹, puesto que la investigación está enfocada al bien jurídico que se compromete con el despojo jurídico de tierras y que resulta de interés constitucional proteger.

Ahora bien, una vez se ha precisado lo anterior, se debe mencionar que la teoría del bien jurídico que señala el camino de este estudio, fue incorporada por el legislador colombiano desde el año 1980, bien sea que se haya referido a él como bien jurídico tutelado por la ley penal o como interés jurídico tutelado, ambas concepciones enfocadas a limitar el ejercicio del *ius puniendi*. Así, para comprender el porqué de esta inclusión, no debe perderse de vista que el cometido del derecho penal —como lo afirma Roxin (2008)— se concreta en que solo puede proteger “bienes jurídicos”, de suerte que la única restricción previamente dada para el legislador se encuentre en los principios de la Constitución.

Esta consideración es avalada por la Corte Constitucional colombiana en Sentencia C-091 de 2017 al establecer que el Congreso de la República tiene la competencia de regular de manera detallada los diversos sectores del ordenamiento jurídico o de configuración del derecho; y aunque

²¹ Como lo ha señalado el profesor Gómez (2005), la antijuridicidad se determina por medio de un juicio positivo y otro negativo: el primero para establecer si la conducta típica causó daño o no; y el segundo para verificar si ella es o no contraria al derecho, al examinarse si se actuó amparado en alguna de las causales de justificación contempladas legalmente. Lo material resulta de lo positivo, si hubo daño; lo formal resulta de lo negativo, es decir, si no hubo amparo en ninguna causal de justificación.

esta facultad es particularmente amplia, se encuentra limitada por el respeto y la vinculación tanto a los derechos fundamentales como a los principios de razonabilidad y proporcionalidad. En ese margen de configuración este también tiene la facultad de definir los tipos penales, sin embargo, al incidir intensamente en los derechos de los asociados solo debe utilizarse para la protección de bienes jurídicos que han sido considerados especialmente relevantes, ya sea desde el contenido de la Constitución o mediante los procesos de deliberación democrática.

Acorde a ello la máxima autoridad constitucional ha establecido que pese a no existir una lista taxativa de los bienes jurídicos susceptibles de ser protegidos mediante el recurso al poder punitivo del Estado, sí se cuenta con ciertos mandatos que imponen la criminalización de conductas que son particularmente ofensivas de la dignidad humana. A su vez, las normas penales deben abstenerse de castigar aquellas que son de baja lesividad social o tienen poca incidencia en los derechos fundamentales.

Así pues según la Corte, el castigo oficial solo puede ser utilizado para la defensa, protección y garantía de bienes jurídicos esencialmente ligados, de manera directa o indirecta, a los derechos fundamentales. De igual forma se tiene que su uso no puede, correlativamente, afectar la dignidad humana ni restringir los derechos fundamentales injustificadamente.

En este mismo sentido el Tribunal Constitucional en Sentencia C-191 del 2016 agrega que la libre configuración normativa del legislador, en materia de establecimiento de normas penales, encuentra como límites la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos. Esto hace que el margen de configuración esté sometido al contenido material de los derechos fundamentales, así como al de los derechos humanos consagrados en la Carta y en los instrumentos internacionales que han sido ratificados por Colombia.

La Corte Constitucional en Sentencia C-365 de 2012 también ha precisado los límites constitucionales del libre margen de configuración del legislador en materia penal de la siguiente manera:

- i) Principio de necesidad de la intervención penal, que a su vez está relacionado con el carácter subsidiario, fragmentario y de *ultima ratio* del derecho penal, según el cual el *ius puniendi* debe operar solamente cuando las demás alternativas de control han fallado. Así, dado que el Estado no tiene la obligación de sancionar penalmente todas las conductas reprochables, la decisión de criminalizar un comportamiento humano es la última de las decisiones posibles, o el recurso extremo en el espectro de sanciones que el Estado está en capacidad jurídica de imponer y al que puede acudir para reprimir un comportamiento que afecta los intereses sociales.
- ii) Principio de exclusiva protección de bienes jurídicos, es decir, de valores esenciales de la sociedad que ameriten protección penal. Como no existe obligación constitucional de criminalizar determinadas conductas con la finalidad de proteger bienes jurídicos específicos, la criminalización implica que el legislador ha considerado que para proteger cierto bien jurídico es necesario acudir a mecanismos comparativamente más disuasivos que otros que también podrían emplearse, aunque este tenga un efecto limitativo de la libertad personal.
- iii) Principio de legalidad, el cual tiene tres dimensiones:
 - a) Reserva de ley en sentido material, pues la creación de los tipos penales es una competencia exclusiva del legislador.

- b) La definición de la conducta punible y su sanción de manera clara, precisa e inequívoca.
- c) La irretroactividad de las leyes penales, salvo su aplicación favorable.
- iv) Principio de culpabilidad, según el cual el derecho penal en Colombia es de acto y no de autor, lo cual implica que de acuerdo con el postulado del Estado social de derecho y el respeto de la dignidad de la persona humana “nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa” (Constitución Política de Colombia, 1991, Art. 29).
- v) Principios de razonabilidad y proporcionalidad en materia penal, acorde a ellos deben ponderarse las finalidades de prevención y represión del delito con los derechos fundamentales de las personas, como el derecho a la libertad y al debido proceso.
- vi) Bloque de constitucionalidad y otras normas constitucionales que deben ser observadas al momento de redactar las normas penales pues –además de los límites explícitos que han sido fijados directamente desde la Carta Política, y los implícitos relacionados con la observancia de los valores y principios consagrados en ella– la actividad del legislador está condicionada a una serie de normas y principios que representan parámetros de constitucionalidad de obligatoria consideración. Ello en la medida en que la propia Constitución les otorga especial fuerza jurídica por medio de las cláusulas de recepción consagradas en los artículos 44, 53, 93 y 94, normas que hacen parte del llamado bloque de constitucionalidad.

Estas consideraciones jurisprudenciales del máximo órgano constitucional resultan compatibles con la doctrina penal, cuyos exponentes más relevantes se identifican a continuación:

El jurista Velásquez (2007) explica el principio de lesividad penal y presenta la evolución del concepto de bien jurídico. Al hacerlo indica que este hace referencia a determinados valores sociales que según la opinión del legislador merecen especial protección. Esta noción que fue acuñada en 1834 por J.M.F. Birnbaum (1792-1872), quien consideraba que los bienes jurídicos se encontraban más allá del derecho, puesto que eran trascendentes, y al haber sido dados por la naturaleza y el desarrollo social, el Estado y el derecho tenían la obligación de reconocerlos.

Por su parte, K. Binding (1872) sostuvo que el bien jurídico se hallaba dentro de la norma jurídica, y que este era inmanente a ella; por él se entendía todo aquello que a los ojos del legislador tiene valor para preservar la vida sana de la comunidad. En esta misma línea de argumentación F. Von Liszt (1905) postuló que los bienes jurídicos eran intereses vitales para el individuo y la comunidad, surgidos de la vida, y su protección era una tarea que le correspondía al ordenamiento jurídico.

Más adelante, con el auge del régimen del nacionalsocialismo (1933-1945) se intentó borrar este concepto del ámbito del derecho penal, pues se consideró como uno de los frutos del pensamiento liberal individualista, asimismo, que era carente de toda utilidad; fue así que en su lugar se puso el entendimiento del derecho como la violación de un deber, para darle primacía a nociones como el “sano sentimiento del pueblo”, la “infidelidad al derecho”, entre otras. En esa misma época H. Welzel (1939) rescató la noción para el derecho penal y la concibió como todo estado social deseable que el derecho quiere resguardar de lesiones, en el entendido de que el orden social es la suma de los bienes jurídicos.

En oposición a las anteriores posturas, durante los últimos decenios han renacido las tendencias de carácter político-criminal, las cuales acuden a los ordenamientos constitucionales como fuente del bien jurídico o bien adoptan limitantes de tipo social a partir de explicaciones de índole

sociológica (funcionalismo o interaccionismo simbólico). K. Marx (1972) ofrece una versión de esta al señalar que el bien jurídico equivale a aquellos presupuestos que la persona necesita para su propia realización en la vida social, y al lado de estos recursos existenciales mínimos o bienes jurídicos individuales existen otros que son de carácter comunitario, estatal o colectivo; este entiende el bien jurídico tanto en sentido formal como material, donde el fin del derecho coincide con el encomendado al Estado, a saber: la dignidad humana.

Por otra parte, las posiciones político-criminal de orientación social se centran en explicar el bien jurídico desde un plano democrático. Allí se equipara este concepto a la “dañosidad social” (K. Amelung 1972, 1984), o se hace equivalente a la “participación en la sociedad” (R.P. Callies 1974), o también se sostiene que el cometido de esta teoría es sentar las bases de una política de bienes jurídicos, una teoría del bien jurídico orientada a la praxis que tenga como primera tarea desarrollar los conocimientos de la experiencia científica (W. Hassemer, 1973, 1980).

Finalmente, Velásquez ha mencionado que con un punto de partida funcionalista se descarta la importancia de la teoría del bien jurídico (Jakobs, 1983, 1993), y pone en su lugar la infracción de deberes como cometido de la norma penal. En ese sentido, el núcleo de todos los delitos solo debe hallarse en el incumplimiento de un deber, así como en que el derecho penal protege –como condición de existencia de la sociedad– solo la vigencia de las normas, esto es, la firmeza ante la defraudación de las expectativas y el daño social.

En este contexto es preciso mencionar a Mezger (1931, pp. 59-63), quien al elaborar su teoría sobre el contenido material del injusto, signándola como lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, define a este último como el objeto de protección de la ley o como el objeto de ataque contra el que se dirige el delito. Este autor hace un aporte que resulta fundamental al momento de relacionar el bien jurídico con el tipo legal, pues aduce que el bien jurídico del tipo concreto es la

línea directriz determinante en la interpretación de dicho tipo, es el valor objetivo que la ley considera que necesita protección, como el “fin” del precepto concreto de la ley. En otras palabras, si en el tipo concreto se conoce el bien jurídico a él correspondiente, aparecerá con claridad el “sentido” de dicho tipo legal y se poseerá su “síntesis” (con valor de categoría).

Ahora bien, la determinación y conocimiento del bien jurídico en referencia al tipo concreto se logra mediante la interpretación de la ley, e irradia la necesaria claridad para poder comprender las peculiaridades y características del tipo concreto del cual se trata. Esta formación conceptual jurídica que busca captar y clarificar la propia esencia de los diferentes tipos penales es una formación conceptual teleológica, pues todos los conceptos jurídicos y en el marco del tipo penal deben ser comprendidos desde el punto de vista de su “telos”, esto es, de su “fin” (Mezger, 1931, p. 64).

Al definir el concepto de bien jurídico vinculante político-criminalmente, Roxin (2008) aduce que este solo se puede derivar de los cometidos de un Estado de derecho basado en la libertad del individuo, dado que él considera:

[Que] los bienes jurídicos son circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema. (p. 55)

Para este autor, dicho concepto abarca tanto a los estados que son hallados previamente por el derecho (derechos individuales independientes del Estado), como los deberes de cumplimiento de normas creados por él.

En un Estado democrático las conminaciones penales arbitrarias no protegen bienes jurídicos y son inadmisibles, está vedado proteger finalidades ideológicas mediante normas jurídico penales y las meras inmoralidades no lesionan ningún bien jurídico y por ello

deben quedar impunes. Ello significa que del concepto de bien jurídico no se desprende nada que no se pudiera derivar de los cometidos del Estado y de los derechos fundamentales, de modo que se obliga a someter de antemano todo precepto penal a la luz de las limitaciones constitucionales. (Roxin, 2008, p. 56)

Para ilustrar los planteamientos anteriores se proponen los siguientes ejemplos: en el título IX del Código Penal se consagran los delitos que atentan contra el bien jurídico constitucionalmente relevante y penalmente tutelado de la fe pública, cuyo objeto de protección es la credibilidad otorgada a los signos, objetos o instrumentos que constituyen medio de prueba sobre la creación, modificación o extinción de situaciones jurídicas relevantes (como se verá en líneas posteriores). En el caso de los delitos contra la administración pública, previstos en el título XV del Código Penal, se tiene que son objeto de protección los principios de la función pública que han sido fijados constitucionalmente en el artículo 209, los cuales deben estar presentes en las actuaciones de los representantes de la administración pública, término que también incluye las actuaciones de los funcionarios de las ramas judicial y legislativa.

La doctrina penal ha sido consistente en relación con la función de protección del bien jurídico²², para efectos de esta investigación, son relevantes las consideraciones hechas por el

²² Muñoz (2010) señala en su desarrollo de la “Estructura, composición y clasificación de los tipos penales” que la norma penal también tiene una función protectora de bienes jurídicos y para cumplirla eleva a la categoría de delitos, por medio de su tipificación legal, aquellos comportamientos que más gravemente lesionan o ponen en peligro bienes jurídicos protegidos. El bien jurídico es la clave que permite descubrir la naturaleza del tipo, le da sentido y fundamento, es el valor que la ley quiere proteger de las conductas que puedan dañarlo; este valor es una cualidad positiva que el legislador atribuye a determinados intereses. Por tanto, la cualidad del bien jurídico es de creación legal y no preexistente a ella misma. Para Fernández (2007), en sentido formal, el bien jurídico es el fin de protección de la norma legal, pero todas las normas tienen un fin así por el hecho de existir con cierta pretensión de racionalidad; es decir, lo crea la propia norma al ser expedida y del mismo modo desaparece con ella. Con esta noción positivista, la teoría del bien jurídico carece de importancia, pues solo cumpliría precariamente la función clasificatoria de los delitos, que significa dejarlo sin funciones porque su relevancia ha de apuntar al límite del *ius puniendi*. Por otra parte, en sentido material el bien jurídico es una realidad de la vida social que se traduce en un conjunto de relaciones sociales estables que dan lugar a estados o situaciones valiosas para el individuo y la comunidad, y que ambos quieren conservar y desarrollar en la medida de sus respectivos intereses y necesidades. Los bienes jurídicos no los crea la ley sino la vida social, la ley solo los reconoce y protege, esto es, interviene coactivamente para prevenir los daños que

profesor Gómez (2005), quien señala que el concepto de bien jurídico debe analizarse al mirar el conjunto de toda la normatividad, donde se debe tener en cuenta los fines principales del orden jurídico para lograr una interpretación conjunta y armónica de las normas penales con el resto del mencionado orden. Además, este autor considera que resulta más comprensiva la afirmación de Bustos, cuando señala que los bienes jurídicos plasman de manera concreta este complejo real social que interesa proteger. De allí la importancia del bien jurídico como principio garantizador, pues le permite a toda la sociedad y a todos los individuos determinar qué es lo que se protege: por ello también el rechazo a toda fórmula que lo lleve a la vaguedad y a la abstracción, y la exigencia imprescindible de que todo precepto penal ha de contener un bien jurídico protegido.

Con base en lo expuesto se tiene que el bien jurídico tutelado es el faro que ilumina la interpretación de los tipos legales, y quien tiene la función de ser instrumento de protección es el tipo penal. En ese sentido, el autor en referencia ha señalado que antes de determinar cuándo una conducta típica es antijurídica, es necesario precisar cuál es el interés o bien jurídico que ella protege, o qué es lo que protege la norma; pues bien, para el autor estos bienes que protege el derecho penal se encuentran íntimamente ligados con el preámbulo de la Carta Política y sus concretos desarrollos dentro de su articulado. El preámbulo sirve como derrotero en la

pudieran ocasionárseles; si se trata del derecho penal este previene los daños más graves o insostenibles contra los bienes jurídicos de mayor importancia ético-social y sociológica, es decir, aquellos sin los cuales la vida social sería imposible y el sistema social de desmoronaría, la paz dejaría de existir y la igualdad no sería más que una palabra bonita o interesante. Ellos corresponden sin duda a grandes necesidades e intereses de las personas y del propio grupo social, los cuales devienen “jurídicos” por el reconocimiento y la tutela del derecho positivo. El bien jurídico es la razón de la ley (*ratio legis*), pero no en un sentido meramente formal y gramatical, sino es un sentido más profundo que a la vez es material, ético-social y político-criminal. No es solo pauta de interpretación de las leyes penales, ni mero criterio de clasificación de los tipos, sino un límite material –en parte constitucional e internacional, y en parte metajurídico– al poder del legislador y de los jueces penales. Una noción de bien jurídico adecuada para un Estado social y democrático de derecho (es decir, un Estado moderno) forzosamente debe partir de los derechos morales universales de la persona humana, los derechos humanos internacionales y los derechos fundamentales de cada Constitución.

interpretación de las normas y su delimitación, pues no está incorporado en la Constitución con carácter ornamental, sino como un elemento de su estructura ideológica (Gómez, 2005).

La doctrina ha diseñado una amplia clasificación de los tipos penales, sin embargo, en relación con la afectación del bien jurídico se destacan las siguientes (Gómez, 2005):

- i) Tipos monoofensivos y pluriofensivos: los primeros son aquellos que solo protegen un interés jurídico como, por ejemplo, el hurto; los segundos se encaminan a proteger diversos intereses jurídicos como el secuestro extorsivo, que protege la libertad individual y en ocasiones el patrimonio económico.
- ii) Tipos de peligro y de lesión: los primeros son aquellos que amenazan o ponen en peligro el bien jurídico tutelado, entendiendo por peligro —como señala la Corte en Sentencia 32422 del 10 de marzo de 2010— “un estado desacostumbrado y anormal en el que puede aparecer como probable, a la vista de las concretas circunstancias actuales, la producción de un daño cuya posibilidad resulta evidente”. Los segundos son aquellos que llevan aparejada la destrucción o disminución del bien jurídico tutelado, tal y como serían todos los delitos consumados que implican lesión como el homicidio, el hurto y el secuestro.
- iii) Tipos de conducta instantánea y de conducta permanente: los primeros son aquellos donde la afectación del bien jurídico se produce de forma inmediata, es decir, que con una sola acción se ocasiona el menoscabo o la destrucción; mientras que en los segundos la afectación del bien jurídico se prolonga en el tiempo, de modo que la acción vulnera el bien jurídico hasta que no cese la conducta delictuosa. Por tanto, son tipos penales de conducta permanente aquellos que protegen intereses jurídicos que solo son susceptibles de menoscabo, mas no de supresión, por ello en otras oportunidades

pueden volver a ser blanco de conductas típicas. Un ejemplo de los primeros es el hurto y el homicidio, del segundo son ejemplos el secuestro y la inasistencia alimentaria.

En consecuencia, la teoría del bien jurídico también cumple una función clasificadora. En Colombia la legislación protege los bienes jurídicos mediante tipos penales agrupados de la siguiente manera: Delitos contra la vida e integridad personal, Delitos contra personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario (DIH), Delitos contra la libertad individual y otras garantías, Delitos contra la autonomía personal, Delitos contra el patrimonio económico, Delitos contra la fe pública, Delitos contra el orden económico social, Delitos contra los animales, Delitos contra la administración pública, Delitos contra la eficaz y recta impartición de justicia, entre otros.

El artículo 2° del Código Penal (2000) consagra la norma rectora de integración según la cual las normas y postulados que sobre derechos humanos se encuentren consignados en la Constitución Política, en los tratados y convenios internacionales ratificados por Colombia hacen parte integral de ese código.

En consideración a lo anterior, se tiene que no existe la menor dificultad en reconocerle a la teoría del bien jurídico el carácter fundacional de las instituciones penales, las cuales deben enmarcarse en su desarrollo, por lo cual sirve como un criterio de sistematización e interpretación de la ley penal colombiana. Así, desde la realidad social, la jurisprudencia constitucional refiere que el “bien jurídico está llamado a cumplir una función social”, y desde el punto de vista dogmático se “constituye en guía para la interpretación de la norma penal”, amén de erigirse en un “criterio de medición de la pena a imponer” (Gómez, 2015, p. 87).

De acuerdo con Cancino (2019) los títulos y capítulos de un Código Penal no solo tienen una finalidad ordenadora en razón del bien jurídico dogmáticamente protegido, sino que en

consideración a que toda figura delictiva necesariamente tiene relación con una pluralidad de bienes jurídicos, de los cuales el legislador trata de escoger su ubicación, muchas veces con caprichoso proceder y otras con acertado criterio.

Sin embargo, la teoría del bien jurídico y la función clasificadora que le concurre va más allá del simple atino del legislador para ubicar un tipo penal en determinado título o capítulo, puesto que la teoría en referencia permite establecer el ámbito de protección de la norma, el contenido y alcance del tipo penal, derivado de la Constitución y los instrumentos internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

Sobre el particular, el profesor Reyes (2003) considera que infortunadamente las invocaciones generales a la importancia y utilidad del bien jurídico dentro de la teoría del delito, no siempre son tenidas en cuenta al momento de tipificar algunos comportamientos, ni en su posterior interpretación.

Para la investigadora el concepto del bien jurídico debe permitir realizar el juicio de adecuación típica en virtud al desarrollo jurisprudencial, legal y dogmático del derecho concreto que se quiere proteger con la norma penal. De allí que sea determinante establecer cuál es el bien jurídico afectado con la conducta antinormativa de despojo de tierras, dado que es imperativo descender la investigación a la real afectación que produce la conducta notarial que se censura.

2.2 Bienes jurídicos vulnerados con el despojo jurídico de tierras

Con la suscripción del “Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera” se introdujo al ordenamiento jurídico el convenio sobre la Reforma Rural Integral (RRI). Por esa razón es imperioso resaltar que la importancia de esta investigación radica en que el incumplimiento de los requisitos que regulan la enajenación de predios

adjudicados en programas de dotación de tierras, ha contribuido a la generación de problemas sobre la propiedad de la tierra.

A su vez, esto es un factor que va aparejado al fenómeno de la violencia, pues personas de escasos recursos que lograron ser beneficiarias de estas políticas agrarias quedaron en el corazón del conflicto y fueron despojadas de sus tierras, obligadas o llevadas por necesidad a abandonarlas; a la postre ello permitió el control territorial por parte de los distintos actores ilegales armados, la consolidación del fenómeno de concentración improductiva o productiva de la tierras, y la pérdida de derechos sobre predios en favor de personas que no cumplían con los requisitos para ser adjudicatario o adquirente.

Colombia es un país premoderno en lo que al ordenamiento de la propiedad rural se refiere, fundamentalmente por la inaplicación de las normas que a lo largo de la historia se han promulgado para la ordenación territorial, en gran medida por la ausencia de un consenso político. En este contexto, la convivencia pacífica pretendida por el derecho de tierras se vio truncada por el conflicto social, que luego derivó en violencia política y más tarde en violencia armada. Este ciclo nuevamente comenzó en los años 80 con un ingrediente adicional, el narcotráfico y sus diversos fenómenos sociales, ambientales, económicos y culturales, cuyas consecuencias son evidentes: concentración de la propiedad y acaparamiento de los recursos naturales, pobreza rural extrema, informalidad y despojo de tierras, desplazamientos masivos y vaciamiento de territorios, economías ilegales, lavado de activos, deforestación, deterioro ambiental y depresión de la economía alimentaria (Roldán, 2019).

Por tanto, es necesario reconocer que la confrontación armada en Colombia ha sido fundamentalmente una guerra por el territorio, porque la tierra ha sido históricamente la fuente de rentas privilegiadas para los ricos y el recurso de supervivencia para los pobres. Por eso dentro de

las raíces y dimensiones agrarias de la violencia es preciso mencionar que en principio las mejores tierras del país han sido colonizadas por campesinos, pero los hacendados han pasado a apropiarse de estas de manera sistemática (Reyes, 2016). Al respecto, también se puede señalar:

[Que] el secreto que hace posible esta forma primitiva de acumulación de capital para las élites regionales colombianas es la resistencia, negligencia, incapacidad y oposición del Estado para reconocer, formalizar, titular y proteger los derechos sobre la tierra de las comunidades campesinas. (Reyes, 2016, p. 26)

Asimismo, sobre el factor de la violencia se debe mencionar lo siguiente:

Las empresas de violencia organizada que agenciaron el destierro de campesinos han sido estructuras complejas, con alta rotación de mandos, que tuvieron contribuyentes forzosos y a veces voluntarios, y que también se financiaron con negocios de narcotráfico, extorsión y captura de rentas públicas por corrupción. Estas organizaciones, según Reyes (2016), han tenido aliados naturales, como grandes propietarios y empresas muy vulnerables al sabotaje, pero también han creado sus propias bases de beneficiarios con el reparto de tierras adquiridas por la fuerza. Por eso el despojo de tierras también fue una conquista militar de territorios mediante una limpieza social de campesinos, indígenas y afrocolombianos, para ser reemplazados por clientes y testaferros de los grupos armados, en un esfuerzo por afianzar la emergencia de nuevas capas terratenientes, a veces con vocación empresarial en plantaciones. (Reyes, 2016, p. 35)

Del despojo directo con uso de la fuerza o la amenaza, la seguridad ofrecida por paramilitares y luego por el gobierno, despertó el apetito por tierras de grandes propietarios que corrieron cercas sobre las parcelas de los desplazados o les compraron tierras a bajos precios cuando el temor les impedía continuar trabajándolas. La carrera por comprar

extensiones grandes para minería y biocombustibles y para reservar áreas para la producción de alimentos ha sido estimulada por los subsidios a grandes inversionistas y las presiones a las víctimas empobrecidas por el conflicto a vender la tierra restante para salvar al menos parte del patrimonio familiar. Este nuevo mercado de tierras hace perder los rastros del despojo con nuevas transferencias y sociedades ajenas a la violencia y amparadas por el gobierno. En este contexto de muchas dimensiones, es muy difícil identificar en manos de quién están las tierras despojadas. Con seguridad, son muy pocas las que quedan en manos de los jefes paramilitares extraditados y sus cabecillas más visibles. Los grupos preferidos de beneficiarios han sido los familiares, empleados de confianza y los amigos, pero también se ha presentado sofisticados esfuerzos por transferir propiedades a sociedades y negocios con los que se hace lavado de capitales del narcotráfico y la corrupción. Se han configurado en muchas regiones mafias de abogados, notarios, jueces, registradores y autoridades locales especializados en ocultar legalmente los despojos y crear distancia entre los despojadores y los actuales titulares de las tierras robadas. (Reyes, 2016, pp. 35-36)

Ahora bien, se ha considerado que existen cuatro grandes causas que han reproducido de forma cíclica el conflicto armado en Colombia, estas son: i) la violencia política, ii) la ausencia de Estado, iii) la violencia por la tenencia de la tierra, y iv) el narcotráfico (Correa, 2017). Es así que, en Colombia, en el escenario sobre la propiedad de la tierra se advierte la necesidad de adoptar políticas públicas agrarias, y especialmente analizar y/o actualizar las político-criminales para prevenir la repetición del fenómeno de despojo jurídico. Este puede ser considerado el centro de orden legal de la situación de pérdida de derechos de propiedad, posesión, ocupación y tenencia legítima de personas en condición de vulnerabilidad y pobreza que se localizan en zonas de

violencia generalizada, quienes se han visto obligados a desplazarse por acción directa o indirecta de los actores en conflicto.

Ante esta realidad se debe reiterar la importancia que tiene el desarrollo integral del país para poder romper las brechas existentes entre el campo y la ciudad, de suerte que el progreso y la oferta de bienes y servicios genere mejores condiciones de vida para los pobladores. Entre otras razones, por su identificación del campo como espacio estratégico para el crecimiento económico, su aporte a la seguridad alimentaria, la articulación a los mercados internacionales y su capacidad para incrementar la producción agropecuaria. Sin embargo, la existencia de factores endógenos como la inseguridad jurídica del derecho de propiedad, los episodios de violencia que han marcado la tradición histórica de nuestro país, el manejo inadecuado del suelo rural con vocación agropecuaria y ejercicio de su uso y aprovechamiento bajo conflictos del uso, así como la limitada capacidad institucional tanto nacional como regional para impulsar la gestión del desarrollo rural, han aparejado una crisis del territorio rural y del sector agropecuario (Correa, 2017, p. 25).

Como reflejo de los fenómenos señalados, desde el punto de vista social estos han dado lugar a una contracción en la inversión en el campo; la destrucción del tejido social; el desplazamiento y despojo de trabajadores rurales de las tierras poseídas, ocupadas y bajo dominio pleno; ocupaciones en zonas estratégicas de interés ambiental; y en la concentración de la propiedad o fenómenos de acumulación de bienes fiscales. Desde el punto de vista institucional se tiene que la baja capacidad de respuesta del Estado frente a las necesidades crecientes de política integral y ejecución armónica por parte de las instituciones, y la consecuente dispersión en su ejecución, han traído consigo la desaceleración de los modelos de ocupación en el sector rural y la trashumancia a las ciudades y los centros urbanos (Correa, 2017, p. 26).

Al identificar las circunstancias enunciadas el Estado responde enfocando los esfuerzos en la consecución de la reforma agraria, centrada en la adjudicación de baldíos y bienes fiscales patrimoniales adjudicables, así como el subsidio otorgado a través de procesos de mercado asistido (Correa, 2017, p. 26). Esta política de reforma agraria que ejerce el Estado en Colombia está dirigida a corregir la estructura de los derechos de propiedad. La necesidad de adoptar este tipo de políticas está dada por la misma realidad, puesto que en el país se evidencian niveles extremos de desigualdad: el 0.4 % de los predios concentrados ocupan más del 67 % de la tierra productiva y el índice Gini lo ubica en el tercer puesto de la región, solo le anteceden Paraguay y Chile, y en condiciones iguales con Venezuela con el 0.88 % -Oxfam, 2016- (Parra, 2017, p. 104).

Desde el año 1936, con la expedición de la Ley 200 que surgió como respuesta a los conflictos que se presentaban entre colonos, arrendatarios y propietarios, y donde se cuestionaba la legitimidad de los derechos sobre las tierras, en el país no se establecieron mecanismos para transformar los derechos de propiedad ni su democratización y redistribución, sino que se mantuvo el sistema feudal y hegemónico de los terratenientes al legitimar sus derechos de propiedad y sentar las bases para la implementación de un modelo capitalista. Posteriormente, con la Ley 135 de 1961 se dispuso reformar la estructura social de la propiedad a través de procedimientos que permitieran enderezar fenómenos irregulares de la propiedad; para ello se recurrió a la imposición de gravámenes fiscales sobre la propiedad altamente concentrada o improductiva, así como también la intervención directa donde el Estado compra predios de propiedad privada para redistribuirlos entre aquellos que no las poseen, y la titulación de bienes baldíos de forma gratuita mediante subsidios. Por otra parte, con la Ley 160 de 1994 se propuso modificar los procedimientos para enderezar los fenómenos irregulares de la propiedad a fin de hacerlos más eficientes y garantizar la transparencia en su ejecución a través del mercado asistido de tierras, la adjudicación de bienes

fiscales patrimoniales, la titulación de baldíos en sus diversas modalidades y el reconocimiento de la propiedad étnica (Parra, 2017, p. 109).

Estas leyes agrarias se aplicaron tímidamente, pero ninguna cumplió la finalidad de corregir la inequitativa distribución de la propiedad de la tierra y su concentración, y tampoco tenían elementos que pudiesen contener la violencia que arreció en el país a partir de la década de 1980, puesto que la corrupción y los actores armados –legales e ilegales– vieron en el control territorial la forma de implementar una agenda política en desmedro de la población del campo, a lo cual se sumó la ausencia de las autoridades del Estado y de las condiciones mínimas de seguridad que garantizaran su permanencia en la tierra.

En este punto se precisa anotar que intentar proponer correctivos a todos los fenómenos sociales, políticos e institucionales que afectan la ruralidad colombiana excede del marco de esta investigación, la cual se enfoca en determinar el bien jurídico que resulta afectado con el despojo jurídico de tierras, específicamente cuando el sujeto pasivo y/o víctima fue beneficiado con programas de dotación de tierras. Acorde a ello se debe partir de los derechos de la población desplazada por la violencia y el marco normativo que los reconoce tanto a nivel interno como a la luz de los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

La razón por la cual se limita el análisis de este documento a los derechos de la población desplazada y no a la población campesina en general, es porque las víctimas de abandono forzado, según Sabogal (2018) y a consideración de la investigadora, de despojo de tierras son víctimas de desplazamiento forzado. Es así en el caso del abandono porque el sujeto es compelido a desatender temporal o permanentemente las facultades de usar, gozar y disponer de las relaciones jurídicas de la propiedad, posesión u ocupación en relación con su predio, quien por el temor provocado por un contexto de violencia (caracterizado por violaciones graves y manifiestas a los derechos

humanos e infracciones al DIH) o insuperable coacción violenta se ve obligado a abandonar forzosamente el predio y, en efecto, a no tener contacto con el bien inmueble.

En el caso del despojo a la persona se le priva de manera arbitraria o injusta de la propiedad, posesión u ocupación en el marco del conflicto armado, lo cual afecta de un modo directo o indirecto las relaciones jurídicas con la tierra en medio de una situación de violencia, ello a través de fuentes fácticas o jurídicas. Estas pueden ser negocios jurídicos (escrituras públicas autorizadas por el notario), actos administrativos, sentencias judiciales o la comisión de delitos asociados a la situación de violencia (Sabogal, 2018), que a la postre desplazan a la persona y a su núcleo familiar, la obligan a migrar a otro lugar y a vivir en situación de pobreza porque, como sucede en muchos casos, ya no puede generar el sustento del producto de su trabajo con la tierra para obtener condiciones dignas de subsistencia; esto genera un desarraigo absoluto con la comunidad de origen y la pérdida del patrimonio familiar actual y en favor de las generaciones futuras.

Por consiguiente, como se evidenció al estudiar la teoría del bien jurídico, se debe partir de la Constitución Política de Colombia, en cuyo preámbulo se establece como fin del Estado asegurar a sus integrantes la vida, la convivencia, el trabajo, la justicia, la igualdad, el conocimiento, la libertad y la paz. Lo anterior dentro de un marco jurídico democrático y participativo que garantice un orden político, económico y social justo.

En ese sentido, es relevante mencionar lo dispuesto en el artículo 24 del capítulo I de los derechos fundamentales, donde se consagra el derecho que tiene todo colombiano a circular libremente por el territorio nacional, a entrar y salir de él y a permanecer y residenciarse en Colombia. Este derecho es fundamental en relación con la población desplazada, puesto que muchas personas, comunidades y familias enteras son forzadas o llevadas a huir por el contexto

de violencia, quienes al abandonar sus tierras y no poder volver a ellas pierden en muchos casos los derechos de propiedad que los acreditaba como dueños de sus parcelas.

Como un derecho social, económico y cultural se consagra:

El deber del Estado de promover el acceso progresivo a la propiedad de la tierra de los trabajadores agrarios, en forma individual o asociativa, y a los servicios de educación, salud, vivienda, seguridad social, recreación, crédito, comunicaciones, comercialización de los productos, asistencia técnica y empresarial, con el fin de mejorar el ingreso y calidad de vida de los campesinos. (Constitución Política, Art. 64)

A continuación, se destacan los instrumentos internacionales que reconocen los derechos a la población desplazada, lo cual será relevante para efectos del análisis del bien jurídico afectado con el despojo jurídico de tierras.

- i) Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) aprobada el 10 de diciembre de 1948 en la Asamblea General de las Naciones Unidas, artículos 13²³, 17²⁴ y 28²⁵.
- ii) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Protocolo Facultativo aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas, en Nueva York el 16 de diciembre de 1966; y aprobado por Colombia en la Ley 74 del 26 de diciembre de 1968, numeral 1 artículo 12²⁶.
- iii) Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Nueva York, el 16 de

²³ Derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado.

²⁴ Derecho a la propiedad individual o colectiva; nadie será privado arbitrariamente de su propiedad.

²⁵ Derecho a que se establezca un orden social e internacional en el que los derechos y libertades proclamados en esta declaración se hagan plenamente efectivos.

²⁶ Toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado tendrá derecho a circular libremente por él y a escoger libremente en él su residencia.

diciembre de 1966; aprobado por Colombia en la Ley 74 del 26 de diciembre de 1968²⁷, artículo 10²⁸.

- iv) Convención Americana sobre Derechos Humanos, también llamada “Pacto de San José de Costa Rica” firmado en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969; ratificado por Colombia mediante la Ley 16 de 1972²⁹, artículo 22³⁰.
- v) Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer “Convención de Belem do Pará”, aprobada por la Ley 248 del 29 de diciembre de 1995, artículos 4³¹ y 9³²; Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, y aprobada por Colombia mediante la Ley 12 del 22 de enero de 1991, artículos 38³³ y 39³⁴;

²⁷ Se considera que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables y se reconoce que estos derechos se desprenden de la dignidad inherente a la persona humana. Reconoce que con arreglo a la Declaración Universal de Derechos Humanos, no puede realizarse el ideal del ser humano libre, liberado del temor y de la miseria, a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos.

²⁸ Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles.

²⁹ El Estado colombiano se compromete a respetar los derechos y libertades reconocidos en la convención y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

³⁰ Derecho de circulación, según el cual toda persona que se halle legalmente en el territorio de un Estado, tiene derecho a circular por el mismo y residir en él con sujeción a las disposiciones legales.

³¹ Derecho de la mujer al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos los derechos humanos y a las libertades consagradas por los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos, entre los que se encuentra el respeto a la dignidad inherente a su persona y que se proteja a su familia.

³² Colombia se compromete a la adopción de las medidas y a tener en cuenta la situación de vulnerabilidad a la violencia que pueda sufrir la mujer en razón, entre otras, de su raza o de su condición étnica, de migrante, refugiada o desplazada.

³³ Se establece que se compromete a respetar y velar por que se respeten las normas del Derecho Internacional Humanitario que les sean aplicables en los conflictos armados y que sean pertinentes para el niño. Igualmente, de conformidad con las obligaciones dimanadas del Derecho Internacional Humanitario, proteger a la población civil durante los conflictos armados, los Estados partes adoptarán todas las medidas posibles para asegurar la protección y el cuidado de los niños afectados por un conflicto armado.

³⁴ Los Estados adoptarán todas las medidas apropiadas para promover la recuperación física y psicológica y la reintegración social de todo niño víctima de cualquier forma de abandono, explotación o abuso; tortura u otra forma de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; o conflictos armados. Esa recuperación y reintegración se llevarán a cabo en un ambiente que fomente la salud, el respeto de sí mismo y la dignidad del niño.

- vi) Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes aprobada por Colombia mediante la Ley 21, del 4 de marzo de 1991, artículo 3^o³⁵.

El 17 de diciembre de 2018 la Organización de las Naciones Unidas (ONU) aprobó la “Declaración sobre los Derechos de los Campesinos y de Otras personas que Trabajan en las Zonas Rurales”. Aunque el instrumento internacional no vincula al Estado colombiano, marca un rumbo para todos los miembros de la ONU en relación a los deberes de los Estados para promover, prevenir y proteger los derechos humanos de los campesinos y las personas que habitan en el campo. De suerte que el desarrollo legislativo futuro en materia de tierras, aunado a la Reforma Rural Integral (RRI) prevista en el Acuerdo de Paz, deben atender los principios orientadores de índole ambiental, social, económico y cultural consagrados este, (máxime que en Colombia el 20 % de la población vive en el campo y la tasa de pobreza rural es del 36 %, esto es, 12 puntos por encima de la urbana) (Roldán, 2019).

En consonancia con los postulados internacionales de protección que se han referido, la Corte Constitucional (en Sentencia T 025, 2004) declaró la existencia de un estado de cosas inconstitucional en la situación de la población internamente desplazada. En dicho pronunciamiento el Tribunal Constitucional se refirió de manera expresa a los derechos constitucionales fundamentales que resultan amenazados o vulnerados por las situaciones de desplazamiento forzoso, estos son:

- i) El derecho a la vida en condiciones de dignidad dadas las circunstancias inhumanas asociadas a su movilización y a su permanencia en el lugar provisional de llegada y los

³⁵ No deberá emplearse ninguna forma de fuerza o de coerción que viole los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos interesados, incluidos los derechos contenidos en el presente convenio. A partir de la segunda parte se establecen todas las disposiciones la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos reviste su relación con las tierras o territorios.

frecuentes riesgos que amenazan directamente su supervivencia; ii) los derechos de los niños, de las mujeres cabeza de familia, las personas con discapacidad, las personas de tercera edad y de otros grupos especialmente protegidos en razón de las precarias condiciones que deben afrontar los sujetos que son obligados a desplazarse; iii) el derecho a escoger su lugar de domicilio, en la medida en que para huir del riesgo que pesa sobre su vida e integridad personal, los desplazados se ven forzados a escapar de su sitio habitual de residencia y trabajo; iv) los derechos al libre desarrollo de la personalidad, a la libertad de expresión y de asociación dado el ambiente intimidatorio que precede a los desplazamientos y las consecuencias que dichas migraciones surten sobre la materialización de los proyectos de vida de los afectados, que necesariamente deberán acoplarse a sus nuevas circunstancias de desposeimiento.

Sobre los derechos económicos, sociales y culturales fuertemente afectados, la Corte ha señalado en la sentencia que se vulneran los siguientes:

i) El derecho a la unidad y protección de la familia pues el desplazamiento implica una dispersión de las familias afectadas; ii) El derecho a la salud, en conexidad con el derecho a la vida, no solo porque el acceso de las personas desplazadas a los servicios esenciales de salud se ve sustancialmente dificultado por el hecho de su desplazamiento, sino porque las deplorables condiciones de vida que se ven forzados a aceptar tienen un altísimo potencial para minar su estado de salud o agravar sus enfermedades, heridas o afecciones preexistentes; iii) el derecho a la integridad personal, que resulta amenazado tanto por los riesgos que se ciernen sobre la salud de las personas desplazadas, como por el alto riesgo de ataques al que están expuestos por su condición misma de desposeimiento; iv) el derecho a la seguridad personal, puesto que el desplazamiento conlleva riesgos específicos,

individualizables, concretos, presentes, importantes, serios, claros y discernibles, excepcionales y desproporcionados para varios derechos fundamentales de los afectados; v) la libertad de circulación por el territorio nacional y el derecho a permanecer en el sitio escogido para vivir, puesto que la definición misma de desplazamiento forzado presupone el carácter no voluntario de la migración a otro punto geográfico para allí establecer un nuevo lugar de residencia; vi) el derecho al trabajo y la libertad de escoger profesión u oficio, especialmente en el caso de los agricultores que se ven forzados a migrar a las ciudades y, en consecuencia, abandonar sus actividades habituales; vii) el derecho a una alimentación mínima, que resulta insatisfecho en un gran número de casos por los altísimos niveles de pobreza extrema a los que llegan numerosas personas desplazadas, que les impiden satisfacer sus necesidades biológicas más esenciales y repercuten, por ende, sobre el disfrute cabal de todos sus demás derechos fundamentales, en particular sobre los derechos a la vida, a la integridad personal y a la salud, y que se torna especialmente grave cuando el afectado es un menor de edad; viii) el derecho a la educación, en particular el de los menores de edad que sufren un desplazamiento forzado y se han visto obligados, por ende, a interrumpir su proceso de formación; ix) el derecho a una vivienda digna, puesto que las personas en condiciones de desplazamiento tienen que abandonar sus propios hogares o lugares habituales de residencia y someterse a condiciones inapropiadas de alojamiento en los lugares hacia donde se desplazan, cuando pueden conseguirlos y no tienen que vivir a la intemperie; x) el derecho a la paz cuyo núcleo esencial abarca la garantía personal de no sufrir, en lo posible, los efectos de la guerra y mucho menos cuando el conflicto desborda los cauces trazados por el Derecho Internacional Humanitario, en particular la prohibición de dirigir ataques contra la población civil; xi) el derecho a la

personalidad jurídica, puesto que por el hecho del desplazamiento la pérdida de los documentos de identidad dificulta su registro como desplazados y el acceso a las distintas ayudas, así como la identificación de los representantes legales, cuando se trata de menores de edad que son separados de sus familias; xii) el derecho a la igualdad dado que a pesar de que la única circunstancia que diferencia a la población desplazada de los demás habitantes del territorio colombiano es precisamente su situación de desplazamiento, en virtud de esta condición se ven expuestos a todas las violaciones de los derechos fundamentales que se acaban de reseñar y también a discriminación pues en no pocas oportunidades, el hecho del desplazamiento se produce por la pertenencia de la persona afectada a determinada agrupación o comunidad a la cual se le atribuye cierta orientación respecto de los actores en el conflicto armado y por sus opiniones políticas, criterios todos proscritos como factores de diferenciación por el artículo 13 de la Carta. (Sentencia T-025, 2004, num. 16)

De acuerdo con la Corte, dada la multiplicidad de derechos constitucionales que son afectados por el desplazamiento y las aludidas circunstancias de especial debilidad, vulnerabilidad e indefensión en la cual se encuentran los desplazados, estos tienen derecho a recibir de forma urgente un trato preferente por parte del Estado, en aplicación del mandato consagrado en el artículo 13 que se refiere. Este derecho al trato preferente constituye el punto de apoyo para proteger a aquellos que se encuentran en situación de indefensión por el desplazamiento forzado interno, y debe caracterizarse ante todo por la prontitud en la atención a las necesidades de estas personas, pues de otra manera se estaría permitiendo que la vulneración de derechos fundamentales se perpetuara y, en muchas situaciones, se agravara.

Resulta diáfano que el bien jurídico relacionado con el despojo y abandono forzado de tierras son situaciones relacionadas con el fenómeno de desplazamiento forzado, lo cual excede el derecho económico de la propiedad privada. Puesto que se ven involucrados derechos fundamentales de todo orden y sociales que confluyen para que los ciudadanos colombianos, en especial los campesinos, puedan vivir en condiciones de dignidad.

Ahora bien, los beneficiarios de programas de dotación de tierras en el marco de las políticas de reforma agraria que se ejecutan principalmente en zonas rurales también han sido víctimas de desplazamiento forzado. Este flagelo ha azotado no solo aquellas zonas donde prima la tenencia informal de la tierra —ausencia de títulos o registro—, también ha impactado regiones en las que para los adquierentes legales e ilegales de predios individuales o de grandes propiedades resulta atractiva la adquisición de inmuebles de propiedad privada, cuyos títulos originarios les otorguen la seguridad jurídica que les permita consolidar sus respectivos proyectos, es decir, los predios adjudicados por el Estado por conducto de las autoridades de tierras (el Instituto Colombiano para la Reforma Agraria, Incora; el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural, Incoder; y la Agencia Nacional de Tierras, ANT).

La propiedad adjudicada por el Estado dentro de las políticas de reforma agraria tiene como fundamento garantizar los derechos fundamentales, económicos y sociales. Estos tienen origen en la dignidad inherente a toda persona, y debido a su carácter de universales, indivisibles, inalienables e interdependientes posibilitan a la persona y a la familia —campesina— gozar de un nivel de vida adecuado en relación a los aspectos de diversidad cultural, geográfica, medioambiental, etc. (Muñoz, Bustamante, Atehortúa, Salazar, y Yepes, 2009, p. 54-59).

El comportamiento objeto de análisis, esto es, el desarrollado por el notario público, produce despojo jurídico de tierras adjudicadas en programas de dotación de tierras cuando autoriza

escrituras públicas sin verificar ni exigir los requisitos impuestos legalmente para la transferencia de este tipo de predios y se presentan hechos de desplazamiento forzado en el círculo registral donde presta sus servicios, puesto que la situación de violencia generalizada en Colombia es un hecho notorio que no requiere mayores pruebas para su determinación, de modo que al notario le es exigible la observación de la normatividad, no solo aquella que regula la propiedad del inmueble de que se trate, sino también la relacionada con la protección de la población desplazada.

En esta misma línea el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Antioquia expresó en Sentencia del 28 de abril de 2014, siendo Antioquia una región donde se presenta de manera notable el desplazamiento en Colombia, especialmente el perpetrado por los paramilitares, que la situación de violencia indiscriminada que ha sufrido el país en vastas regiones es un hecho notorio, por ende, no requiere mayor prueba o prueba cualificada³⁶.

En el mencionado pronunciamiento se cita la decisión proferida por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, que el 27 de junio de 2012 con ponencia de la doctora María del Rosario González Muñoz determinó que cuando se señala que la presencia paramilitar en vastas regiones del país constituye un hecho notorio, se pretende significar que no necesita ninguna prueba específica que corrobore el hecho.

Asimismo, en dicho pronunciamiento el Tribunal de Antioquia precisa que se reputan notorios los hechos cuya existencia es públicamente conocida por la generalidad de la población, ya sea que hayan tenido ocurrencia a nivel nacional, regional o local. Es tal la certeza del acaecimiento de los hechos que, adicional, cualquier labor probatoria tendiente a su demostración se torna

³⁶ El hecho notorio es aquel cuya existencia puede invocarse sin necesidad de prueba alguna, por ser conocido directamente por cualquiera que se halle en capacidad de observarlo, como lo informa el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil (CPC) - hoy artículo 167 del Código General del Proceso (CGP).

superflua, en razón a que no se exige prueba de los hechos notorios porque por su misma naturaleza son evidentes e indiscutibles, a tal punto que cualquier demostración no aumentaría en nada el grado de convicción que el juez debe tener acerca de ellos.

Bajo esa óptica, debe darse el tratamiento de hecho públicamente notorio a todo el contexto fáctico de la violencia generalizada presentada en Colombia durante el desarrollo del conflicto armado, en el que grupos organizados al margen de la ley han perpetrado infracciones al Derecho Internacional Humanitario y/o de violaciones graves y manifiestas a las normas internacionales de derechos humanos.

Desde el año 1997, por conducto de la Ley 397, se consagró como responsabilidad del Estado formular políticas y adoptar las medidas para la prevención del desplazamiento, así como también “la atención, protección y consolidación y estabilización socioeconómica de los desplazados internos por la violencia, en atención a los principios de subsidiariedad, complementariedad, descentralización y concurrencia en los cuales se asienta la organización del Estado colombiano” (Art. 3º). Los notarios ejercen funciones públicas de manera permanente en virtud al principio de la descentralización por colaboración, razón por la cual se encuentran normativamente obligados desde esa época a adoptar medidas para la protección de la población que debía abandonar sus tierras por el contexto de violencia generalizada, o que fueron despojadas por la fuerza de estas.

Es así como el comportamiento notarial que se aparte de los deberes normativos exigibles de ejercer un control de legalidad de los asuntos que son sometidos a su conocimiento, específicamente la transferencia de predios adjudicados en programas agrarios, constituye una modalidad de despojo jurídico de tierras. Por tanto, como conducta antinormativa, según lo expuesto por Sabogal (2018), corresponde determinar a la luz de las disposiciones civiles y

transicionales las soluciones jurídicas a esta tipología que genera la pérdida de derechos de propiedad de las víctimas de desplazamiento forzado.

2.3 Soluciones jurídicas extrapenales al despojo de tierras

2.3.1 Mecanismos jurídicos propuestos por el derecho privado respecto a situaciones de despojo jurídico de tierras – fuerza en el contexto de violencia generalizada

En este capítulo corresponde determinar a la luz del derecho privado las garantías de protección a las víctimas de desplazamiento forzado que han sido despojadas jurídicamente de sus tierras por causa directa, esto es, por coacción; o por causa indirecta cuando la situación de violencia obliga a transferir los predios en condiciones desfavorables para el vendedor.

En primera instancia es importante señalar lo que el artículo 1502 del Código Civil establece como requisitos para obligarse. En dicho artículo se determina que para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad, es necesario: i) que sea legalmente capaz, ii) que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio, iii) que recaiga sobre un objeto lícito, y iv) tenga una causa lícita.

En este apartado de la investigación solo se hará referencia al vicio de consentimiento de la fuerza según lo dispuesto en el artículo 1508 del Código Civil. Ello en consideración a que la violencia generalizada constituye un factor que incide en los propietarios para la transferencia de predios rurales que por el temor, la angustia y la zozobra deciden desprenderse de su propiedad en condiciones desfavorables a las que normalmente tendrían derecho si no existiera dicho contexto social.

Los artículos 1513 y 1514 de la normatividad en referencia disponen lo siguiente:

La fuerza no vicia el consentimiento sino cuando es capaz de producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio, tomando en cuenta su edad, sexo y condición. Se mira como una fuerza de este género todo acto que infunde a una persona un justo temor de verse expuesta ella, su consorte o alguno de sus ascendientes o descendientes a un mal irreparable y grave.

Para que la fuerza vicie el consentimiento no es necesario que la ejerza aquél que es beneficiado por ella, basta que se haya empleado la fuerza por cualquier persona con el objeto de obtener el consentimiento.

A su turno, el artículo 1741 sustantivo dispone lo siguiente:

La nulidad producida por un objeto o causa ilícita y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas. Igualmente, se presenta nulidad absoluta en los actos y contratos de personas absolutamente incapaces. Cualquier otra especie de vicio produce nulidad relativa y da derecho a la rescisión del acto o contrato.

Por otra parte, en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil (CPC), hoy artículo 167 del CGP se consagra que incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen, de forma que si alega en sede judicial que el consentimiento en un negocio jurídico se encuentra viciado por la fuerza, debe la parte que lo alega probar la violencia y su conexión con el negocio celebrado.

En este contexto, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil, recientemente, en un controversial pronunciamiento del 15 de mayo de 2019 (Sentencia SC1681, 2019) que contó con

tres salvamentos de voto³⁷, decidió un proceso ordinario de nulidad de un contrato de compraventa donde el vendedor alegaba —entre otras causas— el vicio de consentimiento por fuerza en virtud al contexto de violencia generalizada. En este pronunciamiento y en relación con lo probado en el proceso la Sala manifestó que se acreditó un evento de desplazamiento y extorsión en contra del demandante, pero en consideración a que el negocio jurídico fue planeado y sometido a un proceso de negociación, aunque potencialmente los compradores pudieron haberse aprovechado de la situación antecedente padecida por el vendedor, esa circunstancia no acredita la existencia de fuerza para lograr la comercialización, o en definitiva, el vicio del consentimiento.

Además, la Corte señaló que si bien un grupo ilegal despojó de las tierras al demandante, y un tercero convirtió dicha circunstancia en una compraventa sin que mediara de su parte fuerza orientada a causar en el vendedor una impresión fuerte o un temor irreparable y grave a sufrir un mal —como si lo hubo por parte de los paramilitares, pero circunscrito al desplazamiento y a la extorsión—, los últimos eventos difieren totalmente de la compraventa, y en razón de ello son ajenos a la fuerza requerida para conformarse como vicio del consentimiento.

En relación con la Ley 201 de 1959³⁸ se estableció:

[Que] si bien esta normatividad dispuso que en caso de perturbación del orden público que haya dado lugar a la declaratoria del estado de sitio por conmoción interior se tendrá como fuerza que vicia el consentimiento cualquier aprovechamiento que del estado de anormalidad se haga en la celebración de un acto o contrato que se traduzca en condiciones tan desfavorables que hagan presumir que en circunstancias de libertad jurídica no se hubiere celebrado, la acción civil no se sustenta en dicha norma ni para la época de la

³⁷ Dra. Margarita Cabello Blanco, Dr. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo y Luis Armando Tolosa Villabona.

³⁸ Ley 201 del 30 de diciembre de 1959, por la cual se dictan medidas tendientes a impedir el aprovechamiento de la violencia durante el estado de sitio.

compraventa objeto del proceso regía decreto alguno de declaratoria de estado de conmoción interior.

En consecuencia, la discusión se concluye al afirmar que el actor no probó que el consentimiento fuera producto de una fuerza moral o física ejercida en contra suya por parte del comprador, con el propósito de perfeccionar la negociación.

La controversia que surgió por esta posición jurisdiccional de la mayoría de la Sala de Casación Civil, dio lugar a tres importantes salvamentos de voto, cuyas consideraciones fundamentales se presentan a continuación para dar a conocer el estado actual de la discusión alrededor de la violencia generalizada como vicio de consentimiento:

Al respecto, la magistrada Cabello Blanco afirmó que el derecho protege más que la fuerza o coacción física o moral injusta, el injusto temor o miedo, que es su consecuencia. Además, señaló que tradicionalmente se han exigido dos requisitos, a saber: i) la intensidad del acto violento y sus efectos en la víctima lo cual comprende una faceta objetiva atinente a la fuerza misma ejercida, y una subjetiva que enfatiza en las circunstancias de la víctima, esto es, su edad, sexo y condición; y ii) la injusticia de la coacción (Sentencia SC1681, 2019).

En el caso del dolo como vicio del consentimiento, este debe ser obra de una de las partes o que al serlo por parte de un tercero, una de ellas lo haya coonestado; sin embargo, en la fuerza se admite que pueda provenir de un tercero ajeno a las partes, porque lo que se protege es el temor o miedo que aquella produce. Es decir, lo medular es el miedo y no su origen, pues el énfasis se ha puesto en el aprovechamiento de la circunstancia de inferioridad en que se encuentra el atemorizado, esto es, la víctima angustiada de cuyo estado se vale el otro contratante para obtener su consentimiento, y ese aprovechamiento

debe repercutir en la desfavorable prestación que la víctima recibe (Sentencia SC1681-2019).

Por su parte, los magistrados Quiroz Monsalvo y Tolosa Villabona han reconocido que la posición mayoritaria de la Sala desaprovechó una oportunidad invaluable para pronunciarse sobre la trascendencia de la “violencia generalizada que durante décadas ha padecido nuestro territorio, como constitutiva de fuerza capaz de viciar el consentimiento en la celebración de un contrato, desconociendo el contexto social relativo a las disputas por la tenencia de la tierra”.

Asimismo, manifiestan que la informalidad en la tenencia de la tierra para los campesinos colombianos, en muchas zonas del territorio nacional, ha contribuido durante varias décadas al despojo del cual ha sido víctima ese sector de la población. Estos han sido despojados a través de diversos medios como la coacción física, mental, e incluso con la utilización de figuras jurídicas previstas en el ordenamiento, donde las desventajas de los aldeanos son aprovechadas por personas con mayores recursos, educación o poder político, entre otros.

Uno de los factores que han profundizado la vulneración de los derechos sobre la propiedad agraria es la violencia por motivos políticos ante la presencia de grupos guerrilleros, las fuerzas del Estado que les hacen frente y otros actores armados al margen de la ley como los paramilitares; incluso la búsqueda de móviles viles como los cárteles del narcotráfico. La aparición de estas organizaciones en las zonas rurales, donde más se han padecido las secuelas de la confrontación armada, propició un ambiente de zozobra, el cual ha sido generador de las condiciones ideales para el despojo de tierras o su abandono por parte de los lugareños, máxime cuando en las áreas rurales se dificultó la presencia permanente del Estado.

En ese sentido, los magistrados señalan que de vieja data la Corte Suprema de Justicia interpretó las normas civiles, en Sentencia SC de 28 de julio de 1958, para señalar que adolece de nulidad

relativa la venta donde el comprador se aprovecha de las circunstancias de violencia social o política que han generado temor en el vendedor detentador de la tierra, porque allí concurre la fuerza como vicio del consentimiento aunque esta no haya sido ejercida por el adquirente. Este precedente dio lugar a la expedición de la Ley 201 de 1959 que aún se encuentra vigente y que protege los contratantes bajo la influencia de la fuerza, de suerte que constituye vicio del consentimiento cuando exista aprovechamiento de una situación de coacción por el temor generado de la violencia generalizada.

En el caso en referencia lo que se censura en el salvamento de voto es que habría sido posible evitar la explotación indebida de la necesidad de uno de los extremos contratantes por parte del otro, así como la ligereza o la inexperiencia de las personas víctimas de la violencia, si se trabajaba en armonía con los esfuerzos del Estado para garantizar los derechos a la reparación de las víctimas, y el enfoque diferencial que debe aplicarse en relación con los sectores de la población con características particulares como el campesinado.

La fuerza como vicio del consentimiento producto del conflicto armado debe fincarse en lo siguiente: i) los actos que en perjuicio del peticionario generaron temor en un contexto de violencia generalizada; ii) que estos fueron la causa exclusiva que lo llevó a contratar; iii) que los términos en los cuales suscribió el negocio impugnado forjaron una gran lesión en su patrimonio, al punto que en condiciones normales no lo habría celebrado. Aclara el salvamento que no se considerará vicio de consentimiento por fuerza si a pesar del entorno violento y la fuerza compelida, el precio o la contraprestación recibida guarda simetría con la que tenía el bien traspasado.

En virtud de lo anterior, quienes salvaron el voto insisten en que la Corte desaprovechó la oportunidad para aplicar una hermenéutica que equiparara las reglas del Código Civil a la actual

realidad social, y que respondiera a las necesidades de los acuerdos de desmovilización, lo cual es una deuda histórica que no pudo ser saldada.

De la posición mayoritaria de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia se puede afirmar que si el contexto generalizado de violencia no constituye un factor que nulite las transferencias de dominio, a pesar de que los propietarios de las parcelas hayan sido víctimas de desplazamiento forzado u otras formas delictivas como la extorsión por parte de organizaciones al margen de la ley –toda vez que la fuerza como vicio de consentimiento solo se predica cuando el ejercicio de la misma provenga del comprador–, entonces recae en cabeza de los notarios, los jueces y funcionarios de la entidad de tierras realizar una verificación exhaustiva de los requisitos para expedir títulos de propiedad como las escrituras públicas, las sentencias y los actos administrativos de adjudicación (y en caso de decidir la revocatoria de estas para readjudicar los predios). Es así porque tal decisión de la Corte evidencia una desprotección judicial en relación con aquellos que han sido despojados o han abandonado sus predios por causa de la violencia.

En el caso de los predios adjudicados en programas de dotación de tierras, es plausible que el conjunto de requisitos que recaen sobre predios que han sido adjudicados en los distintos regímenes deba ser observado de manera estricta por los notarios que pretendan autorizar escrituras públicas. Lo anterior, en razón a que estas exigencias tienen como fin proteger el destino de este tipo de predios como parte de las políticas de reforma agraria, esto es, que tanto los beneficiarios de las adjudicaciones como los adquirentes tengan las condiciones especiales de ser campesinos de escasos recursos, pretendan darle un uso productivo a la tierra y no especulativo, y que sobre ella no se aproveche el gran capital legal o ilegal toda vez que dichos programas están dirigidos a disminuir la pobreza y la inequitativa distribución de la tierra en Colombia.

El incumplimiento de la verificación de estos requisitos por parte del notario, a consideración de la autora, resulta censurable por los cauces del derecho penal, dado que los notarios son una de las autoridades que mayor contacto tienen con la población, otorgan fe pública a todos a los actos privados y públicos de los cuales son competentes, y conocen si se desarrollan hechos violentos que producen masivos desplazamientos forzados; además, se trata de hechos notorios, que por reglas de experiencia van aparejados con otras conductas delictivas, extorsión, secuestro, terrorismo, etc.

En zonas de notoria existencia de conflicto armado, por enfrentamientos entre miembros del Estado y grupos organizados al margen de la ley o entre estas organizaciones, le es exigible al notario un especial control de legalidad sobre los negocios jurídicos en los que intervienen campesinos que por su condición de vulnerabilidad fueron beneficiados con políticas de dotación de tierras y que se desprenden de su propiedad, ya sea transfiriéndola a personas naturales como jurídicas, pues en muchos casos se trata de víctimas directas o indirectas de la situación de violencia.

2.3.2 Reparación a las víctimas del conflicto, medida de restitución de tierras en el marco de los modelos de justicia transicional

Si bien la Corte Constitucional se había pronunciado sobre la ocurrencia de un conflicto armado en Colombia (Sentencias T 721 de 2003, T 025 de 2004), fue en la Ley 1448 del 10 de junio de 2011 donde el poder legislativo reconoció la existencia de un conflicto armado prolongado entre las autoridades gubernamentales y grupos armados organizados, o entre tales grupos. Sobre esta modalidad de conflicto ya se había referido la Corte en la Sentencia C 291 de 2007 al establecer los criterios para su determinación.

El Estado colombiano consciente de la necesidad de establecer mecanismos que garanticen la verdad, justicia, reparación y no repetición en el marco de modelos de justicia transicional³⁹, ha expedido e implementado la normativa que propende por la restitución de tierras. Entre ellas se encuentran la Ley 975 (2005)⁴⁰, la Ley 1592 (2012) y la mencionada Ley 1448 (2011), con las cuales se le otorga preponderancia a que las víctimas que han tenido que abandonar su tierra por causa de la violencia o han sido expulsadas de sus territorios sean reparadas integralmente, y se les regrese en la medida de lo posible al estado anterior al desplazamiento (Sentencia SU 648 de 2017).

En relación con la reparación y la restitución, la Ley de Víctimas y Restitución de Tierras (Ley 1448), tiene por objeto el establecimiento de un conjunto de medidas judiciales, administrativas, sociales y económicas (individuales y colectivas) en beneficio de las personas que individual o colectivamente han sufrido un daño por hechos ocurridos a partir del 1 de enero de 1985, como

³⁹ Ley 1448 de 2011, artículo 8°. Los diferentes procesos y mecanismos judiciales o extrajudiciales asociados con los intentos de la sociedad por garantizar que los responsables de las violaciones contempladas en el artículo 30 de la presente ley, rindan cuentas de sus actos, se satisfagan los derechos a la justicia, la verdad y la reparación integral a las víctimas, se lleven a cabo las reformas institucionales necesarias para la no repetición de los hechos y la desarticulación de las estructuras armadas ilegales, con el fin último de lograr la reconciliación nacional y la paz duradera y sostenible.

⁴⁰ Artículo 15A. Esclarecimiento del fenómeno de despojo de tierras y cooperación entre la Fiscalía General de la Nación y la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas. Artículo adicionado por el artículo 11 de la Ley 1592 de 2012. Cuando la víctima haya denunciado el despojo o abandono forzado de sus bienes por parte de los miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, el fiscal delegado en coordinación con las autoridades de policía judicial y de conformidad con los criterios de priorización, dispondrá la realización de las labores investigativas necesarias con el objetivo de esclarecer el patrón de macrocriminalidad de despojo y abandono forzado de tierras. Lo mismo procederá oficiosamente ante presuntos despojos o abandonos forzados de bienes identificados por la Fiscalía General de la Nación.

Cuando de los elementos materiales probatorios o de la información legalmente obtenida, la Fiscalía General de la Nación encuentre información relevante para el proceso de restitución de tierras, la pondrá a disposición de la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas, con el fin de contribuir a los procedimientos que esta adelanta para la restitución de los predios despojados o abandonados de conformidad con los procedimientos establecidos en la Ley 1448 de 2011.

consecuencia de infracciones al DIH o violaciones graves y manifiestas a las normas internacionales de derechos humanos, ocurridas con ocasión del conflicto armado interno, dentro de un marco de justicia transicional que posibilite hacer efectivo el goce de sus derechos a la verdad, la justicia y la reparación con garantía de no repetición. De modo que se les reconozca su condición de víctimas y se dignifiquen a través de la materialización de sus derechos constitucionales (Sentencias C-250 de 2012, C-253A de 2012, C-781 de 2012).

Cabe anotar que no es pertinente para abordar el problema de esta investigación hacer referencia a los conceptos de verdad y justicia que son aspectos ampliamente estudiados por la jurisprudencia nacional e internacional, así como la doctrina especializada. Tampoco se ahondará en la reparación integral que no sólo cuenta con un vasto estudio en el derecho interno sino en el derecho comparado, solo se hará referencia a las previsiones legislativas vigentes con las cuales se efectiviza la restitución de tierras como una de las modalidades de reparación integral. Asimismo, no se hará referencia al procedimiento administrativo ni judicial de restitución de tierras, dado que es de interés lo relacionado con los conceptos de despojo y abandono forzado de tierras, lo cual ha sido detallado en el primer capítulo de este documento⁴¹.

En este trabajo se ha expuesto que las víctimas de despojo y abandono forzado de tierras son a su vez víctimas de desplazamiento forzado, puesto que la coacción directa no es el único factor que opera como detonante para abandonar la tierra, sino que también se encuentra la situación de violencia que produce temor y genera el abandono voluntario. En el mismo sentido se produce el despojo cuando los propietarios se ven obligados –o por la situación de violencia– transfieren sus

⁴¹ Se reitera que el despojo de tierras se define como “la acción por medio de la cual, aprovechándose de la situación de violencia, se priva arbitrariamente a una persona de su propiedad, posesión u ocupación, ya sea de hecho, mediante negocio jurídico, acto administrativo, sentencia, o mediante la comisión de delitos asociados a la situación de violencia”; y el abandono de tierras como “la situación temporal o permanente a la que se ve abocada una persona forzada a desplazarse, razón por la cual se ve impedida para ejercer la administración, explotación y contacto directo con los predios que debió desatender en su desplazamiento” (Ley 1448, 2011, Art. 74).

bienes con contraprestaciones lesivas de las cuales se aprovechan personas con mayor capital y, en algunas casos, aliados o simpatizantes de los actores desplazadores.

Las víctimas que trata la Ley de 2011 tienen derecho a obtener “las medidas de reparación que propendan por la restitución, indemnización, rehabilitación, satisfacción y garantías de no repetición en sus dimensiones individual, colectiva, material, moral y simbólica” (Ley 1448, 2011, Art. 69). Esta acción de reparar es un reconocimiento a la víctima, una restitución de sus derechos, una reparación de los daños ocasionados por hechos de violencia masiva que determinaron el desplazamiento, con el consiguiente abandono y despojo de las tierras de más de 7 millones de personas; estos hechos, desde 1991, dejaron un saldo de irrespeto a la propiedad privada y pública cercano al millón de hectáreas (Roldán, 2019).

Como se dijo en precedencia, la restitución de tierras acompañada de las acciones de apoyo pos-restitución constituye la medida preferente de reparación integral, por la cual se entiende la realización de medidas para el restablecimiento de la situación anterior a las infracciones al DIH o violaciones graves y manifiestas a las normas internacionales de derechos humanos, ocurridas con ocasión del conflicto armado interno. (Ley 1448, 2011, Art. 73)

Se busca la seguridad jurídica de la restitución y el esclarecimiento de la situación de los predios objeto de restitución y para el efecto, se propende por la titulación de la propiedad como medida de restitución, considerando la relación jurídica que tenían las víctimas con los predios objeto de restitución o compensación. (Sentencia C-715 de 2012).

En esta legislación se hace un llamado a las autoridades judiciales para garantizar la prevalencia de los derechos de las víctimas del despojo y el abandono forzado que tengan un vínculo especial constitucionalmente protegido con los bienes de los cuales fueron despojados. En virtud de lo anterior, se restituirán prioritariamente a las víctimas más vulnerables y a aquellas que tengan un vínculo con la tierra que sea objeto de protección especial. (Sentencia C-715/, Art. 73)

No obstante, dicha medida resulta ser de carácter transitorio, en razón a que en el artículo 75 se dispone como titulares del derecho a la restitución, las personas que fueran propietarias o

poseedoras de predios, o explotadoras de baldíos cuya propiedad se pretenda adquirir por adjudicación, que hayan sido despojadas de estas o que se hayan visto obligadas a abandonarlas como consecuencia directa e indirecta de las violaciones de los derechos en el marco del conflicto armado interno, entre el 1o de enero de 1991 y el término de vigencia de la ley, el cual fue establecido por el legislador en 10 años, es decir, que la misma regiría hasta el 10 de junio de 1921⁴².

Ahora bien, en favor de las víctimas, el legislador estableció una serie de presunciones⁴³ a tener en cuenta en relación con los predios inscritos en el Registro de Tierras Despojadas y Abandonadas Forzosamente (RTDAF)⁴⁴, estos son:

I) Presunciones de derecho en relación con ciertos contratos. Se presume de derecho que existe ausencia de consentimiento o causa ilícita, en los negocios y contratos de

⁴² El presidente Iván Duque Márquez anunció el 11 de octubre de 2019 que el Gobierno colombiano promoverá la prórroga de la Ley 1448 de 2011 por 10 años más. Por su parte, la Corte Constitucional dispuso que el Congreso debe expedir una nueva regulación en cuanto a su vigencia, o adoptar un régimen de protección que garantice adecuadamente los derechos de las víctimas. De no hacerlo antes del 2021 se entenderá que la Ley 1448 de 2011, así como los decretos 4633, 4634, 4635 de 2011 tendrán vigencia hasta el 7 de agosto de 2030.

⁴³ Sentencia C 731 de 2005. Las presunciones relevan de la carga probatoria a los sujetos a favor de quienes operan. Una vez demostrado aquello sobre lo cual se apoyan, ya no es preciso mostrar valiéndose de otros medios de prueba lo presumido por la ley. (...) En sociedades diversas donde los conflictos se presentan con bastante frecuencia, las presunciones juegan un papel importante. Aseguran, de un lado, que materias sobre las que tanto la experiencia como la técnica proyectan cierto grado de certeza, no sean sometidas a la crítica y se acepten de manera más firme. Acudir a presunciones contribuye, de otro lado, a agilizar ciertos procesos pues exime de la actividad probatoria en casos en los que tal actividad es superflua o demasiado difícil. (...) Las presunciones en el ámbito jurídico son de dos tipos: las presunciones legales y las presunciones simples o judiciales también llamadas presunciones de hombre. Dentro de las presunciones legales, se distinguen las presunciones *iuris tantum* - que admiten prueba en contrario - y las presunciones *iuris et de iure* - que no admiten prueba en contrario. En este orden de ideas el artículo 176 del Código de Procedimiento Civil establece que “las presunciones establecidas por la ley serán procedentes, siempre que los hechos en que se funden estén debidamente probados. El hecho se tendrá por cierto, pero admitirá prueba en contrario cuando la ley lo autorice. (Subrayado fuera de texto). (...) Las presunciones no son medio de prueba sino que, más bien, son un razonamiento orientado a eximir de la prueba. Se podría decir, en suma, que las presunciones no son un medio de prueba pero sí tienen que ver con la verdad procesal. (...) La presunción exime a quien la alega, de la actividad probatoria. Basta con caer en el supuesto del hecho indicador establecido por la norma para que opere la presunción. En el caso de las presunciones *iuris tantum*, lo que se deduce a partir del hecho indicador del hecho presumido no necesita ser mostrado. Se puede, sin embargo, desvirtuar el hecho indicador. Se admite, por tanto, la actividad orientada a destruir el hecho a partir del cual se configura la presunción. Cuando se trata de una presunción *iuris et de iure* o presunción de derecho, por el contrario, no existe la posibilidad de desvirtuar el hecho indicador a partir del cual se construye la presunción. La presunción de derecho sencillamente no admite prueba en contrario.

⁴⁴ Artículo 77, Ley 1448 de 2011.

compraventa o cualquier otro mediante el cual se transfiera o se prometa transferir un derecho real, la posesión u ocupación sobre el inmueble objeto de restitución, celebrados entre el 1º de enero de 1991 y el término de vigencia de la ley, entre la víctima de este, su cónyuge, compañero o compañera permanente, los familiares o mayores de edad con quienes conviva, sus causahabientes con las personas que hayan sido condenadas por pertenencia, colaboración o financiación de grupos armados que actúan por fuera de la ley cualquiera que sea su denominación o por narcotráfico o delitos conexos, bien sea que estos últimos hayan actuado por sí mismos en el negocio, o a través de terceros. La ausencia de consentimiento en los contratos y negocios mencionados genera la inexistencia del acto o negocio de que se trate y la nulidad absoluta de todos los actos o negocios posteriores que se celebren sobre la totalidad o una parte del bien. II) Presunciones legales en relación con ciertos contratos. Salvo prueba en contrario, para efectos probatorios dentro del proceso de restitución, se presume que en los siguientes negocios jurídicos hay ausencia de consentimiento o de causa lícita, en los contratos de compraventa y demás actos jurídicos mediante los cuales se transfiera o se prometa transferir un derecho real, la posesión o la ocupación sobre inmuebles siempre y cuando no se encuentre que la situación está prevista en el numeral anterior: i) En cuya colindancia hayan ocurrido actos de violencia generalizados, fenómenos de desplazamiento forzado colectivo, o violaciones graves a los derechos humanos en la época en que ocurrieron las amenazas o hechos de violencia que se alega causaron el despojo o abandono, o en aquellos inmuebles en donde se haya solicitado las medidas de protección individuales y colectivas relacionadas en la Ley 387 de 1997, excepto en aquellos casos autorizados por la autoridad competente, o aquellos mediante el cual haya sido desplazado la víctima de despojo, su cónyuge, compañero o

compañera permanente, los familiares o mayores de edad con quienes convivía o sus causahabientes. ii) Sobre inmuebles colindantes de aquellos en los que, con posterioridad o en forma concomitante a las amenazas, se cometieron los hechos de violencia o el despojo se hubiera producido un fenómeno de concentración de la propiedad de la tierra en una o más personas, directa o indirectamente; sobre inmuebles vecinos de aquellos donde se hubieran producido alteraciones significativas de los usos de la tierra como la sustitución de agricultura de consumo y sostenimiento por monocultivos, ganadería extensiva o minería industrial, con posterioridad a la época en que ocurrieron las amenazas, los hechos de violencia o el despojo. iii) Con personas que hayan sido extraditadas por narcotráfico o delitos conexos, bien sea que estos últimos hayan actuado por sí mismos en el negocio, o a través de terceros. iv) En los casos en los que el valor formalmente consagrado en el contrato, o el valor efectivamente pagado, sean inferiores al cincuenta por ciento del valor real de los derechos cuya titularidad se traslada en el momento de la transacción. v) Cuando no se logre desvirtuar la ausencia de consentimiento en los contratos y negocios mencionados en alguno de los casos de este apartado II), el acto o negocio de que se trate será reputado inexistente y todos los actos o negocios posteriores que se celebren sobre la totalidad o parte del bien estarán viciados de nulidad absoluta. vi) Frente a propiedad adjudicada de conformidad con la Ley 135 de 1961 y el Decreto 561 de 1989, a empresas comunitarias, asociaciones o cooperativas campesinas, cuando con posterioridad al desplazamiento forzado se haya dado una transformación en los socios integrantes de la empresa. III) Presunciones legales sobre ciertos actos administrativos. Cuando la parte hubiere probado la propiedad, posesión u ocupación y el posterior despojo de un bien inmueble, no podrá negársele su restitución con fundamento en que un acto administrativo

posterior legalizó una situación jurídica contraria a los derechos de la víctima. Para efectos probatorios dentro del proceso de restitución, se presume legalmente que tales actos son nulos absolutamente. Por lo tanto, el juez o magistrado podrá decretar la nulidad de tales actos. La nulidad de dichos actos produce el decaimiento de todos los actos administrativos posteriores y la nulidad de todos los actos y negocios jurídicos privados que recaigan sobre la totalidad del bien o sobre parte del mismo. IV) Presunción del debido proceso en decisiones judiciales. Cuando el solicitante hubiere probado la propiedad, posesión u ocupación y el posterior despojo de un bien inmueble, no podrá negársele su restitución con fundamento en que una sentencia que hizo tránsito a cosa juzgada otorgó, transfirió, expropió, extinguió o declaró la propiedad a favor de un tercero, o que dicho bien fue objeto de diligencia de remate, si el respectivo proceso judicial fue iniciado entre la época de las amenazas o hechos de violencia que originaron el desplazamiento y la de la sentencia que da por terminado el proceso de que trata esta ley. Para efectos probatorios dentro del proceso de restitución, se presume que los hechos de violencia le impidieron al despojado ejercer su derecho fundamental de defensa dentro del proceso a través del cual se legalizó una situación contraria a su derecho. Como consecuencia de lo anterior, el juez o magistrado podrá revocar las decisiones judiciales a través de las cuales se vulneraron los derechos de la víctima y a ordenar los ajustes tendientes a implementar y hacer eficaz la decisión favorable a la víctima del despojo. V) Presunción de inexistencia de la posesión. Cuando se hubiera iniciado una posesión sobre el bien objeto de restitución, entre el 1º de enero de 1991 y el término de vigencia de la ley, se presumirá que dicha posesión nunca ocurrió.

Lo anterior significa que sobre el demandado u opositor en el proceso de restitución de tierras recae la carga de la prueba para desvirtuar las presunciones legales, pues al reclamante solo le basta la presentación de la prueba sumaria de la propiedad, posesión u ocupación y el reconocimiento como desplazado en el proceso judicial.

Esta ley ofrece amplias facultades para que el juez de restitución de tierras declare la nulidad, deje sin efectos y expulse del ordenamiento jurídico aquellos negocios y contratos de compraventa —o cualquier otro— mediante el cual se transfiera o se prometa transferir un derecho real o la posesión u ocupación sobre el inmueble objeto de restitución. Asimismo, puede anular aquellos celebrados con posterioridad en los casos expuestos, sin embargo, como quedó establecido en precedencia, esta medida es de carácter transitorio y tendrá aplicación mientras se encuentre vigente la ley que le ampara (2021) o se venzan sus prórrogas.

Es destacable que estas medidas adoptadas en el marco de modelos de justicia transicional sean eficientes para atender a las víctimas de un conflicto armado que ha azotado por más de cincuenta años el mundo rural, en virtud de la lucha violenta por la tenencia de la tierra. Pero no se debe dejar de cuestionar el rol de aquellos agentes del Estado que no atendieron las políticas y normas creadas para la prevención y atención de la población víctima de desplazamiento.

Por ello esta investigación se centra en el rol del notario, pues los negocios jurídicos de transferencia de dominio sobre predios adjudicados en programas de dotación de tierras, para efectos de su protocolización debieron pasar por el estudio y análisis de dicho servidor público (a la luz de la ley penal colombiana), quien en ejercicio del deber de control de legalidad debía velar porque los vendedores no resultaran en desventaja manifiesta por la situación de violencia, y también —dado que se trata de predios rurales dirigidos a población campesina de escasos recursos— debieron examinar los requisitos para determinar si eran procedentes esas

enajenaciones, así como exigir las autorizaciones de las entidades de tierras y verificar las calidades de los adquirentes, para que de ese modo no se defraudaran los fines de la reforma agraria que desde el año 1961 se pretendió aplicar por conducto del mercado de dotación de tierras.

Relacionado con la relevancia penal del comportamiento investigado, debe reiterarse que la conducta se encuentra regulada normativamente como prohibición en el campo del derecho administrativo (agrario) y en el civil. Sin embargo, en un contexto social y político altamente conflictivo como el que padece Colombia, surge la inquietud acerca de si la infracción al deber de control de legalidad por parte del notario produce daños a bienes jurídicos tan trascendentes que se debe encontrar una sanción penal efectiva luego de verificarse la culpabilidad del sujeto.

La respuesta es evidentemente afirmativa, la relevancia penal de que el notario no ejerza el control de legalidad se deriva de los deberes de cumplimiento de las normas creadas por el Estado, las cuales regulan su función pública. Ahora bien, esta conducta no debe quedar en la impunidad, pues la propia Constitución consagra como un fin esencial la protección de las personas en su vida, honra, bienes y demás derechos y libertades; además, fijó como un deber promover el acceso a la propiedad de la tierra de los trabajadores agrarios, el cual está consagrado como un derecho económico, social y cultural en la Constitución Política de Colombia. De modo que el exigir el cumplimiento de estos deberes por parte del notario no resulta arbitrario ni responde a una ideología, tampoco se trata de exigencias de orden moral, dado que la necesidad de protección surge directamente del texto superior.

El bien jurídico afectado con el despojo jurídico de tierras es de tipo normativo, pero dinámico, y en la actualidad de gran importancia ante las siete millones ochocientas dieciséis mil quinientas víctimas de desplazamiento forzado que ha dejado el conflicto armado interno a partir del año 1998. Estas personas no solo han sido desplazadas por la violencia, también están involucradas en

situaciones de despojo jurídico de sus tierras, y son quienes en el marco de los procesos de justicia transicional se vuelven el centro de las políticas de reparación y restitución. La no repetición de esas conductas dependerá de la protección efectiva y la sanción penal de aquellos comportamientos que han generado una afrenta a la dignidad del ser humano y a la de comunidades enteras en un país megadiverso como Colombia.

Una de las consideraciones fundamentales a tener en cuenta al respecto, es que el objeto de la acción en el despojo jurídico de tierras se concreta en la autorización de escrituras públicas (como podría ser la expedición de los actos administrativos o las sentencias judiciales por los cuales se priva de los derechos de propiedad, posesión, ocupación o tenencia legítima). Pero no por concretarse en un documento público (título traslativo de dominio) podría afirmarse que solo vulnera la pureza del tráfico inmobiliario, dado que dicho comportamiento genera una afectación múltiple de bienes jurídicos que trasciende a la libertad individual, la propiedad privada y los principios de la administración pública, entre otros.

Por otro lado, Roxin indicaba que el bien jurídico es el bien ideal que se incorpora en el concreto objeto de ataque, y es lesionable solo al dañar los respectivos objetos individuales de la acción. Por esa razón, ante el dinamismo del bien jurídico afectado con el despojo jurídico de tierras en circunstancias excepcionales como las que desencadena el conflicto armado colombiano, y para efectos de superar tales anomalías del mercado de tierras, se requiere la penalización de las conductas de aquellos funcionarios públicos que de manera dolosa constituyen títulos traslativos de dominio sobre predios abandonados o despojados en zona de violencia generalizada, no solo en contravía de los requisitos para las transferencias, sino en aquellos casos donde se torna evidente la desigualdad en las prestaciones recíprocas, la vulnerabilidad del tradente y donde el desplazamiento masivo de las personas resulta ser un hecho notorio.

El legislador colombiano ha consagrado, tanto en la legislación agraria como en el Código Civil y en la Ley 1448 de 2011, los requisitos o formalidades para la transferencia de predios adjudicados en programas de reforma agraria; de igual forma, estableció las consecuencias de su incumplimiento mediante el vicio de nulidad absoluta, y consagró las presunciones de despojo de tierras. No obstante, estas medidas no suministran rasgos de eficacia, pues en el primer caso solo aplican cuando se prueba que la voluntad del vendedor fue directamente coaccionada por el comprador –así se aproveche de la fuerza ejercida por un tercero–, pero no en virtud al contexto de violencia generalizada; y en el segundo evento se trata de una medida de carácter transitorio, es decir, mientras se encuentre vigente la Ley 1448 de 2011. De modo que la protección requerida por la Constitución solo puede ser ofrecida por el derecho penal, de no hacerlo, el Estado continuaría sustrayéndose de su cometido de asegurar la coexistencia pacífica de los ciudadanos.

La variedad de normas extrapenales que contrarrestan el despojo jurídico de tierras y su falta de eficacia evidenciada por las cifras del despojo de tierras, demuestran la necesaria penalización del despojo jurídico como la última medida protectora a la cual debe recurrir el legislador, ante la falla de los medios de solución social del problema. Lo anterior responde a los principios de subsidiariedad de la protección de bienes jurídicos y *ultima ratio*, en consideración a la naturaleza fragmentaria del derecho penal, sin que pueda afirmarse que se incurre en una vulneración de la prohibición de exceso, pues los medios extrapenales existentes no han tenido ni tendrán éxito suficiente debido a que la vulneración de los derechos ligados a la propiedad de la tierra de los campesinos se ven menoscabados de modo tan consistente que debe entrar en juego el derecho penal al tratarse de una afectación grave.

Finalmente, es importante anotar que ni las consecuencias civiles que afectarían el negocio jurídico –nulidad absoluta–, ni las sanciones disciplinarias en las cuales se vería inmerso el notario

por el incumplimiento de sus deberes normativos, ni las medidas de restitución de tierras en el marco de procesos de justicia transicional producen un efecto preventivo. Estas tampoco resultan ser eficaces para la protección inmediata de las comunidades sometidas a condiciones de violencia, quienes deben estar en el primer renglón de protección de las políticas públicas, en especial las político-criminales.

3 Capítulo III

A partir de la relevancia jurídico penal del comportamiento notarial censurado, esto es, la autorización de escrituras de transferencia de dominio sobre predios adjudicados en programas de dotación de tierras dentro de políticas de reforma agraria, sin los requisitos establecidos para ello cuando dichos negocios jurídicos se presentan en zonas de violencia generalizada, y en consideración a la teoría expuesta en el acápite anterior, luego de identificar que el bien jurídico afectado con el despojo de tierras comporta una afectación múltiple a derechos fundamentales, sociales y económicos establecidos para que la persona y la familia puedan vivir en condiciones de dignidad, en este capítulo se pretende ubicar el tipo penal por el cual -luego de verificarse la culpabilidad del sujeto- debería responder penalmente el notario en su calidad de particular que ejerce funciones públicas en forma permanente, a la luz de lo establecido en el artículo 20 del Código Penal.

En relación con la calificación del comportamiento notarial en el que se incumple el deber de ejercer control de legalidad al momento de autorizar escrituras públicas sobre predios adjudicados en programas de dotación de tierras en zonas de violencia generalizada, podría considerarse lo siguiente:

i) Que se incorpore el comportamiento notarial constitutivo de despojo jurídico de tierras al tipo de desplazamiento forzado, pues al cometerse en zonas de violencia generalizada (conflicto armado), el atentado se produce contra personas y bienes protegidos por el DIH; también podría considerarse que se trata del delito de desplazamiento forzado pero como un atentado contra la libertad y otras garantías⁴⁵ o el delito de desplazamiento forzado como delito de lesa humanidad; ii) otra apreciación apuntaría a que únicamente se estaría ante delitos que afectan la fe pública (falsedad ideológica en documento público) y la administración pública (prevaricato), con la consecuente existencia de un concurso aparente de tipos penales; iii) otra perspectiva se podría fundamentar en que dicho actuar responde a la autoría o complicidad del delito de usurpación de inmuebles, tipo penal que atenta contra el patrimonio económico; iv) y finalmente podría considerarse que el bien jurídico vulnerado con el despojo jurídico de tierras no encuentra la debida protección con los tipos penales existentes.

Frente a este escenario, la investigación ha concluido que existe desprotección del bien jurídico y se requiere una censura por el derecho penal al despojo jurídico de tierras. Sin embargo, ante las variables expuestas respecto de los delitos por los cuales se puede sancionar la conducta, es necesario realizar un análisis de la legislación vigente para efectos de determinar en cuáles delitos se encuadra la conducta del notario, quien autoriza escrituras públicas por las que se transfiere la propiedad sobre predios de adjudicación de tierras, sin los requisitos para ello, en zonas de violencia generalizada, y si para efectos de proteger efectivamente el bien jurídico vulnerado con el despojo jurídico de tierras se requiere la creación de un tipo penal autónomo.

⁴⁵ De acuerdo con la información suministrada por la Fiscalía General de la Nación, Subdirección de Políticas Públicas y Estrategia Institucional, mediante oficio No. 20199430005241 del 1º de octubre de 2019, y en investigaciones adelantadas por la Seccional del Cesar según oficio radicado SGD-No. 20196110767672 del 29 de agosto de 2019.

3.1 Desplazamiento forzado

El sistema normativo penal colombiano tipifica el delito de desplazamiento forzado en diversas modalidades, en aras de proteger diferentes bienes jurídicos, por un lado, lo censura cuando se ejerce contra personas protegidas por el DIH (Ley 599, 2000, Art. 159), y por otro, cuando atenta contra la libertad individual y otras garantías (Ley 599, 2000, Art. 180); a su vez, conforme a lo previsto en el Estatuto de Roma, este se tipifica como delito de lesa humanidad si se comete como resultado de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil (Ley 742, 2002)⁴⁶.

Para efectos de esta investigación, se procede a analizar de manera genérica el bien jurídico que ampara cada tipo penal de desplazamiento forzado consagrado en la ley penal, y si existen elementos objetivos, en relación con la conducta o la calidad del sujeto activo, que impiden el compromiso del notario, se procederá a descartar su configuración para efectos de sancionar el despojo jurídico de tierras.

3.1.1 Desplazamiento forzado como delito que atenta contra personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario

En el título II del Código Penal (2000) se incorporaron, a diferencia de lo que sucedía en el Decreto Ley 100 de 1980, los delitos contra personas y bienes protegidos por el DIH, entre los que

⁴⁶ De acuerdo con el Estatuto de Roma (1998), artículo 7, sobre crímenes de lesa humanidad: “se entenderá por ‘crimen de lesa humanidad’ cualquiera de los actos siguientes cuando se cometa como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque:

[...] d) Deportación o traslado forzoso de población.

[...] Por ‘deportación o traslado forzoso de población’ se entenderá el desplazamiento forzoso de las personas afectadas, por expulsión u otros actos coactivos, de la zona en que estén legítimamente presentes, sin motivos autorizados por el derecho internacional”.

se encuentran la “Destrucción y apropiación de bienes protegidos” (artículo 154)⁴⁷ y la “Deportación, expulsión, traslado o desplazamiento forzado de población civil” (artículo 159)⁴⁸. En relación con el primero, esto es, la destrucción y apropiación de bienes protegidos, se hace una referencia al final de este subcapítulo, en consideración a que las premisas que cobijan al desplazamiento forzado de población civil también le resultarán aplicables.

Como es bien sabido, al DIH lo constituyen normas mínimas de humanidad establecidas para proteger la dignidad de las personas contra todo ataque alevé que comprometa la paz y la seguridad del género humano, y que deben ser respetadas incondicionalmente por todos los actores armados de un conflicto. Existen una multiplicidad de bienes jurídicos que son especialmente vulnerables por la ocurrencia de un conflicto armado, por ejemplo, la vida, la integridad, la autonomía de la dignidad humana, la libertad y formación sexuales, la libertad a la propiedad, entre otros, cuyos titulares son personas que no tienen por qué soportar los efectos nefastos de la guerra, bien sea debido a que nunca puede tenérseles como legitimadas para participar de las hostilidades, o bien porque al serlo, se vieron vulneradas por conductas que desbordan los límites establecidos por el DIH (Castro, Vanegas y Tenorio, 2018).

⁴⁷ “El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado y fuera de los casos especialmente previstos como conductas punibles sancionadas con pena mayor, destruya o se apropie por medios ilegales o excesivos en relación con la ventaja militar concreta prevista, de los bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario, incurrirá en prisión de ochenta (80) a ciento ochenta (180) meses y multa de seiscientos sesenta y seis punto sesenta y seis (666.66) a mil quinientos (1500) salarios mínimos legales mensuales vigentes. Parágrafo. Para los efectos de este artículo y los demás del título se entenderán como bienes protegidos conforme al derecho internacional humanitario: 1. Los de carácter civil que no sean objetivos militares. 2. Los culturales y los lugares destinados al culto. 3. Los indispensables para la supervivencia de la población civil. 4. Los elementos que integran el medio ambiente natural. 5. Las obras e instalaciones que contienen fuerzas peligrosas”.

⁴⁸ “El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado y sin que medie justificación militar, deporte, expulse, traslade o desplace forzadamente de su sitio de asentamiento a la población civil, incurrirá en prisión de ciento sesenta (160) a trescientos sesenta (360) meses, multa de mil trescientos treinta y tres punto treinta y tres (1.333.33) a tres mil (3000) salarios mínimos legales mensuales vigentes, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas de ciento sesenta (160) a trescientos sesenta (360) meses”.

Conviene aclarar que el bien jurídico que se protege con estos delitos que atentan contra el DIH es de naturaleza supraindividual, pues protege bienes jurídicos particulares y un bien jurídico de mayor alcance que evoca la noción de paz, seguridad y bienestar de la humanidad. Como son crímenes internacionales, se considera que se vulnera el bien jurídico supraindividual de forma inmediata, sin que esto signifique que se desconozca por completo la importancia del bien jurídico individual (Castro et al., 2018).

No es del resorte de este trabajo investigativo desarrollar el concepto de conflicto armado, sin embargo, los delitos consagrados en el título II del Código Penal requieren que se lleven a cabo con ocasión y en desarrollo de este.

Como se vio en el capítulo anterior, en palabras de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, si bien en alguna oportunidad se discutió si en Colombia existía o no un conflicto armado interno en los términos señalados por los cuatro Convenios de Ginebra de 1949⁴⁹ y los protocolos adicionales de 1977⁵⁰, que conforman la más amplia noción de DIH, con la promulgación de la Ley 1448 del 10 de junio de 2011 se reconoce expresamente la existencia de ese tipo de contienda (Sentencia del 28 de agosto de 2013).

Ahora bien, la forma en que se encuentran redactados los tipos penales que atentan contra las personas y bienes protegidos por el DIH permitiría suponer que el sujeto activo es de carácter indeterminado, es decir, estos pueden ser cometidos por cualquier persona. Sin embargo, se encuentra suficientemente decantado por la jurisprudencia (Sentencia C-291 de 2007), así como analizado por la doctrina especializada, que solo pueden ser sujeto activo los “combatientes”, término que únicamente se emplea para los conflictos internacionales, entendiendo por ellos

⁴⁹ Colombia aprobó tales Convenios mediante la Ley 5ª de 1960, con vigencia desde el 8 de mayo de 1962.

⁵⁰ Colombia adhirió al Protocolo I mediante la Ley 11 de 1992 y entró en vigor el 1º de marzo de 1994. También adhirió al Protocolo II mediante la Ley 171 de 1994.

quienes forman parte de las fuerzas armadas o de los grupos armados irregulares, o toman parte en las hostilidades. Por ese motivo, los combatientes no gozan de las protecciones dispuestas por el DIH para los civiles, es decir, no tienen el estatus de personas protegidas.

De otro lado, el sujeto pasivo de la conducta son personas civiles protegidas por el DIH, consideradas así cuando reúnen dos condiciones: no ser miembros de las fuerzas armadas u organizaciones armadas irregulares en contienda y no tomar parte en las hostilidades, de manera personal individual (personas civiles) o colectiva (población civil). Desde luego que si los civiles intervienen directamente en las contiendas, de inmediato pierden las garantías derivadas del principio de distinción mientras dure su participación en el conflicto (numeral 3º del artículo 13 del Protocolo Adicional II) (Sentencia del 28 de agosto de 2013).

De conformidad con el artículo 135 del Código Penal, se entiende por personas protegidas conforme al DIH:

- i) Los integrantes de la población civil; ii) Las personas que no participan en hostilidades y los civiles en poder de la parte adversa; iii) Los heridos, enfermos o náufragos puestos fuera de combate; iv) El personal sanitario o religioso; v) Los periodistas en misión o corresponsales de guerra acreditados; vi) Los combatientes que hayan depuesto las armas por captura, rendición u otra causa análoga; vii) Quienes antes del comienzo de las hostilidades fueren considerados como apátridas o refugiados; viii) Cualquier otra persona que tenga aquella condición en virtud de los Convenios I, II, III y IV de Ginebra de 1949 y los Protocolos Adicionales I y II de 1977 y otros que llegaren a ratificarse.

En relación con la expresión “con ocasión y en desarrollo de conflicto armado” y que el artículo transitorio 23 del Acto Legislativo 01 de 2017 denomina “por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado”, se deben tener en cuenta los siguientes criterios:

a. Que el conflicto armado haya sido la causa directa o indirecta de la comisión de la conducta punible; b. Que la existencia del conflicto armado haya influido en el autor, partícipe o encubridor de la conducta punible cometida por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto, en cuanto a: i) su capacidad para cometerla, es decir, que por razón del conflicto armado el perpetrador haya adquirido habilidades mayores que le sirvieron para ejecutar la conducta; ii) su decisión para cometerla, es decir, a la resolución o disposición del individuo para cometerla; iii) la manera en que fue cometida, es decir, a que producto del conflicto armado, el perpetrador de la conducta haya tenido la oportunidad de contar con medios que le sirvieron para consumarla y iv) la selección del objetivo que se proponía alcanzar con la comisión del delito.

Asimismo, para la Corte Suprema de Justicia, en orden a determinar si los actos están suficientemente vinculados con el conflicto armado, se deben tener en cuenta los siguientes factores:

i) el hecho de que el autor sea un combatiente; ii) el hecho de que la víctima no sea un combatiente; iii) el hecho de que la víctima pertenezca al bando opositor; iv) el hecho de que el acto pueda contribuir a la finalidad de la campaña militar; v) el hecho de que el crimen sea cometido como parte o en el contexto de las capacidades oficiales del autor.

(Sentencia del 2 de agosto de 2017)

En cuanto al tipo subjetivo, el comportamiento estudiado únicamente puede cometerse a título de dolo.

En ese sentido, el delito contemplado en el artículo 159 del Código Penal analizado se diferencia del previsto en el artículo 180 de la misma legislación, en relación con factores geográficos de la conducta, y sanciona de igual forma los cambios forzosos de residencia que se produzcan en el

interior del país (traslado o desplazamiento) y hacia el exterior (deportación y expulsión) (Castro et al., 2018).

De las precisiones expuestas, se puede concluir que el notario, al ser un particular que ejerce funciones públicas de manera permanente, funciones que le han sido conferidas por disposición constitucional y legal, no puede ser considerado un “combatiente”, en razón a que no forma parte de las fuerzas armadas ni de los grupos armados irregulares, ni mucho menos por disposición constitucional o legal está facultado para formar parte de las hostilidades.

La responsabilidad penal que compromete al notario está enmarcada en los deberes normativos que le corresponden en su calidad de servidor público a la luz de la ley penal, por ende, a menos que el servidor haga parte de un grupo al margen de la ley, desde el punto de vista de su deber jurídico, continúa gozando de las protecciones asignadas a los civiles, y no es considerado un objetivo militar ni tiene la facultad de enfrentar a otros combatientes o individuos que participan en las hostilidades.

Lo anterior permite concluir que en el notario no concurre la calidad para ser autor de delitos contra el DIH, por lo que se puede predicar la imposibilidad de adecuar el comportamiento objeto de investigación al tipo penal de “Deportación, expulsión, traslado o desplazamiento forzado de población civil”.

Agréguese que, en cuanto a la conducta, autorizar las escrituras públicas que recaen sobre bienes adjudicados en programas de dotación de tierras sin los requisitos para ello, en zonas de violencia generalizada, no es equiparable a deportar, expulsar, trasladar o desplazar forzadamente, pues como se ve a continuación:

El desplazamiento comporta el ejercicio de una violencia o coacción arbitraria que menoscaba la libertad de la víctima de elegir el lugar del territorio nacional en el que se

desea habitar y desarrollar su proyecto de vida, pues es sometida a intimidación y al sometimiento de su voluntad a fin de obligarlo a variar su lugar de residencia. (Sentencia 39290, 2016)

Lo que en términos generales se plantea esta investigación no ocurre, pues el despojo jurídico de tierras se produce con la constitución del título de propiedad (escritura pública), comportamiento que recae sobre la suscripción de un documento y no es en sí la violencia o la intimidación.

Las mismas consideraciones expuestas aplican frente al delito de “Destrucción y apropiación de bienes protegidos” (artículo 154)⁵¹, pues también requiere un sujeto activo cualificado, calidad que no recae en el notario, ni mucho menos la conducta objeto de investigación puede encuadrarse en la destrucción o la apropiación por medios ilegales o excesivos de bienes protegidos conforme al DIH.

3.1.2 Desplazamiento forzado como delito contra la libertad individual y otras garantías

En el título III de la parte especial del Código Penal se consagran los delitos contra la libertad individual y otras garantías, entre los que se encuentran, en el capítulo V, los delitos contra la autonomía personal, en los que se incorpora el desplazamiento forzado.

⁵¹ “El que, con ocasión y en desarrollo de conflicto armado y fuera de los casos especialmente previstos como conductas punibles sancionadas con pena mayor, destruya o se apropie por medios ilegales o excesivos en relación con la ventaja militar concreta prevista, de los bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario, incurrirá en prisión de ochenta (80) a ciento ochenta (180) meses y multa de seiscientos sesenta y seis punto sesenta y seis (666.66) a mil quinientos (1500) salarios mínimos legales mensuales vigentes. Parágrafo. Para los efectos de este artículo y los demás del título se entenderán como bienes protegidos conforme al derecho internacional humanitario: 1. Los de carácter civil que no sean objetivos militares. 2. Los culturales y los lugares destinados al culto. 3. Los indispensables para la supervivencia de la población civil. 4. Los elementos que integran el medio ambiente natural. 5. Las obras e instalaciones que contienen fuerzas peligrosas”.

Después del derecho a la vida, el derecho a la libertad desde tiempos inmemoriales es el derecho más importante, tan es así que no solo se garantiza sino que se restringe en virtud a la imposición de una pena por la comisión de una conducta punible. Del derecho a la libertad depende el disfrute o el desarrollo de los otros intereses jurídicamente tutelados; es decir, el derecho a la libertad garantiza que la persona pueda desarrollarse en el aspecto personal, familiar, laboral, etc. Así, este derecho fundamental permite que todas las personas puedan autodeterminarse de forma libre en todos los aspectos de su vida y desenvolverse libremente, por tanto, es un fin en sí mismo (Garzón, 2018).

La libertad es la capacidad de toda persona de autodeterminarse y de tomar las decisiones que considere más adecuadas en el contexto en que se encuentre. De esta forma, es posible decir que una persona es libre cuando puede determinar dónde y en qué circunstancias quiere encontrarse, es decir, en qué circunstancia quiere encontrarse espacio-temporalmente, para disfrutar así plenamente el desarrollo de los derechos fundamentales que la libertad, en el pleno sentido de la palabra, le otorga a los seres humanos (Garzón, 2018).

Ya definido el concepto, cabe decir que el desplazamiento forzado se encuentra establecido en el artículo 180 del Código Penal en los siguientes términos:

El que de manera arbitraria, mediante violencia u otros actos coactivos dirigidos contra un sector de la población, ocasione que uno o varios de sus miembros cambie el lugar de su residencia, incurrirá en prisión (...) No se entenderá por desplazamiento forzado, el movimiento de población que realice la fuerza pública cuando tenga por objeto la seguridad de la población, o en desarrollo de imperiosas razones militares, de acuerdo con el derecho internacional.

En términos similares, bajo la legislación anterior (1980) se consagraba el desplazamiento forzado en el artículo 284A⁵² como atentatorio de la inviolabilidad de habitación o sitio de trabajo, y en el artículo siguiente se establecían las causales de agravación⁵³.

En la actualidad, este delito se considera de carácter pluriofensivo y protege bienes jurídicos de elevada importancia social e individual, tales como el derecho fundamental a tener un domicilio, a acceder a la tierra, a la locomoción y a la circulación, entre otros (SP8753, 2016, Radicación 39290).

Como se expuso en el subcapítulo anterior, el desplazamiento forzado comporta el ejercicio de una violencia o coacción arbitraria que menoscaba la libertad de la víctima de elegir el lugar del territorio nacional en el que desea habitar y desarrollar su proyecto de vida, pues es intimidada y se ve sometida su voluntad a fin de obligarla a variar su lugar de residencia (Sentencia del 26 de marzo, 2014, Radicación 38795). Sumado a ello:

Conforme con la descripción típica de la conducta, es un delito permanente pues pone a las víctimas en condición de desarraigados y se sigue cometiendo mientras esa condición se perpetúe en virtud a que la conducta del sujeto activo mantenga vigentes los factores de amenazas, miedo, muertes o atentados vinculados con el conflicto que obligan a los habitantes de un específico grupo

⁵² “Artículo 284A. Desplazamiento forzado. El que de manera arbitraria, mediante violencia u otros actos coactivos dirigidos contra un sector de la población, ocasione que uno o varios de sus miembros cambie el lugar de su residencia, incurrirá en prisión de [...]. No se entenderá por desplazamiento forzado, el movimiento de población que realice la fuerza pública cuando tenga por objeto la seguridad de la población, o en desarrollo de imperiosas razones militares, de acuerdo con el derecho internacional humanitario”.

⁵³ “Artículo 284B. Circunstancias de Agravación Punitiva. La pena prevista en el artículo anterior será de treinta (30) a cuarenta (40) años, en los siguientes casos: 1. Que el agente tuviere la condición de servidor público o un particular que actúe bajo la determinación o con la aquiescencia de aquel. 2. Cuando se cometa en persona con discapacidad que le impide valerse por sí misma, o en menor de dieciocho (18) años, o mayor de sesenta (60) o mujer embarazada. 3. Cuando se cometa por razón de sus calidades, contra las siguientes personas: periodistas, comunicadores sociales, defensores de los derechos humanos, candidatos o aspirantes a cargos de elección popular, dirigentes cívicos, comunitarios, étnicos, sindicales, políticos o religiosos, contra quienes hayan sido testigos o víctimas de conductas punibles o faltas disciplinarias. 4. Cuando se cometa utilizando bienes del Estado. 5. Cuando se sometiere a las víctimas a tratos crueles, inhumanos o degradantes”.

humano a estar alejados de sus predios. De allí que cualquier acción que actualice tales temores, originada en el obrar voluntario de un sujeto concertado con el actor armado del conflicto que ha generado el desplazamiento se subsume en el tipo penal en comento. Cuando ocurre que frente a un determinado grupo de ciudadanos se siguen ejerciendo acciones tendientes a que no retornen a sus predios, el delito se hace permanente por el tiempo en que tales actualizaciones se concreten y se continúa ejecutando en calidad de coautores por todos aquellos que actualizan para las víctimas las condiciones generadoras del desalojo (Sentencia del 26 de marzo, 2014, Radicación 38795).

Precisa el máximo órgano de la justicia ordinaria que este delito se comete en especiales circunstancias como los contextos de macrocriminalidad, el sujeto agente de carácter plural, el uso de la coacción, fuerza, armas, intimidación, la evitación del rastro que permita dar con el paradero del victimario, entre otros. En muchos casos, las intimidaciones a las que son sometidas las víctimas de este delito suelen realizarse de manera clandestina y sin dejar huella, para asegurar la impunidad de la conducta.

La Corte Constitucional en Sentencia SU 1150 de 2000 en su núm. 31 estableció lo siguiente:

El desplazamiento forzado apareja una violación múltiple, masiva y continua de los derechos de las personas obligadas a migrar. Por una parte, es claro que estas personas tienen que abandonar su domicilio en razón del riesgo que observan para su vida e integridad personal, peligro que se deriva de las amenazas directas que les son formuladas o de la percepción que desarrollan por los múltiples actos de violencia que tienen lugar en sus sitios de residencia. El desplazamiento forzado comporta obviamente una vulneración del derecho de los nacionales a escoger su lugar de domicilio, al igual que su derecho al libre desarrollo de la personalidad. Así mismo, dado el ambiente intimidatorio que precede a los desplazamientos, estas personas ven conculcados sus derechos de expresión y de

asociación. De igual manera, en razón de las precarias condiciones que deben afrontar las personas que son obligadas a desplazarse, se presenta un atropello de los derechos de los niños, de las mujeres cabeza de familia, de las personas con discapacidad y de las personas de la tercera edad. Además, todos los individuos forzados a abandonar sus lugares de origen sufren un detrimento en sus ya de por sí muy afectados derechos económicos, sociales y culturales, y frecuentemente son sometidos a la dispersión de sus familias.

Como se observa en los pronunciamientos jurisprudenciales anteriores, así como en lo relacionado en el capítulo del bien jurídico vulnerado con el despojo de tierras, según el criterio de la investigadora, las víctimas del despojo jurídico de tierras son víctimas del desplazamiento forzado, ya sea por coacción directa o dado que son llevadas a transferir su propiedad y abandonar su lugar de residencia por miedo a la situación generalizada de violencia.

Sin embargo, como en efecto lo expuso la Sala de Casación Civil en el pronunciamiento analizado en el capítulo de mecanismos jurídicos propuestos por el derecho privado, respecto a situaciones de despojo jurídico de tierras, el hecho del despojo jurídico de tierras puede producirse de forma anterior o posterior al desplazamiento forzado y si bien está relacionado fácticamente con el desplazamiento, no proviene del mismo origen en cuanto a su autor, pues en el delito de desplazamiento forzado el sujeto activo realiza una conducta violenta o una coacción arbitraria sobre la víctima.

Lo anterior quiere decir que la somete a intimidación y a doblegar su voluntad con el fin de que varíe su lugar de residencia, lo que no es equiparable a autorizar una escritura pública en relación con los predios objeto de estudio, pues si bien se despoja jurídicamente a la víctima de los derechos de propiedad, posesión, ocupación y tenencia legítima que conlleva la imposibilidad de retornar a

las parcelas por la pérdida de tales prerrogativas, este comportamiento no es el origen violento que lleva a la persona a abandonar o transferir el inmueble en condiciones lesivas.

Resulta en consecuencia equivocado subsumir el comportamiento del notario que autoriza escrituras públicas sobre predios localizados en zonas de violencia generalizada con ausencia de los requisitos al delito de “Desplazamiento forzado”, pues a pesar de su gravedad y de la vinculación con la imposibilidad de retornar a los predios, dicha actuación no se traduce en una acción violenta generadora de la decisión voluntaria o forzada de abandonar la tierra.

En ese orden de ideas, el comportamiento notarial censurado tampoco puede adecuarse al delito de “Desplazamiento forzado”, pues se insiste en lo siguiente: el hecho del despojo jurídico si bien se encuentra relacionado, no es el mismo desplazamiento forzado que es primariamente de naturaleza violenta, elemento que no concurre en el incumplimiento de ejercer control de legalidad.

3.1.3 Desplazamiento forzado como delito de lesa humanidad

La misma suerte entonces deberá correr la intención de incorporar la conducta investigada al tipo de desplazamiento forzado como delito de lesa humanidad. No obstante, descartarlo también lleva a referirse a la ausencia de los elementos de generalidad y sistematicidad que le son propios a los delitos de lesa humanidad.

De acuerdo con el preámbulo del Estatuto de Roma aprobado mediante la Ley 742 de 2002, “los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo” y constituyen una amenaza para la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad.

Los bienes jurídicos que protege ese delito son la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad, esenciales para la convivencia de la comunidad internacional entera, como

consecuencia de la consolidación de una pretendida ética de orden universal que permita la supervivencia del ser humano en un entorno pacífico. En ese sentido, la vulneración de dichos bienes jurídicos afecta de manera alevosa y extrema esa convivencia pacífica, entrándose en un terreno en donde la seguridad del ser humano se pone en entredicho y su supervivencia se ve comprometida. A ello se añade que existe una ofensa superlativa cuando se vulneran dichos bienes de forma sistemática o generalizada, la cual desborda las fronteras de un Estado para proyectarse en el conjunto de los demás Estados (Castro et al., 2018, p.76).

El titular de los bienes jurídicos es el conjunto de la humanidad o lo que es igual el hombre colectivo, lo que conlleva que el bien jurídico tutelado es de naturaleza supraindividual, lo que no significa que no se vulneren al mismo tiempo bienes jurídicos individuales, cuyos titulares son los sujetos pasivos de las conductas individualmente considerados. El crimen de lesa humanidad implica un atentado contra bienes jurídicos individuales fundamentales (vida, integridad física, salud, libertad) cometidos tanto en tiempo de paz como de guerra, como parte de un ataque generalizado o sistemático realizado con la participación o tolerancia del poder político de iure o de facto. La vulneración del bien jurídico individual toma una protección que trasciende el ámbito de las fronteras de un Estado (Castro et al., 2018, p. 78).

El Estatuto de Roma dispone en el artículo 7.2. a. que:

Por “ataque contra una población civil” se entenderá una línea de conducta que implique la comisión múltiple de los actos allí consagrados contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque o para promover esa política.

A su vez, en el artículo 7.2.d. se describe que por “deportación o traslado forzoso de población” se entenderá el desplazamiento forzoso de las personas afectadas, por expulsión u otros actos coactivos, de la zona en que estén legítimamente presentes, sin motivos autorizados por el derecho internacional”.

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, Sentencia SP9145 de 2015, aclaró que el término “generalizado” significa que “puede ser un acto a gran escala o múltiples actos que involucren un número importante de víctimas. La ‘sistematicidad’, se deduce que la conducta sea el resultado de una planificación metódica, inmersa en una política común”. El móvil debe descansar en criterios discriminatorios por razón de raza, condición, religión, ideología, política, etc.

Igualmente el sujeto activo del crimen de lesa humanidad es indeterminado, es decir que puede ser cualquier persona que pertenezca a esa estructura jerarquizada de poder, bien sea debido a que maneja la voluntad desde lo más alto de la cúpula (autor mediato), ora el que actúa directamente (autor directo), quienes en ambos casos serían responsables por acción o por omisión. Sobre el sujeto pasivo, el titular del bien jurídico que se ha vulnerado con la comisión del delito, en principio se pudiera pensar que es únicamente la persona que ha sufrido un menoscabo en su bien jurídico individualmente considerado, empero la conducta no solo se proyecta respecto a las personas que han sido objeto de esta, sino que se proyecta en desmedro del colectivo social, razón por la cual también se le considera como sujeto pasivo. (Castro et al., 2018).

En este tipo de delitos solo aplica la modalidad dolosa, lo que significa que el autor debe tener conocimiento de dicho ataque, es decir, la vulneración a un bien jurídico en particular se enmarca dentro de un contexto generalizado y premeditado de violencia a gran escala; basta con que

conozca los hechos y quiera su realización, así no conozca los pormenores del macro plan criminal (Castro et al., 2018).

Véase entonces, como ya se dejó sentado en los subcapítulos anteriores, que la conducta consiste en deportar o trasladar por la fuerza sin motivos autorizados por el derecho internacional y mediante la expulsión u otros actos de coacción a una o más personas a otro Estado o lugar, fuerza que no solo tiene que ser de naturaleza física y directa, pues basta con el temor a que se produzcan o repitan actos violentos de todo orden en la zona en la que se reside.

El Código Penal colombiano no consagra un capítulo que contenga los delitos de lesa humanidad, sin embargo, en razón a la aprobación del Estatuto de Roma por parte de Colombia, y en virtud al bloque de constitucionalidad, se entienden incorporados dichos delitos al ordenamiento penal interno. Mas para efectos de su imputación es preciso remitirse al delito de “Desplazamiento forzado” establecido en el artículo 180 e interpretarlo con los elementos del delito de lesa humanidad, es decir, que se trate de un ataque generalizado y sistemático contra la población civil.

En consecuencia, al no poder subsumir el incumplimiento de ejercer control de legalidad por parte del notario en la conducta exigida para el tipo de desplazamiento forzado –se itera que requiere la realización de actos violentos de coacción y que generen temor a tal punto que las víctimas abandonen su lugar de residencia–, y al no cumplirse las condiciones de generalidad y sistematicidad que demandan este tipo de delitos internacionales, no es posible adecuar el comportamiento investigado a este tipo penal, pues si bien podría pensarse que en zonas de violencia el notario podría conocer si existen masivas transferencias de propiedad en desmedro de los vendedores, el despojo de tierras, puede afirmarse, no fue una política del Estado colombiano como órgano jerarquizado.

Todo lo contrario, el Estado colombiano por conducto de la Ley 387 de 1997 viene haciendo un llamado a las autoridades del Estado para la prevención y atención de las víctimas de desplazamiento forzado; y las leyes agrarias, como se estableció en el primer capítulo de este trabajo, dispusieron obligaciones expresas dirigidas a los notarios a la hora de autorizar escrituras sobre predios adjudicados en programas de dotación de tierras.

Por tanto, no se puede considerar como una política de Estado afectar a la población campesina al llevarla a abandonar o transferir sus tierras, sus pertenencias, sus animales y bienes, pues precisamente a las víctimas de desplazamiento en las que se hace énfasis en esta investigación (las beneficiarias de programas de dotación de tierras), en razón a sus condiciones de vulnerabilidad y pobreza, el Estado colombiano las puso en el centro de las políticas de reforma agraria y, a su vez, como fin de protección en el contexto de masivos desplazamientos forzados.

Queda descartado, según este análisis, que el comportamiento notarial cuestionado pueda ser incorporado en la conducta de desplazamiento forzado como delito de lesa humanidad.

3.2 Falsedad ideológica en documento público

En el título IX del Código Penal se consagran los delitos contra la fe pública y en el capítulo III la falsedad en documentos.

Sea lo primero advertir que la conducta notarial investigada se concreta al incumplimiento de ejercer control de legalidad para la autorización de negocios jurídicos que recaen sobre predios adjudicados en programas de dotación de tierras en zonas de violencia generalizada, mas no se trata del caso en que el notario ha sido inducido en error o coaccionado por el particular para extender la escritura pública, pues en el primer evento dicho servidor es considerado como un instrumento que no responde penalmente por incurrir en un error de tipo si es invencible –tampoco

respondería si es vencible puesto que la legislación no consagra la modalidad culposa y por ende queda impune–, y en el segundo caso el notario no domina su voluntad, mientras el particular incurre en el delito de “Obtención de documento público falso”⁵⁴.

Es por ello que se procede a analizar si el incumplimiento del deber funcional del notario se adecúa en el delito de “Falsedad ideológica en documento público”, y si el mismo protege de manera efectiva el bien jurídico vulnerado con el despojo jurídico de tierras.

El artículo 286 del Código Penal consagra el mencionado delito en los siguientes términos: “El servidor público que en ejercicio de sus funciones, al extender documento público que pueda servir de prueba, consigne una falsedad o calle total o parcialmente la verdad, incurrirá en prisión de [...]”.

Adicionalmente, la legislación anterior -Decreto 100 de 1980- en el artículo 219 consagraba el delito de falsedad ideológica en documento público así: “El empleado oficial que en ejercicio de sus funciones falsifique documento público que pueda servir de prueba, incurrirá en prisión de [...]”

Para la Corte Suprema de Justicia, Sentencia 45147 de 2017, el bien jurídico de la fe pública ha sido considerado como la credibilidad otorgada a los signos, objetos o instrumentos que constituyen medio de prueba acerca de la creación, modificación o extinción de situaciones jurídicas relevantes.

Por su parte, la doctrina especializada ha esbozado distintas tesis en relación con el bien jurídico tutelado que no constituyen el eje central de la presente investigación; no obstante, para efectos

⁵⁴ “Artículo 288. Obtención de documento público falso. el que para obtener documento público que pueda servir de prueba, induzca en error a un servidor público, en ejercicio de sus funciones, haciéndole consignar una manifestación falsa o callar total o parcialmente la verdad, incurrirá en prisión de [...]”.

pedagógicos, resulta de utilidad la exposición de estas por parte de Bernate y Gil (2019), quienes acogen la clasificación propuesta por el profesor Arenas Salazar:

- i) Tesis para las cuales el bien jurídico es la fe pública: de los documentos emana una confianza colectiva ya sea por la persona del creador, es decir, la confianza como imposición del Estado, o porque existe una confianza colectiva en determinados signos, valores u objetos o por cuanto los documentos gozan de un crédito especial dentro de una colectividad.

Las críticas a esta tesis se concretan a que:

- a) el objeto de protección terminaría siendo algo subjetivo, variable de individuo a individuo como es la confianza; b) la confianza no es el objeto de protección jurídico sino el resultado de protección y c) que si la fe pública se protege como una imposición del Estado, no se explica la falsedad en documentos privados. Esta teoría, a pesar de las críticas también tiene aciertos según la doctrina: a) el afirmar que el contenido del injusto en los delitos está dado por la creación de una falsa apariencia y no por las consecuencias lesivas que puedan desencadenarse para terceros y b) que se relaciona el fundamento de la punición con las necesidades del ordenado desarrollo del tráfico jurídico por medio de la función que en él cumplen los documentos.
- ii) Tesis para las cuales el bien jurídico es el medio de prueba: entiende “que la protección penal de la fe pública se relaciona con la capacidad probatoria de la que gozan los documentos como instrumentos que permiten la creación, modificación o extinción de derechos y obligaciones”.

Hay varias corrientes: a) aquellos para quienes el objeto de tutela es el documento como medio de prueba y señalan que se protege la posibilidad de fiarse frente a las pruebas, el derecho a probar,

la apariencia de las pruebas documentales o el tráfico jurídico; b) los que sostienen que lo tutelado es la posibilidad de fiarse ante las pruebas, de modo que el delito de falsedad es concebido como un mecanismo de limpieza de las pruebas que circulan en el tráfico jurídico; c) la tesis del tráfico jurídico, en tanto las relaciones entre los individuos necesitan de un mínimo de certeza de la autenticidad de esas relaciones y esa certeza la otorgan los medios de prueba (Bernate y Gil, 2019). Esta última tesis se critica por el siguiente motivo:

[...] al propender por “una normalidad en el desarrollo de las relaciones jurídicas, resulta un concepto demasiado amplio, de manera que dentro de este concepto quedarían incluidas situaciones como los fraudes e incluso el incumplimiento civil de obligaciones, eventos que claramente atentan contra esa normalidad en el desarrollo de las relaciones jurídicas (Bernate y Gil, 2019).

iii) Tesis para las cuales la falsedad documental es un delito pluriofensivo que ofende la fe pública y el medio de prueba: se tutela la confianza colectiva en los documentos siempre y cuando estos puedan servir de prueba. [...] La falsedad atenta contra los medios de prueba como instrumentos protegidos por la ley, en vista de la confianza que la sociedad deposita en ellos y del perjuicio que podría resultar si se alteran. [...] Los delitos contra la fe pública protegen, al tiempo, la confianza en los signos puestos por funcionarios en los documentos y, a través de ello, la capacidad probatoria de los mismos (Bernate y Gil, 2019).

iv) Tesis para las cuales el bien jurídico es la relación material subyacente en el documento probatorio: [...] lo tutelado es el derecho sustancial que subyace al documento. (Bernate y Gil, 2019).

v) Tesis funcionalista de la fe pública: “[...] las funciones de garantía y de perpetuación que caracterizan al documento se integran al bien jurídico de fe pública, de manera que la garantía que

el documento presta para las relaciones jurídicas y la perpetuación son el bien jurídico”. Hay dos subgrupos: i) “el bien jurídico es la función de garantía del documento en tanto que permite atribuir responsabilidad a un sujeto”; ii) “el interés tutelado es la perpetuidad en tanto que asegura el medio de prueba fidedigno y duradero frente a las expectativas del destinatario”.

Se acoge entonces la postura en relación a que lo que se protege es la confianza colectiva de la comunidad en determinados signos, uniformes, insignias, documentos, etc., que gracias al desarrollo mismo de la vida social, a sus usos y costumbres ha ido creando la idea de que sin tales representaciones la vida sería más difícil; posición que defienden, con un aspecto vital para esta investigación: en primer lugar, en relación con el entendimiento del derecho como un sistema de protección de expectativas y, en segundo lugar, al considerar los delitos de falsedad como delitos de peligro que son la antesala a otros como aquellos que atentan contra el patrimonio económico (Bernate y Gil, 2019).

Por lo anterior, puede predicarse en el notario un error de tipo, cuando aquel desconoce que debe exigir unos requisitos especiales en relación con la transferencia de dominio de predios adjudicados en programas de dotación de tierras, pues considera que únicamente debe exigir los comprobantes fiscales, el paz y salvo del predial y de valorización.

Sin embargo, si el notario, a sabiendas de la existencia de un contexto de violencia en el círculo registral donde presta sus servicios, autoriza escrituras públicas de transferencia de este tipo de bienes sin exigir los requisitos establecidos en las leyes agrarias, aunque conoce su existencia, y quiere el levantamiento de la escritura pública para que esta consolide el derecho a la propiedad luego de su inscripción en el registro de instrumentos públicos, incurre en el delito de “Falsedad ideológica en documento público”, pues su función certificadora incluye la de ejercer control de legalidad sobre los actos jurídicos que autoriza.

La Corte Suprema de Justicia en la Sentencia 36337 de 2014, sobre este delito señala que el artículo 251 del Código de Procedimiento Civil –hoy artículo 243 CGP–, define el documento público como el otorgado por funcionario en ejercicio de su cargo o con su intervención. Si se trata de un escrito autorizado o suscrito por él, adquiere la calidad de instrumento público y cuando es otorgado por un notario y ha sido incorporado en el respectivo protocolo, se denomina escritura pública. El documento privado es el que no reúne los requisitos para ser documento público. También el artículo 264 del mismo ordenamiento adjetivo –artículo 257 CGP– señala que los documentos públicos hacen fe de su otorgamiento, su fecha, y de las declaraciones que en ellos haga el funcionario que los autoriza.

En materia documental a los servidores públicos, como representantes del Estado, les es propia la función certificadora de los hechos que correspondan al ejercicio de su labor, por eso tienen el imperativo de ceñirse estrictamente a la verdad consignando datos verídicos en los actos y escritos que expiden. Precisamente por ello, la falsedad documental se cataloga ideológica cuando en un escrito genuino se incluyen manifestaciones contrarias a la verdad, en otras palabras, cuando el documento verdadero en su forma y origen (auténtico), contiene afirmaciones falaces, modalidad que se diferencia de la falsedad material, pues esta tiene lugar cuando se crea totalmente el documento apócrifo, se imita uno ya existente o se altera el contenido de un escrito auténtico (Sentencia 45147, 2017).

En esa medida, si en la escritura pública se dispone que la transferencia de dominio cumple con los requisitos legales, cuando no se está dando cumplimiento a los requisitos establecidos en los regímenes de adjudicación (Ley 135 de 1961, Ley 30 de 1988, Ley 160 de 1994 y Decreto Ley 902 de 2017) y que constituyen deberes normativos extrapenales dirigidos de manera expresa a los notarios, se puede afirmar que la autorización notarial vulnera la confianza colectiva en relación a

que las transferencias de dominio sobre bienes destinados a personas de escasos recursos, en virtud a programas de reforma agraria, van a ser objeto de especial escrutinio a la hora de protocolizar negocios jurídicos en zonas de violencia generalizada.

Es así que se introduce en el tráfico jurídico un documento público con potencial de ser registrado ante la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos en el que se certifica que la transferencia cumple con las exigencias legales, cuando ello no corresponde con la realidad ni fáctica ni jurídica.

Como se estableció en precedencia, al ser la falsedad un delito de peligro y que atenta contra la credibilidad otorgada a los instrumentos públicos que constituyen medio de prueba acerca de la creación, modificación o extinción de situaciones jurídicas relevantes, esta puede concursar con otro tipo de conductas como sería el caso de un delito que afecte el patrimonio económico, en tanto la falsedad puede considerarse la antesala a la comisión de otros delitos, como se ve a continuación.

3.3 Prevaricato por acción o por omisión

En el Capítulo XV del Código Penal se consagran los delitos que atentan contra el bien jurídico de la administración pública, entre los que se encuentran el peculado, la concusión, el cohecho, el contrato sin cumplimiento de requisitos legales, tráfico de influencias, enriquecimiento ilícito y la conducta que es de interés para esta investigación: el prevaricato.

El Código Penal anterior (1980) también consagraba este delito contra la administración pública (título III), capítulo séptimo, en el artículo 149⁵⁵ en la modalidad de acción y en el 150⁵⁶ en la modalidad de omisión.

El artículo 413 del Código Penal prevé el delito “prevaricato por acción” en los siguientes términos: “El servidor público que profiera resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la ley, incurrirá en prisión de [...]”.

Por su parte, el “prevaricato por omisión” se encuentra estipulado en el artículo 414 del Código Penal así: “El servidor público que omita, retarde, rehúse o deniegue un acto propio de sus funciones, incurrirá en prisión de [...]”.

Se consagra como circunstancia de agravación punitiva para ambos delitos en el artículo 415 ibídem:

Las penas establecidas en los artículos anteriores se aumentarán hasta en una tercera parte cuando las conductas se realicen en actuaciones judiciales o administrativas que se adelanten por delitos de genocidio, homicidio, tortura, desplazamiento forzado, desaparición forzada, secuestro, secuestro extorsivo, extorsión, rebelión, terrorismo, concierto para delinquir, narcotráfico, enriquecimiento ilícito, lavado de activos, o cualquiera de las conductas contempladas en el título II de este Libro.

Antes de hacer referencia a la comisión de este delito por parte del notario, en virtud al incumplimiento de ejercer control de legalidad en los términos de esta investigación, es oportuno realizar una aproximación al bien jurídico de la administración pública que protege la ley penal.

⁵⁵ “El servidor público que profiera resolución o dictamen manifiestamente contrario a la ley, incurrirá en prisión de [...]”.

⁵⁶ “El servidor público que omita, retarde, rehúse o deniegue un acto propio de sus funciones, incurrirá en las penas previstas en el artículo anterior”.

Sobre el particular, el profesor Reyes (2003) precisó que la tipificación de las conductas de servidores públicos que expiden resoluciones judiciales contrarias a la ley, tiene como finalidad la protección del bien jurídico de la administración pública, pero no entendido como entidad abstracta, toda vez que lo que se persigue con la creación de estas figuras delictivas es ejercer un control sobre el ejercicio de las funciones atribuidas a los servidores públicos, con miras a proteger el interés que la comunidad social tiene en que los actos administrativos que les afecten sean expedidos con sujeción a la normatividad vigente.

El ente “administración pública” solo tiene sentido en cuanto presta un servicio de “administración” respecto de los bienes e intereses de la comunidad social, sobre el supuesto de que esta última le ha confiado a aquella el manejo y cuidado de los mismos. Por eso la protección al bien jurídico de la administración pública no puede ser entendida como la simple pretensión de conservar incólume el ente abstracto de la “administración pública” como organismo capaz de funcionar. El verdadero significado de esta protección es el de garantizarle a la comunidad que todas las actuaciones desplegadas por los funcionarios que al integrar la administración pública tienen el encargo de “administrar” los bienes e intereses de los coasociados, sean ejecutadas de acuerdo con las normas legales. (Reyes, 2003)

Desde luego, ello supone que no todas las actuaciones de los servidores públicos en ejercicio de sus funciones quedan comprendidas dentro del bien jurídico que bajo el nombre de administración pública pretende ser protegido por el derecho penal, sino solamente aquellos comportamientos que trasciendan a la comunidad social. Expresado en palabras diversas: como regla general solo son dignas de tutela penal, aquellas actuaciones de los servidores públicos que tengan la posibilidad de afectar sensiblemente intereses de los

coasociados; porque si alguna determinación de un servidor público carece de la potencialidad de afectar intereses de la comunidad social, entonces los bienes sociales cuya custodia y manejo se ha confiado a la administración pública no habrán estado en peligro. (Reyes, 2003)

Con el fin de complementar la definición de este concepto, es oportuno citar también a Cancino (2019):

En el campo administrativo, el concepto se relaciona con la actividad del Estado para la consecución de sus fines. Es así como se ha considerado la actividad de la administración pública equivalente a la de gobierno. En esa línea se encuentran quienes limitan el concepto de una parte de la actividad estatal y arriban el concepto, si se quiere subsidiario, de que la administración consiste en la actividad del Estado que no es legislación ni justicia. Pero todas esas nociones son empíricas, por lo que, incluso dentro de la corriente de opinión más recibida en derecho administrativo, se comprueba su rechazo y, junto a él, la afirmación de que nadie considera ya que esa actividad existe solo en el poder administrador, puesto que se percibe su expansión en los otros poderes, tanto en el legislativo, como en el jurisdiccional. (p. 253)

En lo relacionado con el bien jurídico objeto de estudio y de acuerdo con lo expuesto por Sepúlveda (2019), se puede concluir que el delito de prevaricato protege la administración de justicia como manifestación de la función pública, no entendiendo la justicia como elemento exclusivo de la rama jurisdiccional, sino como concepto básico en virtud del cual el Estado da a cada quien lo que le corresponde en las diferentes ramas del poder público.

De tal suerte que la dignidad, el prestigio, el buen proveer, la legalidad, la imparcialidad y la confianza en las decisiones administrativas y judiciales son los valores que se protegen ante las

infracciones manifiestamente contrarias a la ley que profieran los servidores, y en este orden de ideas, la afectación de uno o varios de estos valores implica la configuración antijurídica de la conducta, siempre y cuando sea resultado de una grosera y palmaria contradicción entre el acto de la administración y la normativa aplicable en el caso específico (Sepúlveda, 2019).

Ahora bien, resulta pertinente referirse de manera general a los elementos que deben confluir para la adecuación de este delito, pero el mayor énfasis se hace frente a si la autorización del negocio jurídico sin los requisitos que deben ser exigidos para la transferencia de predios adjudicados en programas de dotación de tierras, en zonas de violencia generalizada, por parte del notario, puede ser considerada una decisión manifiestamente contraria a la ley o puede ser entendida como una omisión de un acto propio de las funciones.

Sea lo primero advertir que tanto en la modalidad activa como en la omisiva se requiere un sujeto activo cualificado, esto es, un servidor público, lo que ya fue desarrollado en el Capítulo I de este trabajo al concluir que el notario es un particular que ejerce funciones públicas de manera permanente, y en virtud a lo establecido en el artículo 20 del Código Penal se le debe otorgar la calidad de servidor público para efectos penales. Por consiguiente, concurre en el notario la calidad para ser autor del delito de prevaricato.

Las reglas sobre autoría y participación se aplican integralmente en el delito de prevaricato. No puede haber partícipes sin autor; el determinador y el cómplice no requieren de la cualificación que sí se exige al sujeto activo y la diferencia entre coautor y cómplice será, además de sus cualidades, el grado de participación y de necesidad de su intervención. Un particular puede ser autor mediato (interviniente del delito de prevaricato) si mediante fuerza o error produjo que el servidor público instrumentalizado profiriera la resolución manifiestamente contraria a derecho (Sepúlveda, 2019).

Lo anterior permite afirmar que si el notario es coaccionado o inducido en error para efectos de autorizar la escritura, por ejemplo, en el caso de la coacción cuando su voluntad es sometida por un grupo al margen de la ley para que protocolice el negocio jurídico so pena de atentar contra su vida, o en el segundo caso, cuando ponen a su disposición documentos falsos por medio de los cuales la autoridad de tierras autoriza la transferencia de dominio sobre el bien, al tratarse de un instrumento sometido a error o a coacción la conducta se tornaría impune.

De otro lado, frente a la conducta prevaricadora, la acción consiste en proferir resolución, dictamen o concepto manifiestamente contrario a la ley y la omisión consiste en este caso en omitir un acto propio de las funciones.

La conducta “proferir” alude al momento en que el servidor emite la decisión o el dictamen, esto es, desde el instante en que lo suscribe si se trata de un pronunciamiento enmarcado en un sistema cuya base sea la escritura, o cuando lo transmite verbalmente si se está en presencia de un sistema procesal oral; pero, en uno y en otro caso, proferir se identifica con el momento en que el acto de la administración nace a la vida jurídica, es decir que no es necesaria una ejecución o que se le dé uso alguno a la decisión, pues basta con la simple creación de esta, y así se tuerce indiscutiblemente el brazo legal, lo que significa que es un delito de mera conducta (Sepúlveda, 2009).

La Corte Suprema de Justicia en Sentencia de 1º julio 2015, Radicación 4510, ha establecido lo siguiente:

Para su configuración no solo se contempla la valoración de los elementos jurídicos que el servidor público expuso o no en el acto judicial o administrativo, sino también el análisis de las circunstancias concretas bajo las cuales lo adoptó, así como de los elementos de conocimiento con los que contaba al momento de proferirlo, ya que el juicio de

responsabilidad, debe hacerlo el operador jurídico ubicándose en el momento histórico en el que el servidor emitió el acto reprochado, es decir, valorando las circunstancias y criterios del momento de los hechos.

La resolución, el dictamen o el concepto deben ser manifiestamente contrarios a la ley; sin embargo, los casos en los cuales se produce prevaricato por acción suelen ser aquellos en los que de manera sutil, encubierta, se profieren los actos tratando de ocultar su ilicitud o ilegalidad. Lo que el legislador quiere es que, a pesar de ese hábil maquillaje, la providencia sea manifiestamente ilegal en el fondo y no en la forma. Quiere también el legislador que una inconformidad con la ley, pero sin trascendencia mayor, no pueda ser sancionada como prevaricato, precisamente por la inocuidad de la conducta, en especial si se tiene en cuenta que el delito no admite la culpa. (Cancino, 2019)

Ahora, en lo que respecta al prevaricato por omisión, el omitir, retardar, rehusar o denegar deben ser actos realizados deliberadamente al margen de la ley, esto es, con violación manifiesta de ella (Sentencia de 27 de mayo, 2003), y se satisface la consumación del delito desde el instante en que expira el término para proferir la resolución o el acto exigido al servidor y que no emitió con plena conciencia de la injusticia de su conducta. Al igual que en el prevaricato por acción, en la omisión la ausencia de pronunciamiento también debe ser ostensiblemente apartado de la juridicidad aplicable al caso concreto, que sea grosera, evidente, palmaria e incuestionable, puesto que no toda contradicción entre el pronunciamiento y la norma es ilícita.

El operador judicial tiene el legítimo derecho a errar en sus decisiones como consecuencia lógica del ser humano, y de que aplica, interpreta y decide según normas que se prestan para variadas interpretaciones, margen en el cual sus errores no son reprochados penalmente, aunque podrían serlo fiscal o disciplinariamente. Pero cuando el sentido literal de la norma y su concreta

finalidad son suficientemente claros y pese a ello se distorsionan y se les da un alcance que no pueden tener, cuando esa torcida interpretación no se explica por ignorancia o por errónea asimilación del contenido y cuando, además, ella se concreta en decisión que conculca indebidamente derechos legítimos, entonces tendrá que reconocerse que una tal providencia sería manifiestamente ilegal y por ende demostrativa de prevaricato (Auto de 16 de agosto, 1983).

Es necesario entonces referirse, de manera somera, a la naturaleza jurídica de las escrituras públicas para efectos de concluir que el control de legalidad que ejerce el notario sobre el negocio jurídico que autoriza en ellas, también en los mismos términos que en una providencia judicial o en una resolución, emitidas por autoridades judiciales o administrativas, respectivamente, pueden ser objeto de prevaricación.

La escritura pública es el instrumento que contiene declaraciones en actos jurídicos, emitidas ante notario, con los requisitos previstos en la ley y que se incorpora al protocolo⁵⁷.

El profesor Arévalo (2014) adujo que la escritura pública es un instrumento, y que se debe entender por tal un documento escrito que contiene un acto jurídico encaminado a producir los efectos que de acuerdo a su naturaleza le corresponden. Este se realiza por solicitud de la parte interesada y bajo unos requisitos especiales, y es solemne debido a que se necesita cumplir una serie de pasos jurídicos para que pueda tenerse como tal: i) que se realice por escrito; ii) que sea otorgado ante notario público y iii) que cumpla con los otros elementos adicionales que revisten a la escritura pública de seguridad jurídica. A su vez, esta es pública dado que todas las personas tienen acceso a ella, salvo casos especiales como el testamento cerrado.

El perfeccionamiento de la escritura pública consta de la recepción, extensión, otorgamiento y autorización: i) recepción: las personas interesadas solicitan al notario de forma rogada la

⁵⁷ Decreto 960 de 1970, artículo 13.

extensión de una escritura que contendrá uno o varios actos jurídicos; ii) extensión: cuando el notario lleva por escrito dichas manifestaciones de voluntad; iii) otorgamiento: consiste en que los intervinientes den su aprobación o asentimiento expreso el cual se realiza mediante la impresión de sus firmas; iv) autorización: se determina mediante la firma por parte del notario, con lo cual se da fe de que su contenido y las diferentes declaraciones corresponden efectivamente a la realidad, lo que ejecuta luego de verificar el cumplimiento de los requisitos pertinentes y en atestación pública de que las declaraciones han sido realmente emitidas por los interesados (artículo 14, Decreto Ley 960 de 1970).

Durante el proceso de “perfeccionamiento” de una escritura puede incurrirse en nulidad, lo que acontece cuando se omite el “cumplimiento de los requisitos esenciales”, o pueden ocurrir irregularidades de menor entidad “desde el punto de vista formal” (título III Decreto Ley 960 de 1970; Sentencia del 31 de enero, 1995).

Cuando el acto o negocio jurídico que se celebra tiene por objeto la transferencia, limitación o gravamen de un inmueble, precisa de ciertos requisitos cuya ausencia, en algunos casos, puede llegar a configurar la nulidad de la escritura pública (Arévalo, 2014). De manera textual señala la ley:

Los inmuebles que sean objeto de enajenación, gravamen o limitación se identificarán por su cédula o registro catastral si lo tuvieren; por su nomenclatura, por el paraje o localidad donde están ubicados, y por sus linderos. Siempre que se exprese la cabida se empleará el sistema métrico decimal. (Decreto 960, 1970, Art. 31)

A más de lo anterior, los inmuebles se identifican con el número de folio de matrícula inmobiliaria expedido por la oficina de registro correspondiente.

Asimismo, en virtud al deber de control de legalidad sobre los documentos que autorizan los notarios⁵⁸, es obligación del notario exigir la presentación de las autorizaciones por parte de la autoridad de tierras así como la verificación de las condiciones temporales y personales en caso de ser predios adjudicados en programas de titulación de tierras, tal y como quedó establecido en el primer capítulo de esta investigación⁵⁹.

Pero no son solo estos deberes normativos los que deben concurrir en los adquirentes de este tipo de predios y que deben ser verificados por el notario al momento de autorizar la escritura pública; en zonas de violencia generalizada también debe ser de estricta observancia la normatividad que protege a las víctimas de desplazamiento forzado⁶⁰.

Así en el folio de matrícula inmobiliaria no se encuentre anotación relacionada con que el predio estuviera afectado por la situación de violencia, el notario está en la obligación de verificar toda esta legislación, reglamentos e instrucciones, en tanto es el marco legal que debe atender la transferencia de un predio rural en condiciones especiales de violencia.

En esa medida, no solo debe atenderse a las normas que regulan la propiedad⁶¹, sino que en consideración a que el Estado colombiano ha impuesto como un deber de todas las autoridades prevenir el desplazamiento forzado –fenómeno que como se vio se encuentra ligado al despojo jurídico de tierras–, en caso de presentarse circunstancias excepcionales que le hicieran considerar

⁵⁸ Artículos 6 y 21 del Decreto 960 de 1970 y 3 del Decreto 2148 de 1983.

⁵⁹ Artículo 37 de la Ley 135 de 1961 modificado por el artículo 13 de la Ley 30 de 1988, el inciso 1º del artículo 51 y párrafo 1º del artículo 51 de Ley 135 de 1961 modificada por la Ley 30 de 1988, párrafo 1º del artículo 32, inciso 4º y 7º del artículo 39 y artículo 44 de la Ley 160 de 1994; y párrafo 1º del artículo 8 del Decreto Ley 902 de 2017, por el cual se implementa la Reforma Rural Integral.

⁶⁰ La Ley 387 de 1997, Ley 1448 de 2011, Decreto 768 de 2008, Decreto 2007 de 2001, Decreto 4720 de 2009, Decreto 790 de 2012; instrucciones expedidas por la Superintendencia de Notariado y Registro 08 de 2008, 10 de 2010, 15 de 2010, 17 de 2010, 28 de 2010; circulares expedidas por la Superintendencia de Notariado y Registro 107 de 204 y 140 de 2008.

⁶¹ Artículo 28 de la Ley 153 de 1887: “Todo derecho real adquirido bajo una ley y en conformidad con ella, subsiste bajo el imperio de otra; pero en cuanto a su ejercicio y cargas, y en lo tocante a su extinción, prevalecerán las disposiciones de la nueva ley”.

al notario que una persona estaba siendo coaccionada o llevada a transferir sus predios por el contexto del conflicto armado en condiciones lesivas, le concurre no solo el deber de denuncia, sino la obligación de negarse a correr la escritura o dejar las constancias respectivas en el instrumento para efectos de no legalizar situaciones irregulares de compra de tierras en el tráfico jurídico.

En relación con la conducta notarial investigada puede interpretarse de las dos maneras, pues por un lado se podría considerar que la autorización de la escritura sin los requisitos es una conducta *activa* al suscribir la misma, y por el otro que no exigirlos a los contratantes constituye una *omisión* independiente de la suscripción del instrumento público. Cualquiera de las interpretaciones que se acoja, lo cierto es que en ambas se produce una infracción al deber legal especial alrededor del cual gira o se fundamenta la protección del bien jurídico, pues se contraría de manera manifiesta el orden vigente, como se explicó líneas atrás.

En ese orden de ideas, al determinarse que existe una contradicción evidente y grosera con el sentido literal de la normas y su concreta finalidad, al ser esa interpretación inexplicable en razón al contexto generalizado de violencia que constituye un hecho notorio y ante la violación de derechos legítimos de la población campesina víctima de desplazamiento forzado, tendrá que reconocerse que la escritura pública es manifiestamente ilegal y por ende demostrativa de prevaricato. Es este un comportamiento que lesiona el bien jurídico de la administración pública, entendido como manifestación de la función pública que debe operar con dignidad, prestigio, buen proveer, legalidad, imparcialidad y confianza.

3.3.1 Concurso aparente entre la “Falsedad ideológica en documento público” y el “Prevaricato”

No obstante las consideraciones expuestas en relación con el delito de “prevaricato”, tanto en la modalidad de acción como en la de omisión, corresponde analizar si se produce un caso de concurso aparente entre el delito de “falsedad ideológica en documento público”, como en efecto se concluyó en el subcapítulo anterior que podría presentarse, y el delito de “prevaricato”.

Para empezar, el concurso de conductas punibles lo previó el legislador en el artículo 31 del Código Penal actual (2000)⁶² y en el anterior (1980) en el Capítulo cuarto, artículos 26⁶³ a 28.

En relación con el concurso aparente, explicó el profesor Sampedro (2011), el intérprete se enfrenta a un escenario en el cual, *prima facie*, parece que existe un concurso de tipos penales, bien debido a que la conducta se adecúa a varios tipos a la vez o al mismo varias veces, o por el otro lado, a que aparentemente se esté ante una pluralidad de acciones que se ajustan al mismo tipo penal cuando en realidad es solo una fraccionadamente realizada.

En el caso investigado, se considera que la conducta del notario que autoriza la transferencia de bienes sometidos al régimen de dotación de tierras en zonas de violencia generalizada, sin que concurren los requisitos para ello, es una sola acción u omisión como se precisó en precedencia, y se ejecuta al momento de suscribir la escritura pública. Este hecho bien podría encuadrarse

⁶² “Artículo 31. Concurso de conductas punibles. El que con una sola acción u omisión o con varias acciones u omisiones infrinja varias disposiciones de la ley penal o varias veces la misma disposición, quedará sometido a la que establezca la pena más grave según su naturaleza, aumentada hasta en otro tanto, sin que fuere superior a la suma aritmética de las que correspondan a las respectivas conductas punibles debidamente dosificadas cada una de ellas. En ningún caso, en los eventos de concurso, la pena privativa de la libertad podrá exceder de sesenta (60) años. Cuando cualquiera de las conductas punibles concurrentes con la que tenga señalada la pena más grave contemplare sanciones distintas a las establecidas en esta, dichas consecuencias jurídicas se tendrán en cuenta a efectos de hacer la tasación de la pena correspondiente. Parágrafo. En los eventos de los delitos continuados y masa se impondrá la pena correspondiente al tipo respectivo aumentada en una tercera parte”.

⁶³ “Artículo 26. Concurso de hechos punibles. El que con una sola acción u omisión o con varias acciones u omisiones infrinja varias disposiciones de la ley penal o varias veces la misma disposición, quedará sometido a la que establezca la pena más grave, aumentada hasta en otro tanto”.

aparentemente tanto en el delito de “falsedad ideológica en documento público” como en el de “prevaricato”.

Esta apariencia de adecuaciones se soluciona por el criterio de la *especialidad*, según el cual un tipo penal excluye a otro cuando a más de contener las mismas características básicas del subordinado, contiene una o más que aparecen presentes en el hecho concreto (Sampedro, 2011).

En el comportamiento notarial censurado, al modo de ver de quien escribe este texto, el delito de “falsedad ideológica en documento público” en el que el servidor oficial incluye manifestaciones contrarias a la verdad referidas a que el negocio de transferencia de dominio cumple con las exigencias legales reglamentarias, vulnera la confianza colectiva introduciendo en el tráfico jurídico un documento público –título de propiedad– con potencial de ser registrado ante la Oficina de Registro de Instrumentos, pero también se produce una infracción al deber jurídico que recae en el notario, puesto que se contradice de manera manifiesta el orden jurídico. Por ende, se considera que en virtud al criterio de especialidad, la falsedad excluye al prevaricato en la medida en que contiene más características que la grosera contradicción normativa, entre ellas la incorporación en el tráfico jurídico de un documento mendaz.

De acuerdo con ello, se concluye que se produce un concurso aparente de tipos penales, y según el criterio de especialidad, la conducta notarial hasta este momento puede ser incorporada en el delito de “falsedad ideológica en documento público”, pues ya se vio que no puede encuadrarse en ninguna de las modalidades de desplazamiento forzado.

3.4 Usurpación de inmuebles

En el Capítulo VII del Código Penal, se consagraron los delitos contra el patrimonio económico, entre los que se encuentra el hurto, la extorsión, la estafa, el abuso de confianza, y las distintas

modalidades de defraudaciones. En el Capítulo VII de la usurpación, se incorporó el delito de “Usurpación de inmuebles” (artículo 261).

Por otra parte, en el Código Penal anterior, como delito contra el patrimonio económico (título XIV), en el capítulo séptimo, artículo 365, se incluyó el delito de “Usurpación de tierras”⁶⁴, denominación que cambió el legislador del 2000.

El delito vigente en nuestra legislación se encuentra descrito de la siguiente manera:

Artículo 261. Usurpación de inmuebles. (Artículo modificado por el artículo 9 de la Ley 1453 de 2011): El que para apropiarse en todo o en parte de bien inmueble, o para derivar provecho de él destruya, altere, o suprima los mojones o señales que fijan sus linderos, o los cambie de sitio, incurrirá en prisión de [...].

Si con el mismo propósito se desarrollan acciones jurídicas induciendo a error o con la complicidad, favorecimiento o coautoría de la autoridad notarial o de registro de instrumentos públicos, la pena será de prisión entre cuatro y diez años.

La pena se duplicará, si la usurpación se desarrolla mediante el uso de la violencia o valiéndose de cualquiera de las conductas establecidas en el Título XII de este libro.

Antes de la modificación introducida por la Ley 1453 de 2011, este delito se encontraba previsto de la siguiente forma:

El que para apropiarse en todo o en parte de un bien inmueble, o para derivar provecho de él destruya, altere, o suprima los mojones o señales que fijan sus linderos, o los cambie de sitio, incurrirá en prisión de [...].

⁶⁴ Artículo 365. Usurpación de tierras. El que para apropiarse en todo o en parte de bien inmueble, o para derivar provecho de él destruya, altere, o suprima los mojones o señales que fijan sus linderos, o los cambie de sitio, incurrirá en prisión de uno a tres años y multa de un mil a veinte mil pesos.

Para efectos de no variar el estudio del tipo penal a partir de la teoría del bien jurídico, debemos referirnos, de manera general, al bien jurídico tutelado del patrimonio económico. En ese sentido, al igual que se hizo para explicar el bien jurídico de la fe pública, para efectos de analizar el bien jurídico que nos ocupa en esta apartado, de manera breve nos referiremos a las teorías confeccionadas para definir el concepto de patrimonio por parte de la doctrina especializada, de acuerdo con la clasificación realizada por el profesor Suárez (2013):

- El concepto jurídico del patrimonio: el bien jurídico estaría integrado por el conjunto de derechos y deberes patrimoniales reconocidos por el Derecho Civil, con independencia de que fuera o no evaluable económicamente. El perjuicio patrimonial lo constituiría el deterioro de un derecho subjetivo reconocido por el Derecho Civil, sin tener en cuenta el valor económico de la relación lesionada, por lo que se daría protección a relaciones posesorias que versen sobre cosas sin valor económico y con solo valor de afección o valor sentimental. Como esta teoría se muestra inadecuada para fijar el bien jurídico en los delitos patrimoniales, ello motivó el abandono por la casi totalidad de la doctrina.
- El concepto económico de patrimonio: plantea que solo se tiene en cuenta lo económico de este bien jurídico, por no supeditar la protección penal del mismo al reconocimiento por parte del ordenamiento jurídico – civil, pues considera suficiente para brindar tal tutela que los bienes tengan un valor evaluable en lo económico. Esta concepción definió el patrimonio como el conjunto de bienes de valor monetario de una persona, traducidos o no en derechos subjetivos, y permitió la protección a las situaciones de hecho no reconocidas por el Derecho civil. Esta concepción tampoco es aceptada mayoritariamente.
- Concepción mixto o jurídico- económico de patrimonio: acoge una combinación de los aspectos positivos de las dos anteriores. Es económica,

puesto que solo los objetos y las posiciones o situaciones dotados de valor pecuniario pueden ser tenidos como elementos del patrimonio, y es jurídica porque la impregna un carácter normativo al dejar por fuera del patrimonio las relaciones que contravienen el ordenamiento jurídico, motivo por el cual no forman parte del patrimonio los bienes que solo tengan valor afectivo o sentimental ni las relaciones solo fácticas originadas en negocios ilícitos. No hay unanimidad con respecto a la clase de relación jurídica que debe obrar sobre el bien dotado de valor económico porque se dan las siguientes posiciones: a) Una que afirma que todo bien o derecho con valor económico que ostente una real protección por parte del ordenamiento jurídico forma parte del patrimonio; b) se considera al patrimonio como conjunto de elementos de valor económico sometiéndolo a límites jurídicos; c) para unos pertenecen al patrimonio los elementos de valor que están a disposición de alguien sin la desaprobación del ordenamiento jurídico; d) para otros el patrimonio debe gozar de la protección del ordenamiento bajo alguna de sus instituciones; y e) para otro sector basta con que dicha situación tenga una sola apariencia jurídica de legalidad. Para el profesor Suárez (2013), estas concepciones adolecen del defecto de construcción propio de las teorías eclécticas, que combinan un principio jurídico y otro fáctico, de modo que ninguno de ellos se aplica en su totalidad.

- Concepto personal o funcional de patrimonio: el patrimonio se define como una unidad estructurada en torno a una persona, cuya tutela se apoya en que el concepto engloba bienes que se destinan a la satisfacción de necesidades personales de su titular y que le permiten desarrollarse de manera libre como sujeto de derecho. Las concepciones personales tienen en cuenta al titular del patrimonio porque dan a la persona un espacio de libre desarrollo. El único referente válido para conseguir la correcta delimitación de los

bienes o derechos que conforman el patrimonio, lo es su titular y la estructuración que esta haga de los bienes que se encuentran bajo su esfera de dominio con la finalidad de auto desarrollarse mediante su uso conforme al espacio vital que ha construido y domina por sí solo.

El bien jurídico del patrimonio, para el profesor Suárez es la particular relación del hombre con los bienes al ejercer aquél sobre estos un derecho dominical, o al reconocer a otro como titular de tal derecho. El bien jurídico, entonces, es el conjunto de relaciones posesorias económicas legítimas. La relación posesoria de conformidad con las reglas del Derecho Civil tiene los siguientes supuestos: i) El contacto material y voluntario del hombre con la cosa: debe existir el contacto material y voluntario con la cosa o el servicio de contenido económico, cuya disposición, a través de la conducta típica, causa daño al titular de la relación; ii) el sujeto: en toda relación posesoria debe existir un sujeto, quien es el titular de la misma. La actuación procesal penal debe orientarse a establecer la titularidad de cada una de las relaciones posesorias que versan sobre el objeto material del delito, en aras de identificar quién ejerce el derecho de dominio, como también quién es titular de derechos desmembrados de aquél, porque a todos les asiste el derecho de recibir indemnización; iii) el objeto: consiste en la cosa sobre la cual se cumple, por parte del sujeto, la dominación de hecho. Es más apropiado hablar de bien debido a que la relación posesoria se ejerce sobre lo que le resulta útil al hombre y puede ser objeto de derechos patrimoniales. El objeto de la relación posesoria es el mismo objeto material del delito, por ello, en los delitos contra el patrimonio, el objeto material es real y por excepción fenomenológico, por lo cual se descarta el objeto material personal. Con respecto a ello, ejemplifica el profesor Suárez que, en el delito de extorsión, el objeto material es la persona sobre quien recae el constreñimiento, porque no se trata de un delito contra las personas, sino contra los derechos patrimoniales; por tanto, en la extorsión

el objeto material es real. En el constreñimiento ilegal, el objeto material sí es personal, porque se trata de un delito contra la libertad (Suárez, 2013).

Finaliza manifestando que el concepto de bien jurídico de patrimonio económico se explica a partir de nociones propias del Derecho Civil, porque ha de entenderse el derecho como un sistema, conformado por sus diversas ramas (penal, civil, laboral, etc.), las cuales vienen a ser subsistemas; por tal motivo, al hacer hermenéutica sobre los institutos de otras especialidades, se debe beber de manera directa de sus fuentes, ya que solo es permitido elaborar particulares conceptos para la rama penal cuando los de otras disciplinas jurídicas no sean aplicables a aquella (Suárez, 2013).

Para la Corte Suprema de Justicia, el bien jurídico del patrimonio económico es el conjunto de derechos y obligaciones susceptibles de ser valorados en términos económicos, más concretamente, dinero (Sentencia del 11 de febrero, 2015).

Sin embargo, como señalaron Cadena y Corredor (2018, pp. 520-521), la Corte Suprema de Justicia ofrece una definición amplia del bien jurídico patrimonio, que no solo alude a un conjunto de bienes, derechos, obligaciones, sino un bien jurídico de carácter individual que busca garantizar la propiedad y demás relaciones jurídicas con contenido económico de las personas con las cosas, servicios o derechos. El derecho penal supera la órbita de protección del derecho civil en la medida en que en el marco del bien jurídico estudiado, ampara relaciones posesorias, de tenencia o de usufructo de una cosa, que puede ser material o inmaterial, pues dentro del objeto de protección, se encuentran bienes no aprehensibles como la electricidad.

Cuando se acometió el estudio del comportamiento notarial, en principio se consideró que este tipo penal ofrecía la protección efectiva a las víctimas de despojo de tierras, pues proveyó de manera expresa la posibilidad de que el notario fuera instrumentalizado por el error inducido por los contratantes, o fuera coautor o cómplice, no obstante, luego de un análisis más preciso, la

descripción típica que incluyó el legislador del 2011 propone una serie de situaciones problemáticas que podrían llevar a afirmar que tampoco ofrece una protección suficiente, pues a nuestro modo de ver, son los servidores públicos que, dentro de sus funciones, constituyen títulos de propiedad, los que despojan jurídicamente a las personas, entre los que se encuentran los notarios, los jueces y los funcionarios de la agencia de tierras.

Lo anterior, en razón a que los particulares ponen en su conocimiento todas las situaciones que se presentan en relación con la tierra y tienen las facultades constitucionales y legales para negar el levantamiento de una escritura pública, denegar las pretensiones de una demanda o negar la adjudicación de un bien cuando los adquirentes, demandantes o solicitantes no cumplen con los requisitos para titularseles la propiedad; es decir, son los servidores públicos los que cometen el despojo jurídico de tierras no los particulares, pues en estos últimos lo que se produce es la apropiación o el aprovechamiento del inmueble.

Previamente a analizar las situaciones problemáticas, debemos partir de que el tipo penal estudiado, en esta oportunidad, no contiene ninguna calidad especial para el sujeto activo, es decir, puede ser realizado por cualquier persona.

El primer inciso del artículo 261 no resulta de interés para esta investigación como quiera que los verbos rectores se enfocan en destruir, alterar o suprimir los mojones o señales que fijan linderos del inmueble o los cambia de sitio, puesto que estos no corresponden con el comportamiento notarial que nos ocupa.

En el siguiente inciso, el legislador, de manera imprecisa e incluso se podría afirmar atentatoria del principio de legalidad (toda vez que no se determina la conducta específica que debe realizar el sujeto activo), de forma vaga alude a que se “desarrollen acciones jurídicas”, términos que no guardan una descripción acorde con un derecho penal democrático, pero que en virtud a reglas de

la lógica podría pensarse cobijaría la celebración de negocios jurídicos por escritura pública, o la presentación de demandas para la declaración de un derecho en concreto o la solicitud de titulación por la autoridad de tierras sobre un inmueble, en todos los casos para apropiarse en todo o en parte o para derivar provecho de él.

Sobre el particular, el profesor Suárez (2013) expresó que en una interpretación aislada y gramatical de este inciso pudiera pensarse que atenta contra el principio de *lex stricta*, el cual exige determinado grado de precisión de la ley penal, porque con solo disponer que “con el mismo propósito” se lleven a cabo las acciones jurídicas de inducción a error a la autoridad notarial o de registro, o con la intervención de dicha autoridad se cumplan tales acciones, no se precisa cuál es la conducta que da lugar a la usurpación de inmuebles. Con todo, agregó que, si se acude a un método de interpretación sistemático por comparación de los dos primeros incisos del artículo 261 del Código Penal, se concluye que la conducta consiste en la apropiación en todo o en parte de bien inmueble mediante la extensión, protocolización y registro de escritura pública falsa, cuyo objeto sea la transferencia no cierta de derechos de dominio y propiedad.

Como quiera que este estudio pretende determinar si la conducta del notario, entendida como despojo jurídico de tierras, se adecúa al tipo penal de usurpación de inmuebles, es menester referirnos a los supuestos que consagra el artículo 261 en sus incisos segundo y tercero.

El segundo inciso del artículo 261 inicia señalando que el propósito del autor es el de apropiarse en todo o en parte de bien inmueble o para derivar provecho de él, es decir que, en el tipo objetivo de este delito, debe existir en el autor el mencionado ingrediente subjetivo que lo comprenden estos dos propósitos.

El ingrediente subjetivo es la expresión que especifica un motivo o estado de ánimo particular para que la conducta sea típica. Se reconocen estos últimos por el empleo de expresiones tales como “con el ánimo de...”, “con el propósito de...”, etc. (Barbosa, 2011).

En tal sentido, para la Corte en la Sentencia C 091 del 15 de febrero de 2017 menciona los ingredientes subjetivos que son los criterios que el legislador ha destinado para describir el móvil de la conducta castigada, elementos que deben ser objeto de prueba en el proceso penal, y que, necesariamente, debe estar presente en el autor.

Estos móviles se introducen para ser autor del delito de “usurpación de inmuebles”, tanto en el caso en que se actúa induciendo en error, como en el caso de la complicidad, el favorecimiento o la coautoría de la autoridad notarial. En los mismos términos en que se produjo el análisis para los delitos de falsedad y prevaricato, si el notario es inducido en error por los contratantes del negocio jurídico en relación con la voluntad de las partes o los requisitos esenciales del negocio jurídico que recaen sobre predios adjudicados en programas de dotación de tierras, por ejemplo, mediante el empleo de documentos falsos, la conducta del notario se tornaría atípica por existir un error de tipo, el cual, independientemente de que sea vencible o invencible, resulta impune en tanto que no existe la modalidad culposa para la “usurpación de inmuebles”.

El artículo 29 del Código Penal dispone que son coautores los que, mediante un acuerdo común, actúan con división del trabajo criminal atendiendo la importancia del aporte. Siguiendo a Hernández (2011):

La coautoría es una forma de autoría, por lo cual, para intervenir en tal calidad en la realización del delito, resulta imprescindible reunir los elementos personales necesarios cuando éstos se exigen en el tipo penal. Este criterio es casi unánime por la doctrina, pues el coautor debe tener en primer lugar el co-dominio del hecho (elemento general de la

autoría) y también las calidades objetivas que lo constituyen en autor idóneo (delitos especiales), así como los elementos subjetivos de la autoría (o de lo injusto) requeridos por el delito concreto”.

Esto último, quiere decir que, para que el notario pueda ser coautor del delito de “Usurpación de inmuebles”, debe recaer en él el ingrediente subjetivo consistente en el propósito de apropiación de todo o de parte del inmueble, o el propósito de derivar provecho del bien. Si no concurre alguna de las dos motivaciones, no puede ser considerado autor ni coautor.

Teniendo en cuenta lo anterior, es necesario mencionar que, de acuerdo con la descripción del ingrediente subjetivo, ninguno de los dos supuestos contempla que el propósito pueda ser en favor de un tercero, de suerte que únicamente puede ser autor el notario que cumpla con estos móviles para sí mismo.

Así las cosas, el despojo jurídico de tierras que es cometido por el notario en los términos de esta investigación, mediante la autorización de negocios jurídicos que recaen sobre bienes sometidos a los regímenes de programas de dotación de tierras, incumpliendo los requisitos para la transferencia de dominio, no encuentra adecuación como autor del delito de “Usurpación de inmuebles”, a menos que el notario sea el que se apropie en todo o en parte o pretenda derivar provecho para sí del inmueble. Sumado a ello, tampoco puede ser considerado coautor si no concurre en él el ingrediente subjetivo.

El Código Penal, en el artículo 30, consagró como partícipes el determinador y el cómplice. En relación con este último, lo definió de la siguiente manera:

Quien contribuya a la realización de la conducta antijurídica o preste una ayuda posterior, por concierto previo o concomitante a la misma, incurrirá en la pena prevista para la correspondiente infracción disminuida de una sexta parte a la mitad.

En concordancia con Hernández (2011), el cómplice (así como el determinador) no tiene el dominio del hecho, y su situación jurídica respecto de la conducta punible, depende del autor. La dependencia del partícipe, en relación con el autor, es lo que la doctrina denomina el principio de la accesoriedad, y sus distintas manifestaciones se plantean así, de acuerdo con la presentación de Peñaranda Ramos: Las cuatro formas de accesoriedad tomadas en cuenta por Mayer eran, como es bien sabido, la accesoriedad mínima (dependencia de una conducta meramente típica del autor), la limitada (dependencia de una conducta típica y antijurídica), la extrema (dependencia de una conducta típica, antijurídica y culpablemente realizada) y la hiperaccesoriedad (dependencia también de las cualidades personales del autor, de modo que las circunstancias agravantes y atenuantes inherentes a la persona gravan o exoneran al partícipe). El legislador del 2000 previó expresamente, a diferencia del legislador de 1980, la accesoriedad limitada, pues tanto la determinación como la complicidad solo se reconocen como punibles frente a conductas antijurídicas del autor. De modo que la responsabilidad del partícipe solo comenzará cuando el autor realice la conducta que, por lo menos, quede en el nivel de tentativa, que se vulnere o ponga en peligro el bien jurídico y que no concurren causales que comprometan la ilicitud de la vulneración (Hernández, 2011).

El aporte en la complicidad puede darse antes de la realización de la conducta punible – complicidad antecedente–, durante la comisión –complicidad concomitante– o después de la consumación, siempre y cuando corresponda a promesas anteriores –complicidad subsiguiente–. La complicidad debe ser dolosa, vale decir, el cómplice debe conocer que está contribuyendo a la realización de una conducta punible; puede ser por acción o por omisión –siempre y cuando no tenga la posición de garante–, y carece del dominio del hecho, pues el interviniente que lo tenga será autor (Hernández, 2011).

En necesario realizar una precisión, debe diferenciarse que en el delito de “Usurpación de inmuebles” el objetivo del autor es la apropiación en todo o en parte del inmueble o la obtención de provecho del mismo, lo que resulta distinto a la conducta antinormativa del despojo jurídico de tierras que, en el criterio esgrimido en el presente trabajo, se comete por servidores públicos que, dentro de sus competencias, se encuentra el constituir títulos de propiedad, y mediante ellos, privar de los derechos de propiedad, posesión, ocupación o tenencia legítima a personas que son coaccionadas o llevadas a transferir sus predios por el contexto de violencia generalizada.

En consecuencia, ante tal diferenciación, se podría decir que el notario puede actuar en complicidad de quien se apropia o saca provecho de un inmueble, pero ello no significa que la ley penal esté protegiendo de manera directa el bien jurídico que se afecta con el despojo de tierras precisado anteriormente, teniendo la obligación de garantizar los derechos de las personas, en especial de las más vulnerables como es el campesinado colombiano, víctima de desplazamiento.

En ese sentido, no solo la responsabilidad penal del notario cómplice estaría sujeta a la comprobación de la conducta típica y antijurídica del autor, lo que dependerá de la eficiente actividad probatoria de la Fiscalía, en especial para probar el ingrediente subjetivo, sino que en virtud a la posición de garantía que recae en el notario en consideración a los deberes positivos asumidos por este dentro de una sociedad configurada (Andrade, 2011). No resultaría apropiado afirmar que el incumplimiento de ejercer el control de legalidad en los términos analizados en este trabajo sea sancionable de manera eficiente como una complicidad, pues se insiste, es el notario, así como el juez y el funcionario de la entidad de tierras, quienes están llamados a cumplir, de manera irrestricta, con todo el ordenamiento jurídico en protección a las víctimas de desplazamiento forzado.

La complicidad del notario en la apropiación o el aprovechamiento del inmueble por parte de un particular, mediante la autorización de la escritura pública que contiene el negocio jurídico, no constituye *per se* el derecho de propiedad en favor del autor del delito de usurpación de inmuebles, pues este solo es el *título* y para efectos de consolidar el derecho de propiedad, se requeriría del *modo*, esto es, la inscripción en el registro de instrumentos públicos, de suerte que podría afirmarse que la complicidad del notario sería concomitante con la del autor; pero se insiste, ello sin consideración de la posición de garantía que recae en él, que en nuestra comprensión haría inviable la configuración de la complicidad pues resultaría merecedor de un reproche penal autónomo por su actuar.

En el segundo inciso del tipo penal de “usurpación de inmuebles”, se remite al tipo penal de “favorecimiento” del notario para el desarrollo de la conducta que tiene como fin la apropiación o el aprovechamiento de un inmueble.

Este delito se encuentra previsto en el artículo 446 del Código Penal en los siguientes términos:

El que tenga conocimiento de la comisión de la conducta punible, y sin concierto previo, ayudare a eludir la acción de la autoridad o a entorpecer la investigación correspondiente, incurrirá en prisión de (...).

Si la conducta se realiza respecto de los delitos de genocidio, desaparición forzada, tortura, desplazamiento forzado, homicidio, extorsión, enriquecimiento ilícito, secuestro extorsivo, tráfico de drogas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, la pena será de sesenta y cuatro (64) a doscientos dieciséis (216) meses de prisión.

Se incluye este delito como atentario del bien jurídico de la eficaz y recta impartición de justicia establecido en el título XVI del Código Penal, frente a quienes obstaculizan la labor de esclarecimiento e investigación de los delitos.

Castro, Bernate y Villamil (2019), precisaron que este delito tiene cuatro requisitos: i) la previa existencia de un delito objeto de encubrimiento. -Para Muñoz (2010) basta que sea típico y antijurídico; por lo anterior, es un delito de referencia, cuya punición viene condicionada por la existencia al menos de otro hecho típico y antijurídico, aunque no es preciso que haya sido judicialmente declarado-; ii) se requiere que el encubridor no participe, como autor o cómplice, en el delito encubierto; pues la conducta de autoencubrimiento llevada a cabo por los autores o los cómplices, se considera un acto posterior copenado que queda consumido por el delito cometido y no da lugar a una punición autónoma; iii) la actuación del encubridor ha de producirse con posterioridad a la realización del delito encubierto y no debe haber sido comprometida o pactada con los intervinientes en dicho delito antes de su comisión. La consumación del encubrimiento se alcanza cuando el sujeto lleva a cabo el acto de auxilio, ocultación del delito o ayuda a los responsables, siendo un delito de consumación instantánea y efectos permanentes; y iv) el tipo subjetivo exige que el autor sea consciente de que la persona a la que va a ayudar en cualquier forma, ha intervenido en la ejecución de un delito como autor o como cómplice. No es necesario que el encubridor conozca con plena concreción la naturaleza jurídica del hecho.

En consideración con lo anterior, podría afirmarse a modo de ejemplo, que el notario incurre en el delito de “favorecimiento agravado” del delito de “usurpación de inmuebles” cuando conoce que el adquirente de un predio sometido al régimen de programa de titulación de tierras y que no cumple con los requisitos para su adquisición, ha desplazado a una persona o grupo de personas, y para efectos de ocultar la violencia ejercida en el vendedor para la transferencia, autoriza la celebración del negocio jurídico certificando la voluntad libre de vicio del campesino, actuación notarial realizada sin concierto previo con el desplazador, sin haber intervenido con actos violentos de desplazamiento.

No debe perderse de vista que la actuación del notario objeto de investigación, afecta derechos de la población campesina que excede el concepto económico del inmueble como activo patrimonial, pues como quedó explicado, los derechos constitucionales afectados a las víctimas de desplazamiento se corresponden con las víctimas del despojo jurídico de tierras, y la afectación de ellas se produce por el incumplimiento de unos deberes normativos por parte del notario que constituye títulos de propiedad pudiendo no autorizarlos si no se cumplen con los requisitos esenciales para la transferencia de bienes especiales. Al ser el delito de “favorecimiento” un delito de referencia, también dependerá de la conducta típica y antijurídica por parte del autor del delito encubierto, lo que a su vez no garantiza la efectiva protección de los derechos afectados a las víctimas del despojo jurídico de tierras.

En tal virtud, se concluye que el delito de “favorecimiento” no protege el bien jurídico afectado con el despojo jurídico de tierras que produce el notario en los términos de la infracción del deber de ejercer control de legalidad.

Loable resulta la incorporación en el inciso tercero del delito de “usurpación de inmuebles” el “uso de la violencia” o cuando el autor actúa “valiéndose de cualquiera de las conductas establecidas en el Capítulo XII del Código Penal”, para agravar la pena por el delito en estudio. Véase que el tipo penal hace alusión al “uso” de la violencia o cuando el autor se “vale” de los siguientes delitos contra la seguridad pública: “Concierto para delinquir”, “Asesoramiento a grupos delictivos organizados y grupos organizados”, “Entrenamiento para actividades ilícitas”, “Terrorismo”, “Financiación del terrorismo y de grupos de delincuencia organizada y administración de recursos relacionados con actividades terroristas y de la delincuencia organizada”, “Utilización ilegal de uniformes e insignias”, “Amenazas”, “Instigación a delinquir”, “Incitación a la comisión de delitos militares”, “Incendio”, “Daño en obras de utilidad social”,

“Provocación de inundación o derrumbe”, “Perturbación en servicio de transporte público, colectivo u oficial”, “Obstrucción a vías públicas que afecten el orden público”, “Siniestro o daño de nave”, “Pánico”, “Disparo de arma de fuego contra vehículo”, “Daño en obras o elementos de los servicios de comunicaciones, energía y combustibles”, “Tenencia, fabricación y tráfico de sustancias u objetos peligrosos”, “Empleo o lanzamiento de sustancias u objetos peligrosos”, “Introducción de residuos nucleares y desechos tóxicos”, “Perturbación de instalación nuclear o radiactiva”, “Tráfico, transporte y posesión de materiales radiactivos o sustancias nucleares”, “Obstrucción de obras de defensa o de asistencia”, “Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones”, “Fabricación, tráfico y porte de armas, municiones de uso restringido, de uso privativo de las fuerzas armadas o explosivos”, “Fabricación, importación, tráfico, posesión y uso de armas químicas, biológicas y nucleares”, “Empleo, producción, comercialización y almacenamiento de minas antipersonal”, y “Ayuda e inducción al empleo, producción y transferencia de minas antipersonal”.

En relación con el bien jurídico de la seguridad pública (Martínez, Sáenz y Castro, 2019), aquel no es solo la condición de paz objetiva general, sino también, en sentido subjetivo, la confianza de la población en la permanencia de este estado. Cobo y Quintanar (s.f.) como se citó en Martínez, Sáenz y Castro (2019) aseguran el bien jurídico protegido es el orden constitucional y la paz pública, la cual se considera un aspecto de la paz social, que se funda en el respeto a la ley y a los derechos de los demás, en el Estado social y democrático de derecho en que el Estado está constituido y se atenta contra ella cuando se utilizan medios violentos que, por trascendencia, producen su quiebra.

Como se aprecia por medio de la vasta enunciación de los delitos que en Colombia son considerados atentatorios contra la seguridad pública, no se encuentra el delito de “Desplazamiento

forzado”, por ende, se puede afirmar que el legislador, por lo menos al precisar el Capítulo XII y vincularlo con la usurpación de inmuebles, no relacionó expresamente este tipo al contexto producido por el desplazamiento forzado.

Sin embargo, en esta agravante se contempla la circunstancia cuando el autor usa la violencia, lo que indica que sí se pretendió sancionar el desarrollo de acciones jurídicas para la apropiación y aprovechamiento de un inmueble mediante actos violentos, que podría incluso vincularse al autor del desplazamiento forzado o a quien se beneficia del mismo.

Ahora bien, resulta importante reiterar que la conducta notarial investigada, tal y como fue analizado frente al delito de desplazamiento forzado, no se desarrolla mediante el empleo de una fuerza o coacción que obliga a los campesinos a transferir o abandonar sus predios, sino que la pérdida de derechos de propiedad, por parte de beneficiarios de programas de dotación de tierras, se produce por una autorización antinormativa por parte del notario; de modo que se puede concluir que al no recaer el ingrediente subjetivo como se vio en precedencia, lo que impide que el notario sea autor o coautor y al no usar la violencia, tampoco podría responder por este tipo de agravante en condición de cómplice de la apropiación, lo que, en definitiva, no protege el bien jurídico vulnerado con el despojo jurídico de tierras causado por el notario.

3.5 Elementos que debe contener el tipo penal para que se proteja el bien jurídico afectado con el despojo jurídico de tierras

El despojo jurídico de tierras, como se ha planteado en este trabajo de investigación, se produce por el incumplimiento del deber normativo del notario (frente a predios sometidos bajo los regímenes de programas de dotación de tierras dentro de políticas de reforma agraria, en zonas de

violencia generalizada), quien autoriza la celebración de negocios jurídicos protocolizados en escrituras públicas en contravía de los requisitos exigidos para la transferencia de dominio.

Se considera que el despojo jurídico lo produce la actuación del notario (así como de los jueces y funcionarios de la autoridad de tierras), porque la Constitución Política de Colombia así como las leyes que regulan el ejercicio de la función notarial, los faculta para negarse a la autorización de la escritura cuando avisoren la nulidad absoluta del negocio por falta de los requisitos esenciales, o dejar las respectivas constancias en el instrumento para efectos de no legalizar en el tráfico jurídico derechos irregulares sobre las tierras que han sido adjudicadas a población vulnerable. Dicha afectación, se produce no solo en relación con la confianza que la comunidad otorga a esta clase de documentos públicos y su potencialidad para ser inscrita ante el registro de instrumentos públicos (modo), sino que trasciende los derechos fundamentales, económicos, sociales y culturales que cobijan a la población desplazada, ya que como se ha expuesto, las víctimas de despojo jurídico son también víctimas de desplazamiento forzado, sea porque han sido coaccionadas directamente a abandonar su tierra o porque el contexto generalizado de violencia los ha llevado al abandono o a la transferencia de dominio en condiciones lesivas; circunstancias que son aprovechadas no solo por los autores del desplazamiento, sino por simpatizantes de uno u otro grupo en conflicto, o por personas naturales o jurídicas con capital para adquirir la tierra o con intereses económicos agroindustriales, ganaderos, mineros, los cuales no pueden ser materializados en zonas de parcelación, colonizaciones dirigidas o unidades agrícolas familiares dentro de los mencionados programas del Estado⁶⁵.

⁶⁵ Roldán (2019): “Algunas zonas de la agroindustria de la palma, y otras industrias extractivas, constituyeron factores vinculados y subyacentes al conflicto armado, a partir del cual se perpetraron directa e indirectamente, graves violaciones a los derechos humanos, el más notorio de los cuales es el desplazamiento forzado” (p. 47).

Podría pensarse, como en efecto se concluyó en este capítulo, que el notario debe responder por el delito de “falsedad ideológica en documento público” y frente a la apropiación o aprovechamiento ilícito del inmueble por un tercero podría considerársele cómplice del delito de “usurpación de inmuebles” (sería autor si concurre en él el ingrediente subjetivo) o responder por el delito de “favorecimiento” si conoce que el adquirente es autor del delito de “desplazamiento forzado”, y, aun así, autoriza el negocio jurídico por escritura pública; pero que, en ambos casos, dependen de la conducta típica y antijurídica del autor de la usurpación o del desplazamiento, respectivamente.

Sin embargo, ante el interés de protección de estos bienes jurídicos, esto es, la fe pública, el patrimonio económico y la eficaz y recta impartición de justicia, el desarrollo jurisprudencial y doctrinal de su contenido, no confieren una debida protección al núcleo esencial de los derechos de la población desplazada (despojada), víctimas que en Colombia se calculan alrededor de siete millones ochocientos dieciséis mil quinientas personas.

Véase que las políticas de reforma agraria que a partir de la Ley 135 de 1961 se han enfocado con mayor énfasis en la titulación de baldíos o tierras adquiridas por el Estado para transferirlas a los campesinos sin tierra, de forma gratuita o mediante subsidio, consideradas medidas progresivas, se evalúan en la práctica como ineficientes por el abandono del Estado en la implementación de proyectos y aportes para la debida explotación de las unidades adjudicadas, por el interés desmedido por los actores del conflicto y particulares de adquirir tierras no solo para efectos del control territorial, sino para la especulación y la concentración productiva e improductiva. A esto, agréguese la falta de protección por parte de los agentes del Estado, incluidos a la luz de la ley penal los notarios, para contener los actores inescrupulosos en su afán de apropiación o aprovechamiento ilegal de la propiedad dirigida a los campesinos.

Ante la desprotección, a la luz del derecho penal, de los derechos de la población víctima de despojo jurídico de tierras, a continuación, de forma concreta, puesto que largo de esta investigación se han planteado elementos necesarios para la protección del bien jurídico afectado con el despojo jurídico, propondremos algunos elementos que, a nuestro modo de ver, deberían ser considerados para efectos de sancionar la actuación de los servidores públicos que constituyen títulos de propiedad en los términos analizados y contener el flagelo inhumano de la pérdida de los derechos de propiedad, posesión o tenencia legítima por parte de la población campesina víctima de desplazamiento forzado.

Se propone la creación de un tipo penal con la denominación “Despojo jurídico de tierras”.

El bien jurídico protegido es el orden económico social. Si bien podría pensarse que el derecho fundamental que se vulnera (al igual que sucede con el tipo penal de desplazamiento forzado), es la libertad individual, en tanto los campesinos y trabajadores agrarios han transferido sus predios en circunstancias extraordinarias relacionadas con el contexto de violencia generalizado, que podría catalogarse de forzadas, en consideración a que es función del Estado la dirección de la economía, lo que no va en contravía del derecho fundamental a la propiedad privada, las políticas de reforma agraria dictadas pretenden regular la tenencia de la tierra en Colombia y, primordialmente, dotar de tierras a las personas que viven en zonas rurales de escasos recursos para que puedan derivar el sustento y puedan obtener un ingreso capitalizable, aunado al hecho que de la economía campesina también depende, en gran medida, la producción alimentaria nacional. La proposición en este bien jurídico protegido por el legislador penal, proviene del compromiso que representa el despojo jurídico de tierras no solo en relación con los derechos constitucionales fundamentales, sino la afectación de derechos sociales, económicos y culturales detallados en el segundo capítulo de esta investigación. Tanto los fenómenos de despojo y

abandono forzado de tierras constituyen una ruptura del equilibrio en las relaciones de las víctimas del conflicto con la tierra, cuando es deber del Estado promover el acceso a la misma a los trabajadores agrarios y garantizar su permanencia en la tierra.

Los delitos contra el orden económico social se encuentran descritos en el Capítulo X del Código Penal. Estos delitos constituyen una modalidad delictiva que, en la mayoría de los casos, tiende a desarrollar su actividad ilícita de manera organizada y planificada, atacando no solamente la economía, sino su orden en general, produciendo de esta forma una ruptura en el equilibrio económico regulado por el Estado. El artículo 224 constitucional dispone que la dirección general de la economía se encuentra a cargo del Estado, el cual deberá intervenir en la producción, distribución, utilización y consumo del medioambiente sano. El orden público económico en sentido estricto, es entendido como aquella parte del orden económico dirigido o intervenido directamente por el Estado, como sujeto de primer orden que impone coactivamente una serie de normas o que planifica el comportamiento de los agentes económicos. En sentido amplio, es entendido como la regulación jurídica de la producción, la distribución y el consumo de bienes y servicios de alta importancia para el cabal desenvolvimiento de la sociedad. (Córdoba y Ruíz, 2019, p. 345-349)

El considerar al orden económico y social como bien jurídico objeto de tutela penal, proviene de la propia Carta Política de 1991, en donde al lado de esta el constituyente labró una Constitución Económica, como quiera que en el artículo 2º de los principios fundamentales se denota el contenido económico en estos, en tanto es un fin del Estado promover la prosperidad general, garantizar la vigencia de un orden justo y promover las condiciones necesarias para que la igualdad entre los asociados se haga efectiva, entre otros aspectos. Es así como para tal efecto, la Constitución garantiza la propiedad privada, aclarando que la única que es objeto de protección es

aquella adquirida por medios lícitos y dentro de los límites del bien común y la libre competencia con responsabilidad, en tanto el empresario es un garante por estar en la obligación de velar porque a partir de su actividad no se deriven daños ni para bienes jurídicos de terceros, ni para bienes colectivos. Un modelo económico así previsto es la suma de una serie de pensamientos que concurrieron en el constituyente de 1991, quien eligió garantizar y dar espacio para un libre mercado, pero sin dejarlo todo a la suerte de este, ni de quienes con su poder económico pueden vulnerar los derechos de los sectores más sensibles -destacan los consumidores, pero a nuestro modo de ver pueden ser considerados los campesinos propietarios que han sido beneficiados en programas de dotación de tierras para garantizar sus derechos constitucionales y para fomentar el desarrollo económico rural-, sino que lo hace dentro del límite del interés general y faculta al Estado para que intervenga en aras de garantizar que ese equilibrio previsto en la Constitución se mantenga con arreglo a las leyes (Ballesteros y Abushihab, 2019).

Cuando los pilares económico-constitucionales se ven perturbados como consecuencia de comportamientos que ponen en inferioridad a una de las partes que interviene en el mercado, o se trasgreden disposiciones cuya política de intervención el Estado ha fijado con el propósito de hacer efectiva la igualdad que prevé la Carta Política de 1991, o se pone en peligro la existencia misma del orden económico y social, es entonces cuando el derecho penal interviene para impedir que esos peligros se concreten en resultados, o para restablecer la confianza en las instituciones antes de que se presente un resultado que genere consecuencias desastrosas para el desarrollo económico y social y, como consecuencia de ello, se vean afectados otro tipo de derechos (Ballesteros y Abushihab, 2019).

Con el criterio surgido de esta investigación, los delitos que atentan contra el orden económico social no solo deben propender por el respeto a la libertad de empresa y la protección de los

consumidores, sino que, al ser el mercado de tierras un sector importante para la economía nacional, los propietarios de tierras son un actor merecedor de tutela estatal, de modo que si hay una alteración económica derivada del conflicto armado que está generando fenómenos de concentración de la tierra o apropiación de inmuebles rurales destinados a la población campesina de escasos recursos, en desmedro no solo de los derechos de esa población vulnerable y en favor de grandes capitales lícitos o ilícitos, afectando el desarrollo social, económico rural, el derecho penal debería dimensionar la afectación desde un punto de vista colectivo sin perjuicio de la vulneración de los derechos individuales que comporta el fenómeno de despojo jurídico de tierras.

El Constituyente (1991) proveyó, en el Capítulo II, el derecho a la propiedad privada como una función social y ecológica dentro de los derechos sociales, económicos y culturales e indicó, en ese mismo título, el deber del Estado de promover el acceso a la propiedad de la tierra de los trabajadores agrarios, deber que, como se expuso en capítulos anteriores, ha pretendido cumplir el Estado con la implementación de políticas de reforma agraria, políticas que son de carácter intervencionista, de suerte que si mediante actos regresivos como el despojo jurídico de tierras se restringe la ejecución de este tipo de políticas y al no ser un fenómeno combatible por los medios extrapenales de forma eficiente, el Estado, en ejercicio *del ius puniendi*, debe otorgar la relevancia colectiva que merece y reconocer la afectación económica y social que conlleva la situación objeto de estudio; lo que conllevaría a considerar el delito de despojo jurídico de tierras como un delito pluriofensivo.

El sujeto activo del despojo jurídico de tierras debe ser cualificado, esto es, el servidor público. Como se precisó en este capítulo, la ley penal sanciona al particular que se apropia en todo o en parte de un inmueble u obtiene provecho del mismo mediante el desarrollo de acciones jurídicas por conducto del delito de “usurpación de inmuebles”; sin embargo, el despojo jurídico de tierras

lo propicia el servidor público, notario, juez de la república y autoridad administrativa de tierras que acceden a la protocolización del negocio jurídico mediante escritura pública, a las pretensiones de una demanda por la cual se priva de la legítima propiedad o a la titulación o a la revocatoria de una adjudicación para readjudicar a un victimario, respectivamente. En consecuencia, se considera necesario que el delito sea especial, en el que el autor del despojo jurídico sea un servidor público que, dentro de sus facultades constitucionales y legales, tenga la constitución de títulos de propiedad y los registradores de instrumentos públicos que inscriben los mismos (autoridades respecto de las cuales no recayó esta investigación).

La conducta de despojar jurídicamente. En consonancia con el concepto de despojo de tierras, previsto en el artículo 74 de la Ley 1448 de 2011, consideramos que la conducta a sancionar debe ser la de “privar” a una persona de la propiedad, posesión, ocupación o tenencia legítima mediante la autorización de negocio jurídico por escritura pública, proferimiento de sentencia o acto administrativo, contradiciendo las normas que regulan el ejercicio de la propiedad sobre un inmueble.

La violencia generalizada como elemento normativo. Se considera fundamental que la conducta se limite a las zonas en que se presenten fenómenos de violencia generalizada, en especial de ocurrencia de desplazamientos forzados masivos y otras formas de violencia como el terrorismo.

Se comprenda como un delito de peligro y en blanco. No es necesario que la escritura pública, la sentencia o el acto administrativo sean efectivamente inscritos en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos para consolidar el derecho de propiedad, pues basta con que se autorice la escritura pública, se profiera la sentencia o el acto administrativo para poner en peligro el bien jurídico del orden económico y social. Debe ser un delito en blanco como quiera que se debe

recurrir a normas del derecho civil, administrativo, agrario, entre otras, para comprender su significado. Es decir, se exige la infracción de una normativa extrapenal como elemento del tipo.

Sujeto pasivo de la conducta. Se considera que el sujeto pasivo es el Estado sin excluir la afectación de los derechos de los particulares, entre los que se encuentran los campesinos y trabajadores agrarios beneficiarios con programas de dotación de tierras en el marco de políticas de reforma agraria.

4 Conclusiones

Como consecuencia de la investigación tendiente a resolver si la conducta del notario que incumple el deber de ejercer control de legalidad al autorizar escrituras públicas en zonas de violencia generalizada, en las que se enajenen predios titulados en programas de dotación de tierras con inobservancia de las obligaciones establecidas en los regímenes de adjudicación ostenta relevancia penal, se determinó lo siguiente:

En zonas de violencia generalizada, al notario le es exigible un especial control de legalidad sobre los negocios jurídicos en los que intervienen campesinos que, por su condición de vulnerabilidad, fueron beneficiados con políticas de dotación de tierras y que se desprenden de su propiedad, debido a que, en muchos casos se tratan de víctimas directas o indirectas de dicha situación de violencia.

De acuerdo con la ley penal, los notarios responden como servidores públicos por tratarse de particulares que ejercen funciones públicas de manera permanente, de conformidad con lo previsto en el artículo 20 del Código Penal Colombiano.

De esa manera, al analizar la responsabilidad penal del notario, se debe considerar el incumplimiento de sus deberes constitucionales, legales y reglamentarios relacionados con la autorización de escrituras públicas.

Se puede determinar que la regulación de la actividad notarial en Colombia data desde el año 1873 en vigencia del Código Civil de los Estados Unidos de Colombia y, posteriormente, con la Constitución Política de 1991 se incorporó la función notarial de otorgar autenticidad a los actos y las declaraciones que establece la ley, actividad que ha sido objeto de análisis en la jurisprudencia constitucional, precisando que es un servicio público a cargo de particulares, los cuales actúan en desarrollo del principio de descentralización por colaboración; que apareja el ejercicio de una función pública en tanto son depositarios de la fe pública; se encuentran investidos de autoridad; no adquieren el carácter de servidores públicos o de autoridades administrativas en sentido subjetivo u orgánico, pero sí responden como si fueran servidores públicos por ejercer una función pública.

Por lo que, en relación con la autorización de escrituras públicas que recaen sobre predios adjudicados en programas de dotación de tierras, le asiste al notario el deber de conocer e identificar la normatividad especial que regula cada uno de los regímenes que consagra la legislación agraria, para efectos que los contratantes cumplan con los requisitos específicos impuestos por el ministerio de ley, cuya inobservancia le acarrea consecuencias jurídicas civiles, disciplinarias y penales.

Al delimitar el concepto de despojo jurídico, se concluyó que debe ser vinculado con el desplazamiento forzado, fenómeno complejo cuya comprensión implica abordarlo no solo desde el punto de vista jurídico, sino social y político por tratarse de un flagelo causante de una grave emergencia social y calamidad nacional.

No existen estudios que identifiquen los mecanismos de despojo de tierras ni datos empíricos confiables sobre sus causas o los fenómenos que aparece. Sin embargo, los casos particulares que han sido estudiados han permitido visibilizar el problema y hacer un llamado a las autoridades y a la academia no solo para la comprensión del mismo, sino para la construcción de políticas públicas.

De lo anterior, se evidencia que el despojo y el abandono de tierras son conceptos que se encuentran relacionados, pero que cuentan con diferencias esenciales. El abandono se presenta porque la persona se ve impedida para ejercer la administración, explotación y contacto directo con los predios y se ve abocada a desplazarse, lo que puede ser una decisión voluntaria o involuntaria. En el despojo, el propietario es arbitrariamente privado de la propiedad, posesión, ocupación o tenencia legítima, ya sea porque es víctima de delitos asociados a la situación de violencia o porque se aprovecha de esa coyuntura para que se desprenda de la propiedad, posesión, ocupación o tenencia legítima concretándose en un hecho, este despojo de tierras va generalmente acompañado del abandono del inmueble.

A partir de ello, es necesario adoptar políticas públicas agrarias y, en especial, analizar y/o actualizar las políticas criminales para efectos de prevenir la repetición del fenómeno de despojo jurídico, que puede ser considerado el centro de orden legal de pérdida de derechos de propiedad, posesión, ocupación y tenencia legítima de personas en condición de vulnerabilidad que se ubican en zonas de violencia generalizada y se han visto obligadas a desplazarse por acción directa o indirecta de los actores en conflicto.

De esta manera, en el caso de los predios adjudicados en programas de dotación de tierras, es plausible que el conjunto de requisitos que recaen sobre predios que han sido adjudicados en los distintos regímenes debe ser observado de manera estricta por los notarios que pretendan autorizar escrituras públicas, máxime si presta sus servicios en zonas con patrones generalizados de

violencia. Lo anterior, puesto que estas exigencias tienen como fin proteger el destino de este tipo de predios como parte de las políticas de reforma agraria, toda vez que dichos programas están dirigidos a disminuir la pobreza y la inequitativa distribución de la tierra en Colombia.

Así las cosas, el bien jurídico afectado con el despojo jurídico de tierras es de tipo normativo pero dinámico, y en la actualidad, de gran importancia ante las cifras abrumadoras de desplazados que ha dejado el conflicto armado interno, víctimas que se han visto inmersas en situaciones de abandono o despojo de sus tierras, y que en el marco de procesos de justicia transicional se vuelven el centro de las políticas de reparación-restitución. La no repetición de esas conductas dependerá de la protección efectiva y la sanción penal de comportamientos que generan una afrenta a la dignidad del ser humano y de comunidades enteras.

Por otra parte, al determinar si el incumplimiento del deber de control de legalidad del notario es una conducta constitutiva del despojo jurídico de tierras y, a su vez, si ostenta relevancia penal en virtud del principio de la necesidad de intervención, se pudo concluir que la relevancia penal de incumplir el ejercicio de control de legalidad por parte del notario en zonas de violencia generalizada, se deriva de los deberes de cumplimiento de las normas creadas por el Estado y que regulan su función pública; no resulta racional que tal conducta deba quedar en la impunidad porque la propia Constitución consagra como un fin esencial la protección de las personas en su vida, honra, bienes y demás derechos y libertades. Lo anterior, fijando como un deber especial el de promover el acceso a la propiedad de la tierra de los trabajadores agrarios, consagrado como un derecho económico, social y cultural.

Se puede inferir que, en relación con las tres modalidades en que la legislación colombiana sanciona el desplazamiento forzado, en primer lugar, como atentatorio contra el Derecho Internacional Humanitario, el notario no forma parte de las fuerzas armadas ni de los grupos

armados irregulares, no está facultado constitucional ni legalmente para formar parte de las hostilidades, de modo que el comportamiento objeto de investigación no se puede incorporar a estos tipos penales; además, la responsabilidad penal que compromete al notario, está enmarcada en los deberes normativos que le corresponden en su calidad de servidor público a la luz de la ley penal, por ende, a menos que el servidor haga parte de un grupo al margen de la ley, desde el punto de vista de su deber jurídico, continúa gozando de las protecciones asignadas a los civiles y no es considerado un objetivo militar. Las mismas consideraciones expuestas recaen frente al delito de “Destrucción y apropiación de bienes protegidos”, pues también requiere un sujeto activo cualificado, calidad que no recae en el notario.

En el “desplazamiento forzado” como delito atentatorio contra la libertad individual y otras garantías, el comportamiento notarial censurado tampoco puede adecuarse, pues si bien el hecho del despojo jurídico se encuentra relacionado con el desplazamiento, la conducta que incorpora este tipo penal es primariamente de naturaleza violenta, elemento que no concurre en el incumplimiento de ejercer control de legalidad por el notario. Tampoco se podría encuadrar en el desplazamiento forzado como delito de lesa humanidad, toda vez que se requiere la realización de actos violentos de coacción y que generen temor al punto que las víctimas abandonen su lugar de residencia; además, tendría que concurrir las condiciones de generalidad y sistematicidad que, evidentemente, no encuadran en el comportamiento investigado.

Adicionalmente, la sanción de nulidad absoluta del negocio jurídico y la medida de restitución jurídica de tierras no suministran rasgos de eficacia, pues en el primer caso solo aplica cuando se prueba que la voluntad del vendedor fue directamente coaccionada por el comprador –así se aproveche de la fuerza ejercida por un tercero–, más no en virtud del contexto de violencia

generalizada; y en el segundo evento, se trata de una medida de carácter transitorio mientras se encuentren vigente la Ley 1448 de 2011.

Sumado a ello, fue posible determinar que la variedad de normas extrapenales que contrarrestan el despojo jurídico de tierras y su falta de eficacia evidenciada por las cifras del despojo de tierras, generan la necesaria penalización del despojo jurídico como la última medida protectora a la que debe recurrir el legislador ante la falla de los medios de solución social del problema, lo que responde a los principios de subsidiariedad de la protección de bienes jurídicos y *ultima ratio* en consideración a la naturaleza fragmentaria del derecho penal; sin que pueda afirmarse que se incurre en una vulneración de la prohibición de exceso pues los medios extrapenales existentes no han tenido ni tendrán un éxito suficiente.

Frente a la adecuación del comportamiento notarial como atentatorio del patrimonio económico, se aclaró que son los servidores públicos que, dentro de sus funciones, constituyen títulos de propiedad y los que despojan jurídicamente a las personas, entre los que se encuentran los notarios, los jueces y los funcionarios de la agencia de tierras, pues los particulares ponen en su conocimiento los problemas jurídicos en relación con la tierra, mientras que dichos funcionarios cuentan con las facultades constitucionales y legales para negar el levantamiento de una escritura pública, denegar las pretensiones de una demanda o negar la adjudicación de un bien cuando los adquirentes, demandantes o solicitantes no cumplen con los requisitos para titularse la propiedad. En suma, son los servidores públicos los que cometen el despojo jurídico de tierras no los particulares, pues en estos últimos lo que se produce es la apropiación o el aprovechamiento ilegal del inmueble.

Por ello, para imputar al notario la coautoría del delito de “usurpación de inmuebles” es necesario que recaiga en él el ingrediente subjetivo consistente en el propósito de apropiación de

todo o de parte del inmueble o el propósito de derivar provecho del bien. Si no concurre alguna de las dos motivaciones, no puede ser considerado autor ni coautor. Puede ser cómplice de quien se apropia o saca provecho de un inmueble, pero ello no significa que la ley penal esté sancionando de manera autónoma la conducta del servidor que despoja jurídicamente de la tierra.

En cuanto a la responsabilidad penal del notario cómplice, aquella está sujeta a la comprobación de la conducta típica y antijurídica del autor en virtud del principio de accesoriadad limitada, lo que dependerá de la eficiente actividad probatoria de la Fiscalía, en especial, para probar el ingrediente subjetivo.

En consideración a la posición de garantía que recae en el notario, a la luz los deberes positivos asumidos por él, el incumplimiento de ejercer control de legalidad para la autorización de negocios jurídicos en zonas de violencia generalizada que produce afectaciones a derechos de todo orden, no se sanciona de manera eficiente con la mera complicidad del delito de usurpación de inmuebles, toda vez que el notario, así como el juez y el funcionario de la entidad de tierras, están llamados a cumplir de manera irrestricta con el ordenamiento jurídico en protección de las víctimas de desplazamiento forzado.

De esta manera, el notario solo incurre en el delito de “favorecimiento agravado” del delito de “usurpación de inmuebles” cuando conoce que el adquirente de un predio, directamente o por intermedio de un tercero, sometido al régimen de programa de titulación de tierras y que no cumple con los requisitos para su adquisición, ha desplazado a una persona o grupo de personas, y para efectos de ocultar la violencia ejercida en el vendedor para la transferencia, autoriza la celebración del negocio jurídico, certificando la voluntad libre de vicio del campesino, actuación notarial realizada sin concierto previo con el desplazador, es decir, sin haber intervenido en actos violentos de desplazamiento.

Asimismo, cuando el notario incurre en “favorecimiento”, también dependerá de la existencia de conducta típica y antijurídica por parte del autor del delito encubierto, lo que, a su vez, no garantiza la efectiva protección de los derechos afectados a las víctimas de despojo jurídico de tierras.

Analizando las circunstancias de agravación del delito de usurpación de inmuebles, relacionada con los delitos atentatorios contra la seguridad pública, se evidenció que el legislador no vinculó la usurpación de inmuebles con el delito de desplazamiento forzado. Debido a que el comportamiento antinormativo del Notario no se nutre del empleo de violencia, tampoco podría responder por este tipo de agravante en condición de cómplice de la apropiación.

En síntesis, existe desprotección de los derechos de la población víctima de despojo jurídico de tierras y, por ello, se proponen los elementos que deberían ser considerados para efectos de sancionar la actuación de los servidores públicos que constituyen títulos de propiedad en los términos analizados y contener el flagelo inhumano de la pérdida de los derechos de propiedad, posesión, ocupación y tenencia legítima por parte de la población campesina víctima de desplazamiento forzado.

La denominación del tipo penal propuesto es “Despojo jurídico de tierras”, y en relación con el bien jurídico, debería incluirse como atentatorio contra el orden económico y social, en tanto los fenómenos de despojo y abandono forzado de tierras constituyen una ruptura del equilibrio en las relaciones de los propietarios con la tierra con afectación primordial de derechos sociales, económicos y culturales. El despojo jurídico de tierras restringe la ejecución de políticas en relación con una realidad nacional como es el conflicto armado colombiano y al no ser fenómenos combatibles por los medios extrapenales de forma eficiente, el Estado, en ejercicio del *ius puniendi*, debe otorgar la relevancia colectiva que merece la afectación económica y social que

conlleva la situación objeto de estudio, lo que permitiría considerar el delito de despojo jurídico de tierras como un delito pluriofensivo.

En cuanto a la calidad del sujeto activo, debe tratarse de un servidor público que dentro de sus facultades constitucionales y legales tenga la constitución de títulos de propiedad y los registradores de instrumentos públicos que inscriben los mismos; sobre la conducta, debe consistir en “privar” a una persona de la propiedad, posesión, ocupación y tenencia legítima mediante la autorización del negocio jurídico por escritura pública, proferimiento de sentencia o acto administrativo, contradiciendo las normas que regulan el ejercicio de la propiedad del inmueble.

En lo que tiene que ver con ingredientes normativos, la conducta se debe limitar en zonas en que se presenten fenómenos de violencia generalizada, en especial de ocurrencia de desplazamientos forzados masivos. Frente a la comprensión de delito, debe tratarse de uno de peligro, puesto que no es necesario que la escritura pública, la sentencia o el acto administrativo sean efectivamente inscritos en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos, ya que basta con que se autorice la escritura pública, se prefiera la sentencia o el acto administrativo para poner en peligro el bien jurídico del orden económico y social.

Por otro lado, debe ser entendido como un delito en blanco como quiera que se debe recurrir a normas del derecho civil, administrativo, agrario, entre otras. Lo anterior, para comprender su significado. Y en lo que tiene que ver con el sujeto pasivo, debe apreciarse que es el Estado, pero sin excluir la afectación de los derechos de los particulares, entre los que se encuentran los campesinos beneficiarios con programas de dotación de tierras en el marco de políticas de reforma agraria.

5 Referencias

- Abello, J. (2015). La responsabilidad penal del notario en Colombia en el ejercicio de sus funciones públicas. Estudio desde la perspectiva del derecho penal económico. *Revista Prolegómenos Derechos y Valores*, 18, 36, 81-98. DOI:<http://dx.doi.org/10.18359/dere.935>.
- Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera. (2016). Bogotá, Colombia. Editorial Temis.
- Andrade, J. (2011). El delito de omisión. En: *Lecciones de derecho penal parte general*. Segunda Edición (págs. 479). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Arévalo, I., (2014). *El estudio de títulos. El precedente jurisprudencial*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia.
- Ballesteros, F. y Abushihab, N. (2019). *Manual de Derecho Penal Tomo II Parte Especial*, En: Castro, C. Segunda edición (págs. 85-93). Bogotá: Editorial Temis. Parte tercera, capítulo segundo. Delitos contra el orden económico y social que afectan a los consumidores.
- Barbosa, G. (2011). Teoría del delito. Tipo objetivo. En: *Lecciones de derecho penal parte general*. Segunda Edición (págs. 219-220). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Bernate, F., & Gil, N. (2019). Los delitos contra la fe pública. En C. Castro, *Manual De Derecho Penal Tomo II Parte Especial*. (págs. 558-566). Bogotá: Editorial Temis Obras Jurídicas, Universidad del Rosario Editorial. Segunda Edición.
- Caicedo, E. (2001). *Derecho inmobiliario registral. Registro de la propiedad y seguridad jurídica*. Bogotá, Colombia: Editorial Temis.
- Cadena, A. & Corredor, I. (2019). El hurto, la extorsión y las defraudaciones. En C. Castro, *Manual De Derecho Penal Tomo I Parte Especial*. (págs. 520-521). Bogotá: Editorial Temis Obras Jurídicas, Universidad del Rosario Editorial. Segunda Edición.

- Cancino, A.J. (2019). Lecciones de Derecho Penal Parte Especial, Delitos contra la administración pública volumen I, Universidad Externado de Colombia, tercera edición, abril 2019, pág. 253-255.
- Castro, C., Vanegas, M., & Tenorio, F. (2018). Delitos de lesa humanidad y delitos contra las personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario. En C. Castro, Manual De Derecho Penal Tomo I Parte Especial. (págs. 64-130). Bogotá: Editorial Temis Obras Jurídicas, Universidad del Rosario Editorial. Segunda Edición.
- Castro, C.; Bernate, F. y Villamil, D. (2019). Delitos contra la eficaz y recta impartición de justicia. En C. Castro, Manual De Derecho Penal Tomo II Parte Especial. (págs. 488-489). Bogotá: Editorial Temis Obras Jurídicas, Universidad del Rosario Editorial. Segunda Edición.
- Centro Nacional de Memorial Histórica. (2013). “Basta Ya Colombia: Memorias de guerra y dignidad”, Bogotá.
- Centro Nacional de Memoria Histórica. (2016). Tierras y conflictos rurales. Historia, política agrarias y protagonistas. Bogotá, CNMH.
- Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación, Área de memoria histórica. (2009). Línea de Investigación Tierra y Conflicto. El Despojo de Tierras y Territorios. Aproximación conceptual. Bogotá. Instituto de Estudios Políticos y Relaciones internacionales, Universidad Nacional de Colombia. Coordinador del Área de Memoria Histórica Gonzalo Sánchez, Coordinador Línea de Tierras y Conflicto Absalón Machado.
- Congreso de la República (marzo 18 de 1988) Por la cual se modifican y adicionan las Leyes 135 de 1961, 1a. de 1968 y 4a. de 1973 y se otorgan unas facultades al Presidente de la República [Ley 30 de 1988] doi: 38264

Congreso de Colombia. (18 de julio de 1997) Por la cual se adoptan medidas para la prevención del desplazamiento forzado; la atención, protección, consolidación y estabilización socioeconómica de los desplazados internos por la violencia en la República de Colombia. [Ley 387 de 1997]. DO: 43.091

Congreso de Colombia. (24 de julio de 2000) Por la cual se expide el Código de Procedimiento Penal. [Ley 600 de 2000]. DO: 44.097

Congreso de Colombia. (24 de julio de 2000) Por la cual se expide el Código Penal. [Ley 599 de 2000]. DO: 44.097

Congreso de Colombia. (05 de junio de 2002) Por medio de la cual se aprueba el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional. [Ley 742 de 2002]. DO: 44.826

Congreso de Colombia. (23 de diciembre de 2002) Por medio de la cual se prorroga la vigencia de la Ley 418 de 1997, prorrogada y modificada por la Ley 548 de 1999 y se modifican algunas de sus disposiciones. [Ley 782 de 2002]. DO: 45.043.

Congreso de Colombia. (25 de julio de 2005) Por la cual se dictan disposiciones para la reincorporación de miembros de grupos armados organizados al margen de la ley, que contribuyan de manera efectiva a la consecución de la paz nacional y se dictan otras disposiciones para acuerdos humanitarios. [Ley 975 de 2005]. DO: 45.980

Congreso de Colombia. (10 de junio de 2011) Por la cual se dictan medidas de atención, asistencia y reparación integral a las víctimas del conflicto armado interno. [Ley 1448 de 2011]. DO: 48.096

Congreso de Colombia. (19 de diciembre de 2002) Por el cual se reforma la Constitución Nacional. [Acto legislativo 03 de 2002]. DO: 45.040

Consejo de Estado (2019). Sentencia de 9 agosto de 2019. Radicado 23001-2333-000-2010-00475-01. [C.P. Dr. Hernando Sánchez Sánchez]

Constitución Política de Colombia [Const.]. (1991). Artículo 29. [Título II, cap. 1]. Obtenido de <http://www.constitucioncolombia.com/titulo-2/capitulo-1/articulo-29>

Constitución política de Colombia (1991) Artículos 1, 2, 116, 250 y 251 [Título I, V, VIII]. 40da Ed. Legis.

Córdoba, M. y Ruiz, C. (2011). En: Lecciones de derecho penal parte general. Segunda Edición (págs. 345-349). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Correa, J. (2017). Aproximación conceptual a una constitución agraria. Primera Edición. En M. García, Lecturas sobre derecho de tierras tomo I (pág. 25). Universidad Externado de Colombia.

Corte Constitucional, Sala Plena. (27 de junio de 1996) Sentencia C 286 de 1996 [Dr. JOSE GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO]

Corte Constitucional, Sala Plena. (30 de agosto de 2000) Sentencia SU. 1150 DE 2000 [M.P. Dr. EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ]

Corte Constitucional, Sala Plena. (03 de abril de 2002) Sentencia C 228 de 2002. [MP MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA; EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT]

Corte constitucional, Sala cuarta de revisión. (19 de julio de 2002) Sentencia T 556 de 2002 [MP JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO]

Corte Constitucional, Sala Plena. (30 de julio de 2002) Sentencia C 578 de 2002 [MP MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA]

Corte Constitucional, Sala Plena. (01 de octubre de 2002) Sentencia C 805 de 2002 [MP MANUEL JOSE CEPEDA ESPINOSA; EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT]

Corte Constitucional, Sala Plena. (15 de octubre de 2002) Sentencia C 875 de 2002 [MP RODRIGO ESCOBAR GIL]

Corte Constitucional, Sala Plena. (29 de octubre de 2002) Sentencia C 916 de 2002 [MP MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA]

Corte Constitucional, Sala octava de revisión (20 de agosto de 2003) Sentencia T 721 de 2003, [M.P. ÁLVARO TAFUR GALVIS].

Corte Constitucional, Sala Plena. (20 de enero de 2003) Sentencia C 04 de 2003 [MP EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT]

Corte Constitucional, Sala Plena. (03 de junio de 2003) Sentencia C 451 de 2003 [MP EDUARDO MONTEALEGRE LYNETT]

Corte Constitucional, Sala Plena. (15 de julio de 2003) Sentencia C 570 de 2003 [MP MARCO GERARDO MONROY CABRA]

Corte Constitucional, Sala Plena. (09 de septiembre de 2003) Sentencia C 775 de 2003 [MP JAIME ARAÚJO RENTERÍA]

Corte Constitucional, Sala Plena. (07 de octubre de 2003) Sentencia C 899 de 2003 [MP MARCO GERARDO MONROY CABRA]

Corte Constitucional, Sala Tercera de Revisión. (12 de junio de 2003) Sentencia T 694 de 2000 [MP EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ]

Corte Constitucional, sala tercera de revisión (22 de enero de 2004) Sentencia T 025 de 2004. [M.P. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA]

Corte Constitucional, Sala Cuarta de Revisión. (12 de febrero de 2004) Sentencia T 114 de 2004 [MP JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO]

Corte Constitucional, Sala Plena. (09 de junio de 2005) Sentencia C 591 de 2005 [MP CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ]

Corte Constitucional, Sala Plena. (26 de septiembre de 2005) Sentencia C 979 de 2005 [MP JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO]

Corte Constitucional, Sala Plena. (15 de noviembre de 2005) Sentencia C 1154 de 2005 [MP MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA]

Corte Constitucional, Sala Plena. (17 de noviembre de 2005) Sentencia C 1177 de 2005 [MP JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO]

Corte Constitucional, Sala Plena. (26 de septiembre de 2005) Sentencia C 979 de 2005 [MP JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO]

Corte Constitucional, Sala Plena. (01 de febrero de 2006) Sentencia C 047 de 2006 [MP RODRIGO ESCOBAR GIL]

Corte Constitucional, Sala Plena. (07 de junio de 2006) Sentencia C 454 de 2006 [MP JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO]

Corte Constitucional, Sala Plena. (18 de mayo de 2006) sentencia C 370 de 2006. [MP MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA; JAIME CÓRDOBA TRIVIÑO; RODRIGO ESCOBAR GIL; MARCO GERARDO MONROY CABRA; ÁLVARO TAFUR GALVIS; CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ]

Corte Constitucional, Sala Octava de Revisión. (15 de marzo de 2007) Sentencia T 188 de 2007. [MP ALVARO TAFUR GALVIS]

Corte Constitucional, Sala Plena (25 de abril de 2007) Sentencia C 291 de 2007. [M.P. MANUEL JOSÉ CEPEDA ESPINOSA].

Corte Constitucional, Sala Plena (25 de octubre de 2012) Sentencia C 863 de 2012. [M.P. LUIS ERNESTO VARGAS SILVA].

Corte Constitucional, Sala Plena (28 de marzo de 2012) Sentencia C-250 de 2012. [M.P. HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO].

Corte Constitucional, Sala Plena (29 de marzo de 2012) Sentencia C 253A de 2012. [M.P. GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO].

Corte Constitucional, Sala Plena (13 de septiembre de 2012) Sentencia C 715 de 2012. [M.P. LUIS ERNESTO VARGAS SILVA].

Corte Constitucional, Sala Plena (10 de octubre de 2012) Sentencia C 781 de 2012. [M.P. MARÍA VICTORIA CALLE CORREA].

Corte Constitucional, Sala Plena (16 de mayo de 2016) Sentencia C 365 de 2012. [M.P. JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB].

Corte Constitucional, Sala Plena (20 de abril de 2016) Sentencia C 191 de 2016. [M.P. ALEJANDRO LINARES CANTILLO].

Corte Constitucional, Sala Plena. (8 de febrero de 2017). Sentencia C 077 DE 2017. [M.P. LUIS ERNESTO VARGAS SILVA].

Corte Constitucional, Sala Plena. (15 de febrero de 2017). Sentencia C 091 de 2017 [M.P. MARÍA VICTORIA CALLE CORREA].

Corte Constitucional, Sala Plena (19 de octubre de 2017) Sentencia SU 648 de 2017 [M.P. CRISTINA PARDO SCHLESINGER].

Corte Constitucional, Sala Plena (30 de enero de 2019) Sentencia C-029 de 2019 [M.P. ALBERTO ROJAS RÍOS]

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal (16 de agosto de 1983) Auto de 16 de agosto de 1983 [M.P. ALFONSO REYES ECHANDÍA].

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil (31 de enero de 1995) Sentencia del 31 de enero de 1995, Expediente 4293. [M.P. Dr. PEDRO LAFONT PIANETTA].

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal (27 de mayo de 2003) Sentencia de 27 de mayo de 2003. Radicación 18.850. [M.P. YESID RAMÍREZ BASTIDAS].

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal (10 de marzo de 2010). Sentencia 32422 de marzo 10 de 2010. M.P: Julio Enrique Socha Salamanca. Bogotá D.C, Colombia. Obtenido de http://legal.legis.com.co/document/Index?obra=jurcol&document=jurcol_8149362f1e5f4028e0430a0101514028

Corte Suprema de Justicia., Sala de Casación Penal (28 de agosto de 2013) sentencia radicación 36460. [M.P. MARÍA DEL ROSARIO GONZÁLEZ MUÑOZ]

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal (5 de marzo de 2014) sentencia radicación 36337[M.P. EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER].

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal (26 de marzo de 2014) sentencia radicación 38795. [M.P. JOSÉ LUIS BARCELÓ CAMACHO].

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal (11 de febrero de 2015) SP8753-2016. Radicación No. 39290. (Aprobado Acta No. 194). Bogotá D.C.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, (1 de julio de 2015) Sentencia de 1º julio 2015, Radicación 4510, [M.P. EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER].

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal (10 de mayo de 2017) Sentencia radicación 45147 [M.P. EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER]

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal (29 de junio de 2015) sentencia Radicación 24724, [M.P. EYDER PATIÑO CABRERA].

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal (15 de julio de 2015) Sentencia Radicación 45795 [M.P. EYDER PATIÑO CABRERA]

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal (15 de julio de 2015) Sentencia SP9145 de 15. [M.P. EYDER PATIÑO CABRERA].

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal (29 de junio de 2016) Sentencia radicación 39290 [M.P. JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA]

Corte Suprema de Justicia (2 de agosto de 2017) Sentencia Radicación 42589. [M.P. PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR].

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil (15 de mayo de 2019), Sentencia SC1681 de 2019. Radicado 85230-3189-001-2008-0009-01. [M.P. LUIS ALFONSO RICO PUERTA].

Cuarto Convenio de Ginebra (1949) Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra [artículo 3º Común] (fecha de consulta) comité internacional de la cruz roja [recuperado de: <https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/treaty/treaty-gc-1-5tdkna.htm>].

Departamento Administrativo de la Presidencia. (11 de marzo de 1999) por el cual se asigna una función. [Decreto 489 de 1999]. Do: diario oficial. Disponible en: enlace

Departamento Administrativo de la Presidencia (abril 20 de 2012). Por el cual se trasladan las funciones del Sistema Nacional de Atención Integral a la Población Desplazada por la Violencia – SNAIPD, al Sistema Nacional de Atención y Reparación Integral a las Víctimas y del Consejo Nacional de Atención Integral a la Población Desplazada –

- CNAIPD, al Comité Ejecutivo para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas.
[Decreto 790 de 2012] do: 48.407.
- Fernández, J. (2007). Derecho penal liberal de hoy. Introducción a la dogmática axiológica jurídico penal. Grupo editorial Ibáñez, págs. 159- 162 y 273-281).
- Forero, G. (2018). Acumulación de Unidades Agrícolas Familiares y de predios inicialmente adjudicados como baldíos. En M. García, Lecturas sobre derecho de tierras tomo II Primera Edición (págs. 379-380). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Garzón, A. (2018). Delitos contra la libertad individual y otras garantías. En C. Castro, Manual De Derecho Penal Tomo I Parte Especial. (pág. 282). Bogotá: Editorial Temis Obras Jurídicas, Universidad del Rosario Editorial. Segunda Edición.
- Gobierno de Colombia & FARC-EP, (2016). Acuerdo final para la terminación del conflicto y la construcción de una paz estable y duradera. Bogotá, Colombia. Editorial Temis.
- Gómez, C. (2005). El principio de la antijuridicidad material. Bogotá: Giro Editores, quinta edición, págs. 29-43.
- Gómez, C. (2015). Introducción al derecho penal constitucional. Bogotá: Ediciones Nueva Jurídica.
- Hernández, A. (2011). Autoría y participación. En: Lecciones de derecho penal parte general. Segunda Edición (págs. 299). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Mezger, E. (1931). La antijuridicidad en materia penal. Editorial Leyer, Bogotá, Colombia, págs. 59 a 68)
- Ministerio del Interior. (12 de diciembre de 2000) Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 387 de 1997. [Decreto 2569 de 2000]. Do: diario oficial. Disponible en: enlace

Ministerio del Interior. 24 de septiembre de 2001) Por el cual se reglamenta parcialmente los artículos 7º, 17 y 19 de la Ley 387 de 1997. [Decreto 2007 de 2001].

Ministerio del interior. 24 de mayo de 2001) Por el cual se reglamentan parcialmente las Leyes 3ª de 1991 y 387 de 1997. [Decreto 951 de 2001]. .

Ministerio del Interior y de Justicia. 07 de febrero de 2005) *Por el cual se expide el Plan Nacional para la Atención Integral a la Población Desplazada.* [Decreto 250 de 2005]. Do: 45.816.

Ministerio de Agricultura. 03 de octubre de 2006) *Por medio del cual se modifica el artículo 4 del Decreto No 2217 de 1996.* [Decreto 3444 de 2006]. .

Ministerio de Agricultura. 14 de mayo de 2007) *Por el cual se reglamenta parcialmente el artículo 19 de la Ley 387 de 1997.* [Decreto 1660 de 2007]. Do: 46.628.

Ministerio de Agricultura. (30 de noviembre de 2009) por medio del cual se adiciona el Decreto 2007 de 2001 en lo relativo a medidas de protección sobre predios abandonados por la violencia o en inminente riesgo de desplazamiento [Decreto 4720 de 2009] doi: 47549

Ministerio de Agricultura (marzo 2 de 2001) Por el cual se reglamenta parcialmente los artículos 7o., 17 y 19 de la Ley 387 de 1997 [Decreto 2007 de 2001]

Ministerio de Agricultura (29 de mayo de 2017) por el cual se implementa la Reforma Rural Integral [Decreto Ley 902 de 2017]

Ministerio de Justicia (junio 20 de 1970) Por el cual se expide el Estatuto del Notariado. [1] Decreto-Ley 960 de 1970] doi: 33.118

Ministerio del Interior y de Justicia (marzo 12 de 2008) por el cual se reglamenta el artículo 127 de la Ley 1152 de 2007 [Decreto 768 de 2008] doi: 46929

Ministerio de relaciones exteriores (1983) Por el cual se reglamentan los Decretos 0960 y 2163 de 1970 y la ley 29 de 1973. [Decreto 2148 de 1983] doi: 36.331

Muñoz, A., Bustamante, M., Atehortúa, C., Salazar, X., Yepes, M. (2009). Derecho de la población desplazada (Estudio de caso en la ciudad de Medellín. Medellín, Colombia: Sello editorial Universidad de Medellín.

Muñoz, C. (2010). Teoría general del delito, tercera edición, Bogotá: Editorial Temis S.A.

Organización de Estados Americanos (1969) Convención Americana sobre Derechos Humanos (fecha de consulta) San José de Costa Rica [recuperado de: <https://www.cidh.oas.org/Basicos/Spanish/Basicos2.htm>]

Organización de Naciones Unidas (1966) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (fecha de consulta) resolución 2200 A [recuperado de: <https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CCPR.aspx>]

Organización de las Naciones Unidas (1948) Declaración de los Derechos humanos (fecha de consulta) Resolución 217 A (III) [recuperado de: <https://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>]

Organización de las Naciones Unidas (1966) Pacto internacional de derechos económicos, sociales y culturales (fecha de consulta) resolución 2200 A [recuperado de: <https://www.humanium.org/es/pacto-internacional-de-derechos-economicos-sociales-y-culturales-4/>]

Organización de las Naciones Unidas (1989) Convención de los Derechos de niño (fecha de consulta) resolución 44/25 [recuperado de: https://www.unicef.org/ecuador/convencion_2.pdf]

Organización de las Naciones Unidas (1979) convención sobre la eliminación de toda forma de discriminación contra la mujer (fecha de consulta) resolución 34/180, [recuperado de: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cedaw.aspx>]

- Parra, A. (2017). La reforma agraria: el ocaso de una política de inclusión en Colombia. Primera Edición. En M. García, Lecturas sobre derecho de tierras tomo I (págs. 104-109). Universidad Externado de Colombia.
- Primer Convenio de Ginebra. (1949) Convenio de Ginebra para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña [artículo 3º Común] (fecha de consulta) comité internacional de la cruz roja [recuperado de: <https://www.icrc.org/es/doc/resources/documents/treaty/treaty-gc-1-5tdkna.htm>].
- Presidencia de la República de Colombia. (1980). Decreto 100 del 23 de enero de 1980. Diario Oficial No. 35461. [Por el cual se expide el nuevo Código Penal]. Bogotá, D.C.: Colombia.
- Ramírez, J. (2007). Derecho notarial y registral colombiano. Bogotá, Colombia: Editorial Temis.
- Real Academia Española -RAE- (2014). Diccionario de la lengua española. Madrid: Asociación Cultural Galeón de Manila.
- Reyes, Y. (2003). Bien jurídico, prevaricato y abuso de autoridad. Revista Internacional de derecho Penal Contemporáneo, revista No. 3, abril – junio 2003.
- Reyes, Y. (2005). Imputación objetiva. Bogotá, Colombia: Editorial Temis.
- Reyes, A. (2016). La reforma rural para la paz. Bogotá: Penguin Random House Grupo Editorial. Primera edición.
- Roldán, S. (2019). Derecho Transicional de Tierras. Universidad Externado de Colombia. Primera edición, mayo de 2019, pág. 111-115.
- Roxin, C. (2008). Derecho penal parte general Tomo I. Fundamentos la estructura de la teoría del delito. Madrid (España): Thomson civitas.

Sabogal, R. (2018). Los mecanismos de la acción de restitución de tierras: garantías para las víctimas y la reconciliación. En M. García, Lecturas sobre derecho de tierras tomo II Primera Edición (págs. 181-188). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Sampedro, C. (2011). Concurso de tipos penales. En: Lecciones de derecho penal parte general. Segunda Edición (págs. 321-329). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Sepúlveda, C. (2019). El prevaricato. En C. Castro, Manual De Derecho Penal Tomo I Parte Especial. (págs. 451-455). Bogotá: Editorial Temis Obras Jurídicas, Universidad del Rosario Editorial. Segunda Edición.

Superintendencia de Notariado y Registro (03 de marzo de 2008) [instrucción administrativa 08 de 2008] do:

Superintendencia de Notariado y Registro (abril 16 de 2018) [instrucción administrativa 10 de 2018] do47693:

Superintendencia de Notariado y Registro (23 de julio de 2010) [instrucción administrativa 15 de 2010] do: 47779:

Superintendencia de Notariado y Registro (12 de agosto de 2010) [instrucción administrativa 17 de 2010] do: 47799

Superintendencia de Notariado y Registro (29 de octubre de 2010) [instrucción administrativa 28 de 2010] do: 47877

Superintendencia de Notariado y Registro (2004) [circular 107 de 2004] do:

Superintendencia de Notariado y Registro (2008) [circular 140 de 2008] do:

Suárez, A. (2013). Delitos contra el patrimonio económico. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, segunda edición.

Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas. (2015). Acto Administrativo RA 2380 de 2015. [Por la cual se decide sobre el ingreso de una solicitud al Registro de Tierras Despojadas y Abandonadas Forzosamente]. Obtenido de <https://www.restituciondetierras.gov.co/documents/10184/230774/Notificaci%C3%B3n+por+Aviso+Resoluci%C3%B3n+No.+2380+de+2015/37fe1e0d-b974-43f6-a15e-bd2c08c775c2?version=1.0>.

Velásquez, F. (2007). Manual de derecho penal parte general. Medellín, Colombia: Librería jurídica Comlibros.