

DESCONOCIMIENTO DE LA PROPIEDAD COLECTIVA EN COLOMBIA.

A la luz del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

AUTOR

IVONNE MELISSA NIÑO GUTIÉRREZ

DIRECTOR

ANDREA MATEUS RUGELES

COLEGIO MAYOR DE NUESTRA SEÑORA DEL ROSARIO

FALCULTAD DE JURISPRUDENCIA

BOGOTA, COLOMBIA

ENERO 2013

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN.

2. MARCO JURÍDICO INTERNACIONAL.

2.1 DERECHO A LA PROPIEDAD EN EL SISTEMA INTERAMERICANO.

2.1.1. Convención Americana de Derechos Humanos.

2.1.2. Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

2.1.2.1. Pronunciamiento en función consultiva.

2.1.2.2. Pronunciamiento en función jurisdiccional.

2.1.2.2.1. Derecho pluridimensional.

2.1.2.2.2. Confrontación con el derecho a la propiedad individual.

2.1.2.2.3. Equiparación de efectos: Propiedad y posesión.

2.1.2.2.4. Derecho a la identidad: Fundamento del derecho a la propiedad colectiva.

2.1.2.2.5. Interpretación evolutiva.

2.1.3. Obligaciones de los Estados Americanos en el marco de los Artículos 1 y 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

2.1.3.1. Medidas adoptadas por los Estados: Deber de prevenir y reparar.

2.1.3.1.1. Despojo de tierras.

2.1.3.1.2. Delimitación, demarcación, titulación y entrega efectiva de tierras.

2.1.3.1.3. Seguridad jurídica de título de propiedad colectiva.

2.1.3.1.4. Consulta previa.

3. MARCO INTERNO COLOMBIANO DEL DERECHO A LA PROPIEDAD.

3.1. CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LOS DERECHOS DE LAS COMUNIDADES INDÍGENAS Y TRIBALES: DERECHO A LA PROPIEDAD.

4. SISTEMA DE TITULACIÓN Y DEMARCACIÓN DE TIERRAS DE LAS COMUNIDADES AFROCOLOMBIANAS.

4.1. ADJUDICACIÓN DE TERRENOS BALDÍOS QUE HAYAN SIDO Y ESTUVIEREN OCUPADOS POR COMUNIDADES AFROCOLOMBIANAS.

4.2. CLARIFICACIÓN DE TIERRAS ADJUDICADAS A COMUNIDADES AFROCOLOMBIANAS.

4.3. DESLINDE DE TIERRAS ADJUDICADAS A COMUNIDADES AFROCOLOMBIANAS.

5. IMPLEMENTACIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO DE LOS PARÁMETROS DEL SISTEMA INTERAMERICANO EN MATERIA DE DERECHO A LA PROPIEDAD COLECTIVA: COMUNIDADES AFROCOLOMBIANAS

5.1. ANÁLISIS DE LA LEGISLACIÓN EXISTENTE EN MATERIA DE ADJUDICACIÓN DE TIERRAS.

5.1.1. Reconocimiento del derecho a la propiedad con la simple posesión

5.1.2. Legitimidad de las comunidades para solicitar la restitución de las tierras y la titulación formal.

5.1.3. Dominio y manejo de los recursos naturales localizados en territorio ancestral.

- 5.1.4. Validez de las restricciones al derecho a la propiedad privada.
- 5.1.5. Protección previa titulación formal de las tierras colectivas.
- 5.1.6. Procedimiento eficaz, expedito y gratuito.
- 5.1.7. Medidas estatales ajustadas a la cosmovisión de las comunidades afrocolombianas e implementación de procedimientos consensuados.
- 5.1.8. Realización de las medidas de acompañamiento del Estado a las comunidades afrocolombianas, en lo referente a la planeación y fomento de desarrollo económico y social.

5.2. ANÁLISIS DE LA LEGISLACIÓN EN MATERIA DE CORRECCIÓN DE LA DELIMITACIÓN Y DEMARCACIÓN DE TIERRAS.

6. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos – Corte IDH de los últimos años, ha establecido una serie de criterios y medidas que configurarían un catálogo de disposiciones que deben emprender los Estados para garantizar la real protección del derecho de propiedad de las comunidades indígenas y tribales. Dichas medidas deben ser implementadas en los procesos de formalización y titularización de las tierras ancestrales ocupadas, en la delimitación y demarcación del terreno, en la restitución de porciones de tierra pérdida, en la estipulación de criterios para el otorgamiento de tierras alternativas; y en los estudios que tiendan a establecer políticas públicas para la satisfacción de las necesidades de las comunidades relativas a la producción y posesión de la tierra como mecanismo idóneo para el mantenimiento de condiciones de vida digna.

A partir del concepto de interpretación evolutiva del derecho de propiedad, y de la extensión de la implementación de la figura de la posesión efectiva para legitimar los títulos de las comunidades indígenas sobre sus tierras ancestrales a las denominadas tribus tribales¹, se ha ampliado la aplicación de los criterios establecidos para los

¹ Por pueblos tribales se entiende los grupos que poseen tradiciones sociales, culturales y económicas diferentes de la porción restante de la sociedad. Dicha calidad de diferencia, permite la creación de lazos de identidad más profundos dentro de los pueblos y la coexistencia de regulaciones paralelas al orden nacional. Esta identidad se configura alrededor de la institución del territorio. Los pueblos tribales se diferencian de las comunidades indígenas en la medida en que estos pueblos no son indios u oriundos de la región que habitan; sin embargo cuentan con ciertas características similares a los pueblos indígenas, tales como: tradiciones sociales, culturales y económicas divergentes al segmento restante de la sociedad, desarrollando vínculos estrechos con la tierra que habitan, e implementando su propio sistema jurídico. Organización Internacional del Trabajo – OIT. Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales Independientes del 27 de junio de 1989. Art 1, literal A.

casos de comunidades indígenas a otros fenómenos particulares del derecho a la propiedad.

Así las cosas, siendo la Corte IDH la encargada de dar alcance a los derechos y señalar su adecuada interpretación, la jurisprudencia que esta expide es la fuente de derecho principal que permite determinar la manera en la que los Estados Americanos deben cumplir las obligaciones derivadas de los artículos 1 y 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos - CADH, relativas a la obligación de respetar los derechos y al deber de adoptar las disposiciones de derecho interno.

En Colombia, a partir de la expedición de la Constitución de 1991 se han reconocido procedimientos y normas especiales respecto al manejo, titulación, posesión, despojo y restitución de tierras de las comunidades indígenas y grupos tribales. Dicha normativa se encuentra contenida principalmente en la Ley 70 de 1993, Ley 160 de 1994, Decreto 2164 de 1995 y el Decreto 1745 de 1995. Siguiendo lo anterior, en el caso colombiano, resulta pertinente revisar a la luz del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, si aquellos procedimientos y normas especiales, se encuentran ajustados a los parámetros y criterios acerca del alcance e interpretación del derecho a la propiedad establecidos en la jurisprudencia de la Corte IDH.

La regulación colombiana para las tierras de las comunidades indígenas y las comunidades afrocolombianas presenta aspectos divergentes: las primeras poseen una

reglamentación destinada a la ampliación, reestructuración y saneamiento de los resguardos indígenas, y las segundas están regidas bajo un estatuto general de la propiedad colectiva y adjudicación de baldíos. En los dos sistemas, los procedimientos son complejos, tardíos, confusos, requieren de sofisticados prerrequisitos, y ante todo su estructura está basada bajo criterios de una sociedad no indígena y no tribal. Adicionalmente, el compendio normativo en materia de titulación, delimitación y demarcación de tierras de comunidades afrocolombianas antes enunciado, presenta diversas lagunas normativas que se acentúan con la carencia de actualización de dicha regulación a las condiciones actuales si se tiene en cuenta que no ha existido modificación a la misma en los últimos 19 años, y que hacen necesario aplicar analógicamente las disposiciones del Código Civil en materia de propiedad individual a efectos de dar respuesta a los supuestos de hecho no contemplados.

La protección de intereses económicos estratégicos por parte de los Estados y las pretensiones de aplicación general de la ley en el marco de una concepción de igualdad formal, ha generado que en la mayoría de los casos el reconocimiento a las comunidades indígenas y los pueblos tribales sea considerado un obstáculo para lograr una unidad de carácter económico y territorial; así mismo, este debate exige que las políticas públicas a nivel nacional sean establecidas en el marco de las discusiones acerca de la diversidad cultural, la protección a los conocimientos tradicionales y el manejo de la tierra.

Algunas comunidades indígenas indigenistas² problematizan el dilema referente a la compatibilidad de los Derechos Humanos y la ley de origen, considerando que la ley de origen no se puede igualar a la concepción propia del derecho occidental, debido a que son dos sistemas simbólicos de pensamiento diferentes. Para ellos, la concepción occidental parte de supuestos individualistas y de procesos deshumanizadores que restringen la acción del ser humano frente a su prójimo para garantizar la existencia del concepto de dignidad humana. De este debate y en el intento de adaptar la aplicación de la ley occidental a la ley de origen, los pueblos han decidido acudir a los organismos internacionales y a los instrumentos de derecho internacional como la protección del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, elevando peticiones ante la Comisión Interamericana con el objeto de proteger su derecho a la propiedad y a la integridad personal.

En razón a lo anterior el problema jurídico que se intenta examinar es, si en el caso Colombiano, ¿el proceso de adjudicación, deslinde y clarificación de tierras colectivas para comunidades afrocolombianas se encuentra ajustado a los parámetros

² “El conjunto de ideas y actividades concretas que realizan los estados latinoamericanos en relación con las poblaciones indígenas llevan el nombre genérico de indigenismo. Esta ideología surgió durante el segundo cuarto del siglo XX a raíz de prácticas y enfoques diversos que poco a poco fueron tomando cuerpo, se fueron elaborando como una justificación teórica y finalmente cuajaron en diversas estructuras institucionales. (...)El primer congreso indigenista en Pátzcuaro establece, en una declaración solemne, incluida en el acta final, los siguientes condicionantes de la política indigenista: a) El respeto a la personalidad y a la cultura indígena, b) Rechazar los procedimientos legislativos o prácticos que tengan origen en conceptos de diferencias raciales con tendencias desfavorables para los grupos indígenas, c) Igualdad de derechos y de oportunidades para todos los grupos de la población americana, d) Respeto a los valores positivos de la cultura indígena, e) Facilitar a los grupos indígenas su elevación económica y la asimilación y el aprovechamiento de los recursos de la técnica moderna y de la cultura universal, y f) Toda acción que se intente sobre la comunidad indígena deberá contar con la aceptación de la comunidad.”(Stavenhagen, Rodolfo. *Derecho Indígena Y Derechos Humanos En América Latina*. Instituto Interamericano De Derechos Humanos).

y criterios acerca del alcance e interpretación del derecho a la propiedad colectiva establecidos en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos?, y conforme a esto, el objetivo de este texto es contrastar la jurisprudencia de la Corte IDH con los procedimientos y normas especiales de titulación, delimitación y demarcación de la tierra de las comunidades afrocolombianas. Para ello, se hará un breve recorrido por los instrumentos internacionales de relevancia en la temática, recopilando la jurisprudencia de la Corte IDH en función consultiva y contenciosa respecto al derecho a la propiedad colectiva; para posteriormente revisar la historia de la legislación de titulación, delimitación y demarcación de tierras, exponiendo el marco constitucional y jurisprudencial de la normatividad; y finalmente se analizarán los procedimientos y requisitos de forma, que concretan las normas sustanciales, intentando dar respuesta a los vacíos legales mediante la aplicación de las normas vigentes en relación a la propiedad privada individual en términos del derecho privado colombiano.

II. MARCO JURÍDICO INTERNACIONAL.

En el marco de la Organización Internacional del Trabajo - OIT, de la Organización de Naciones Unidas - ONU³ y, del Consejo Económico y Social de Naciones Unidas - ECOSOC se han suscrito diferentes convenios internacionales acerca del reconocimiento de las comunidades indígenas y tribales desde 1957. En 1989 se expidió el Convenio 169 de la OIT, que representa uno de los instrumentos internacionales de mayor influencia en la interpretación de los derechos de estas comunidades; de forma específica, la Corte IDH ha acudido a dicho instrumento en la interpretación del derecho a la propiedad comunitaria⁴.

II.1. DERECHO A LA PROPIEDAD EN EL SISTEMA INTERAMERICANO.

Entre las fuentes normativas más importantes en el marco interamericano se encuentran: (1) la CADH y (2) la Jurisprudencia de la Corte IDH. Si bien, la jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos ha desarrollado los parámetros en relación al derecho a la propiedad colectiva de los pueblos indígenas y tribales principalmente en fundamento a la CADH y la Declaración Americana de los

³ Organización de las Naciones Unidas – ONU. Resolución 61\295 del 13 de septiembre de 2007. Declaración sobre los Derechos de los Indígenas. La Declaración reconoce en su artículo 26 el derecho a la propiedad colectiva de los indígenas asociada a sus tradiciones. Actualmente en el seno de la Organización de Estados Americanos – OEA se encuentra a consideración del Grupo de Trabajo del Consejo Permanente el Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. Pese a que este proyecto aun no ha sido aprobado, tanto la Comisión como miembros individuales de la Corte IDH han hecho uso de sus disposiciones, en el Voto concurrente del Juez Sergio García Ramírez en el Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni, 31 de agosto de 2001, párr. 8, en el Informe No. 75/02, Caso 11.140, Mary y Carrie Dann (Estados Unidos), 27 de diciembre de 2002, párr. 129; y en el informe No. 40/04, Caso 12.053, Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice), 12 de octubre de 2004, párr. 118.

⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos-CIDH. Caso Comunidad Sawboyamaya contra Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia Marzo 29 de 2006. Serie C No. 146. Par 117. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa contra Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia Junio 17 de 2005. Serie C No 125 Párr. 130, 136.

Derechos y Deberes del Hombre⁵, la Corte IDH frecuentemente ha recurrido a otras fuentes de derecho como criterios interpretativos, a saber, el Convenio 169 de la OIT, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas⁶, el Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, entre otras fuentes relevantes.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el *Caso Mayas del Distrito de Toledo (Belice)*, indicó que los tratados multilaterales celebrados dentro y fuera del marco del sistema interamericano son instrumentos interpretativos de gran trascendencia para dar alcance a la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre⁷. Por su parte, la Corte IDH, ha manifestado expresamente en relación al artículo 21 de la CADH que “*considera útil y apropiado utilizar otros tratados internacionales distintos a la Convención Americana (...) para interpretar sus disposiciones de acuerdo a la evolución del sistema interamericano, habida consideración del desarrollo experimentado en esta materia en el Derecho Internacional de los Derechos Humano*”⁸.

⁵ Novena Conferencia Internacional Americana. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Bogotá, Colombia, 1948.

⁶ ONU. Resolución 61\295 del 13 de septiembre de 2007. Declaración sobre los Derechos de los Indígenas.

⁷ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe No. 40/04, Caso 12.053, Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice), 12 de octubre de 2004, párr. 87.

⁸ CIDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa contra Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 127.

Conforme a lo anterior, tanto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos como la Corte IDH han acudido a las interpretaciones efectuadas por los órganos y mecanismos de derechos humanos de la ONU con el objeto de determinar la correcta aplicación de las disposiciones de los tratados internacionales cuyo cumplimiento estos órganos y mecanismos vigilan⁹. Así las cosas, la jurisprudencia elaborada por el Comité de Derechos Humanos¹⁰, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial¹¹; el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales¹² y el Comité de Derechos del Niño¹³, han dinamizado el *corpus iuris* del que se ha servido la Corte IDH para definir las obligaciones de los Estados americanos.

Finalmente, es propio mencionar que los órganos del sistema interamericano de protección de derechos humanos han precisado que la costumbre internacional es igualmente fuente de derecho, al respecto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha considerado que “existe una norma de derecho internacional

⁹ En el caso del pueblo Saramaka, la Corte IDH determinó que Surinam no reconocía en su legislación interna el derecho a la propiedad comunal de los miembros de sus pueblos tribales, y pese a que no había ratificado el Convenio 169 de la OIT, sí había ratificado el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; en consecuencia, la Corte IDH acudió a las interpretaciones realizadas por el Comité de Derechos Humanos y el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, para determinar el contenido del artículo 21 de la Convención Americana en su aplicación a Surinam, reiterando que “conforme al artículo 29.b de la Convención Americana, esta Corte no puede interpretar las disposiciones del artículo 21 de dicho instrumento en el sentido que limite el goce y ejercicio de los derechos reconocidos por Surinam en dichos pactos”. CIDH. Caso del Pueblo Saramaka contra Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 93. Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, S. James Anaya, A/HRC/9/9 (11 de agosto de 2008), párr. 20-30.

¹⁰ Comité de Derechos Humanos. Observación General N° 23 (1994): Artículo 27 (derechos de las minorías), CCPR/C/21/rev.1/Add.5 (1994), párr. 7.

¹¹ Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial. Recomendación General XXIII: Los pueblos indígenas, CERD/C/51/Misc. 23/rev. 1 (1997), párr. 5.

¹² Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales. Observación General N° 7 (1997): El derecho a una vivienda adecuada (párrafo 1 del artículo 11 del Pacto): los desalojos forzados, E/1998/22, anexo IV, párr. 10; Observación General N° 12 (1999): El derecho a una alimentación adecuada (artículo 11), E/C.12/1999/5, párr. 13; Observación General N° 14 (2000), El derecho al disfrute del más alto nivel de salud (artículo 12), E/C.12/2000/4, párr. 12(b) y 27; Observación General N° 15 (2002): El derecho al agua (artículos 11 y 12 del Pacto) E/C.12/2002/11, párr. 7, 16.

¹³ Observación General N° 11 (2009): Los niños indígenas y sus derechos en virtud de la Convención, CRC/C/GC/11 (2009), párr. 16.

consuetudinario mediante la cual se afirman los derechos de los pueblos indígenas sobre sus tierras tradicionales”¹⁴ y, “que varias de las disposiciones centrales de la Declaración de Americana de los Derechos y Deberes del Hombre son obligatorias en tanto costumbre internacional”¹⁵.

Siendo el Convenio No 169 de la OIT “(...) el instrumento internacional de derechos humanos específico más relevante para los derechos de los indígenas”¹⁶, y considerado una de las fuentes más integrales para la interpretación del alcance de los derechos de los pueblos indígenas y tribales y sus miembros, en particular bajo la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre¹⁷, es necesario hacer un análisis de su contenido.

El Convenio 169 de la OIT reconoce las siguientes garantías de las tierras de los grupos indígenas y tribales: (I) Respeto a la importancia cultural y espiritual de las tierras colectivas¹⁸, (II) reconocimiento del concepto de territorios como una especie del género tierras, que permite dar una definición amplia que abarca la totalidad del

¹⁴ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Alegatos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de Awas Tingni contra Nicaragua. Referidos en: Corte IDH. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni contra Nicaragua .Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 140.

¹⁵ *Ibidem*. Informe No. 75/02, Caso 11.140, Mary y Carrie Dann (Estados Unidos), 27 de diciembre de 2002, párr. 163. CIDH, Informe 19/02, Caso 12.379, Lares-Reyes y otros (Estados Unidos), 27 de febrero de 2002, párr. 46.

¹⁶ CIDH. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya contra Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 117.

¹⁷ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Paraguay. Doc. OEA/Ser.L/VII.110, Doc. 52, 9 de marzo de 2001, Capítulo IX, párr. 12. CIDH, Segundo Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en el Perú. Doc. OEA/Ser.L/V/II.106, Doc. 59 rev., 2 de junio de 2000, Capítulo X, párr. 7. Informe No. 75/02, Caso 11.140, Mary y Carrie Dann (Estados Unidos), 27 de diciembre de 2002, párr. 127.

¹⁸ OIT. Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales Independientes del 27 de junio de 1989. Art 13-1.

hábitat que estos pueblos ocupan o usan de alguna forma¹⁹, (III) reconocimiento del derecho de propiedad comunitaria, derivada de la posesión y no necesariamente de la existencia de título formal. La posesión de las tierras no comprende de forma exclusiva las tierras efectivamente ocupadas, adicionalmente incluye el territorio no ocupado de forma permanente pero que tradicionalmente ha sido escenario de vivencias culturales y de actividades de subsistencia²⁰, (IV) las tierras deben ser correctamente determinadas, de acuerdo a la posesión que de las mismas se ha hecho y a las vivencias propias de los pueblos²¹, (V) los Estados son responsables de incorporar en sus ordenamientos jurídicos internos procedimientos de reivindicación de tierras colectivas de las que hubiesen sido desposeídos los grupos étnicos²²; (VI) reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas y tribales frente a los recursos ubicados en las tierras poseídas²³, (VII) establecimiento del procedimiento de consulta previa a la toma de decisiones e implementación de programas de explotación de los recursos localizados en tierras ancestrales²⁴, (VIII) prohibición respecto a la exigencia de traslados, reubicaciones y desplazamientos de las comunidades indígenas y tribales; y en caso que dicha actuación surja de una razón objetiva y justificable, estos pueblos deben ser indemnizados por los daños causados y futuros derivados del desplazamiento²⁵, (IX) el ordenamiento jurídico de los

¹⁹ Ibidem. Art 13, No 2.

²⁰ Ibidem. Art 14, No 1.

²¹ Ibidem. Art 14, No 2.

²² Ibidem. Art 14, No 3.

²³ Ibidem. Art 15, No 1.

²⁴ Ibidem. Art 15, No 2.

²⁵ Ibidem. Art 16, No 1, 2 y 5.

Estados debe prever sanciones para quienes de forma no autorizada emprendan acciones de bloqueo al goce y uso pleno de la propiedad colectiva²⁶; y (X) la normatividad agraria y de tierras de los Estados debe comprender sistemas y mecanismos de adjudicación de tierras para las comunidades cuyas tierras poseídas resulten insuficientes impidiendo el desarrollo y crecimiento normal de la colectividad, así mismo se deben establecer medidas de apoyo económico para la explotación económica de las tierras ancestrales y las adjudicadas²⁷.

Al respecto de la aplicación del Convenio en el ámbito interno de los Estados, la Corte IDH en el caso *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku contra Ecuador*, concluyo que “dado que el Convenio N° 169 de la OIT aplica en relación con los impactos y decisiones posteriores originados en proyectos petroleros, aún cuando éstos hubieran sido contratados con anterioridad a la entrada en vigor del mismo, es indudable que al menos desde mayo de 1999 el Estado tenía la obligación de garantizar el derecho a la consulta previa al Pueblo Sarayaku, en relación con su derecho a la propiedad comunal e identidad cultural, para asegurar que los actos de ejecución de la referida concesión no comprometieran su territorio ancestral o su supervivencia y subsistencia como pueblo indígena”²⁸. La anterior conclusión, la

Corte IDH la obtiene en virtud de la aplicación del artículo 18²⁹ de la Convención de

²⁶ Ibidem. Art 18.

²⁷ Ibidem. Art 19.

²⁸ CIDH. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku contra Ecuador. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245. Párr. 176.

²⁹ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Artículo 18: “Obligación de no frustrar el objeto y el fin de un tratado antes de su entrada en vigor. Un Estado deberá abstenerse de actos en virtud de los cuales se frustren el objeto y el fin de un tratado a) si ha firmado el tratado o ha canjeado instrumentos que constituyen el tratado a reserva de ratificación, aceptación o

Viena sobre el Derecho de los Tratados, conforme al cual, la República de Ecuador estaba obligada a actuar de buena fe y en atención al objeto y fin del Convenio aun antes de su vigencia.

En esta misma línea, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el informe sobre el *caso de las Comunidades Mayas del Distrito de Toledo contra Belice*, explico que: “[s]i bien la Comisión reconoce que Belice no es Estado Parte del Convenio 169 de la OIT, considera que los términos de ese tratado ofrecen pruebas de la opinión internacional contemporánea en relación con cuestiones vinculadas a los pueblos indígenas y, por tanto, que ciertas disposiciones pueden considerarse apropiadamente para interpretar y aplicar los artículos de la Declaración Americana en el contexto de las comunidades indígenas”³⁰.

Finalmente, resulta oportuno realizar una breve mención al Convenio 107 de la OIT de 1957 que plantea principalmente que es necesario delimitar ciertas zonas de tierras baldías con carácter legal de reservas indígenas, con el objeto de crear mecanismos provisionales de adjudicación de tierras³¹.

aprobación, mientras no haya manifestado su intención de no llegar a ser parte en el tratado: o b) si ha manifestado su consentimiento en obligarse por el tratado, durante el periodo que preceda a la entrada en vigor del mismo y siempre que ésta no se retarde indebidamente”.

³⁰ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe No. 40/04, Caso 12.053, Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice), 12 de octubre de 2004, nota al pie No. 123.

³¹ OIT. Convenio 107 sobre Poblaciones Indígenas y Tribales del 26 de junio de 1957. Art 14.

Expuesto esto, seguidamente se examinará la Convención Americana de Derechos Humanos en su condición de fuente principal de derecho del sistema interamericano de derechos humanos.

II.1. 1. Convención Americana de Derechos Humanos.

El alcance originario del artículo 21 de la CADH, parte de una concepción individualista, en la que el titular del derecho a la propiedad es la persona humana individualmente concebida, quien por su calidad de titular posee la facultad de hacer uso y goce de los bienes sobre los que recae el dominio. Por bienes se entiende toda cosa susceptible de valor capaz de ingresar al patrimonio de forma presente o futura (derechos adquiridos), sin importar su corporeidad (corporal e incorporal), su movilidad (mueble, inmueble y semoviente), o cualquier otra categoría. No obstante la concepción individualista, se han creado concepciones de la propiedad desde su función social y ecológica en fundamento a la relativización de este derecho, que solo puede presentarse bajo los criterios de utilidad pública o interés social y, otorgando el Estado una justa indemnización.

El artículo 21 de la CADH define expresamente el derecho a la propiedad como el derecho al uso y goce de los bienes, debido a que jurisprudencialmente no se ha formado un concepto estándar de la expresión “derecho a uso y goce de los bienes”, considero que podría plantearse que dicha expresión implica la posibilidad de disposición del derecho de dominio, la tenencia, el derecho de uso, habitación y

usufructo del bien, así como la facultad de impedir que un tercero ejerza actos de señor y dueño sobre el mismo.

En los trabajos preparatorios de la CADH, fue ampliamente discutido lo referente a la definición del derecho a la propiedad como derecho a la propiedad privada o como el derecho al uso y goce de los bienes. En los estudios de estos trabajos, las delegaciones se adscribieron a tres corrientes ideológicas: 1) la eliminación del derecho a la propiedad en la carta de derechos, 2) la consagración del derecho a la propiedad como derecho a la propiedad privada y, 3) el fortalecimiento de la función social de la propiedad. Del análisis sistemático de los trabajos preparatorios como instrumentos de interpretación se puede inferir que el objetivo de la Comisión Preparatoria era dotar de multidimensionalidad y amplio alcance al derecho a la propiedad³².

Así las cosas, dicha interpretación finalista ha llevado a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte IDH a pronunciarse respecto a la variedad de modalidades de violación al derecho a la propiedad presentadas en los últimos 20 años, obligando a estos organismos internacionales a recurrir a nociones como la “progresividad de los derechos humanos”, con el objeto de lograr una protección general e integra.

³² CIDH. Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni contra Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No 79. Párr. 145.

A modo de ejemplo, en materia de interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha indicado que su interpretación o aplicación “no debe efectuarse conforme al contenido del derecho internacional al momento de su adopción, sino a la luz de los desarrollos continuos en los derechos protegidos en tal instrumento bajo el corpus del derecho internacional de los derechos humanos en su estado actual”³³. Igualmente, ha sostenido que en los eventos de una violación de derechos humanos de los pueblos indígenas o sus miembros, con efectos continuados en el tiempo hasta el presente, el Estado está obligado a reparar en atención a las obligaciones bajo el derecho internacional de los derechos humanos actual, y no a la luz de las obligaciones que eran aplicables al momento de la violación³⁴.

Es por lo anterior, que se puede concluir que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha desempeñado un rol de gran relevancia en relación al desarrollo de la doctrina del alcance y modalidades de protección al derecho a la propiedad; así, son de destacar los Informes de fondo emitidos en las solicitudes realizadas por el pueblo Yanomami³⁵, la población nicaragüense de origen Miskito³⁶, la

³³ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe No. 75/02, Caso 11.140, Mary y Carrie Dann (Estados Unidos), 27 de diciembre de 2002, párr. 167. CIDH. Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el Marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-10/89 del 14 de julio de 1989. Serie A No. 10, párr. 37.

³⁴ *Ibidem*. Informe No. 75/02, Caso 11.140, Mary y Carrie Dann (Estados Unidos), 27 de diciembre de 2002, párr. 97, 124, 167. Informe No. 40/04, Caso 12.053, Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice), 12 de octubre de 2004, párr. 88 y 87. Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos de los Solicitantes de Asilo en el marco del Sistema Canadiense de Determinación de la Condición de Refugiado. Doc. OEA/Ser.L/V/II.106, Doc. 28, 28 de febrero de 2000, párr. 38. Informe No. 52/01, Caso 12.243, Juan Raúl Garza (Estados Unidos), 4 de abril de 2001, párr. 88-89.

³⁵ *Ibidem*. Resolución No. 12/85, Caso 7615, Pueblo Yanomami (Brasil) del 5 de marzo de 1985.

³⁶ *Ibidem*. Resolución sobre el Procedimiento de Solución Amistosa sobre la Situación de los Derechos Humanos de un Sector de la Población Nicaragüense de Origen Miskito. Caso N° 7964 (Nicaragua) 1984.

comunidades indígenas Maya³⁷, Mary y Carrie Dann³⁸; y la Asociación de comunidades indígenas Lhaka Honhat³⁹.

Igualmente, cabe anotar que respecto a la dimensión general del derecho a la propiedad la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en los informes del caso *Santiago Marzioni contra Argentina*⁴⁰, sostuvo que el derecho a la propiedad facultaba al individuo titular para usar, disponer y controlar de forma lícita los bienes sobre los que recae el derecho de dominio, sin implicar que el individuo no debe responder con su patrimonio para efectos sanciones e indemnizaciones derivadas de una decisión desfavorable en el curso de un proceso judicial; de esta forma solo existirá una vulneración al derecho a la propiedad cuando el presunto lesionado acredite que fue impedido de ejercer su potestad de uso y goce sobre un bien de forma injustificada y arbitraria.

En 1970 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos efectuó una de las primeras referencias a la obligación de los Estados de brindar especial protección a las tierras ancestrales, que se consolidó en 1985 en el estudio de la solicitud del pueblo Yanomami del Noroeste de Brasil⁴¹, mediante el señalamiento de la obligación

³⁷ *Ibidem*. Informe No. 40/04, Caso 12.053, Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice) del 12 de octubre de 2004. Párr. 113.

³⁸ *Ibidem*. Informe No. 75/02, Caso 11.140, Mary y Carrie Dann (Estados Unidos) del 27 de diciembre de 2002. Párr. 128.

³⁹ *Ibidem*. Caso N° 12.094. Asociación de Comunidades Aborígenes Lhaka Honhat. (Argentina).

⁴⁰ *Ibidem*. Informe 39/96. Caso 11.673. Santiago Marzioni. (Argentina). Párr. 29.

⁴¹ *Ibidem*. Resolución No. 12/85. Caso 7615, Pueblo Yanomami (Brasil), del 5 de marzo de 1985. Párr. 10 y 11; y punto resolutivo 1 y 2.

de los Estados respecto a la delimitación y demarcación de las tierras. En el análisis de este caso, adicionalmente se manifestó que las violaciones a los derechos de los miembros de las comunidades indígenas y de la comunidad misma, deben examinarse principalmente a partir de la órbita colectiva del derecho a la propiedad, a la vida y a la salud. .

Continuando con las referencias históricas, el primer caso que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos envió a la Corte IDH fue el Caso Comunidad indígena *Mayagna (Sumo) contra Nicaragua*⁴² y, en 1998 la Comisión Interamericana avalo el primer acuerdo de solución amistosa, en el que el Estado Paraguayo se comprometía transferir a las Comunidades Lamexay y Riochito⁴³, las tierras que les correspondían por ocupación ancestral.

II.1.2. Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La Corte IDH, a partir del Convenio 169 de la OIT y de la consagración constitucional de los derechos indígenas en los ordenamientos jurídicos latinoamericanos⁴⁴, mediante sus pronunciamientos judiciales aportó a la

⁴² CIDH. Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni contra Nicaragua. Excepciones Preliminares. Sentencia 1 de febrero de 2000. Serie C No 66.

⁴³ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe No. 90/99. Comunidades Indígenas Enxet-Lamexay y otro, Caso 11.713. Acuerdo de solución amistosa entre el Gobierno de Paraguay y las Comunidades Enxet-Lamexay y Riochito. (Paraguay).

⁴⁴ El derecho a la identidad de estos pueblos y de sus miembros se encuentra consagrado en los artículos 1 y 2 del Convenio 169 de la OIT, e igualmente ha sido incorporado en las Cartas Constitucionales de los Estados Americanos, en el artículo 75 inciso 17 de la Constitución de la Nación Argentina, en los artículos 57, 58 y 59 de la Constitución Política de la República del Ecuador, en los artículos 57, 58, 59, 60 y 61 de la Constitución Política de la República de Guatemala; y en los artículos 7, 68 y 310 de la Constitución Política de Colombia.

consolidación de una nueva concepción social, jurídica, económica y espiritual de la propiedad colectiva de las comunidades indígenas y tribales en el ámbito latinoamericano, al manifestar que estos pueblos gozaban de una protección calificada de sus derechos.

II.1.2.1.Pronunciamientos en función consultiva.

Los pronunciamientos en función consultiva de la Corte IDH, no se han referido específicamente al derecho a la propiedad comunitaria de los pueblos indígenas y tribales, sin embargo, pueden aplicarse algunos de los pronunciamientos respecto al alcance de otros derechos de la CADH, para interpretar dicho derecho. Entre las opiniones consultivas que son de mayor interés al tema que nos ocupa, es pertinente mencionar las siguientes: OC- 018/03 del 17 de septiembre de 2003, OC- 16/99 del 1 de octubre de 1999 y OC-17/02 del 28 de agosto de 2002.

En la Opinión Consultiva OC-018/03 referente a la condición jurídica y derechos de los migrantes, la Corte IDH establece que los derechos humanos pueden ser restringidos atendiendo a los criterios de necesidad y proporcionalidad del fin legítimo que se busca con la limitación. En jurisprudencia posterior, la Corte IDH decantó los criterios enunciados, contemplado tres criterios: necesidad, legalidad y proporcionalidad de las restricciones, en procura de proteger los pilares de la sociedad democrática. El criterio de necesidad debe ser entendido como la inexistencia de otro medio para la consecución del fin legítimo que se busca, cuyas consecuencias sean

más benignas para el posible afectado. Por su parte, el criterio de proporcionalidad responde al análisis de los niveles de afectación a los derechos resultante del sacrificio de la no realización plena de un derecho y la no realización del objetivo perseguido con la limitación del derecho.

Esta interpretación ha sido aplicada de forma reiterada al disponer que el derecho a la propiedad es de carácter relativo, apoyándose igualmente en el concepto de función social de la propiedad, y en el principio de legalidad y de justa indemnización. Concluyéndose con esto, que el derecho a la propiedad puede ser restringido con el cumplimiento de ciertos requisitos, sin que ello implique que el derecho pueda ser interpretado en el sentido de reducir el campo del goce y ejercicio del mismo.

Siguiendo con la interpretación de la Corte IDH, es pertinente mencionar que en la Opinión Consultiva OC 16/99 relativa al derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal, se planteó que el corpus iuris del derecho internacional, debe evolucionar de forma dinámica, en la medida en que este debe desarrollarse para regular cualquier relación entre los Estados y los individuos. Esta interpretación resulta ser el antecedente para el planteamiento de figuras jurídicas como la “progresividad de los derechos humanos” y “la interpretación evolutiva”, fundamento del avance y extensión del alcance del derecho a la propiedad comunitaria de los pueblos indígenas y tribales.

II.1.2.2. Pronunciamientos en función jurisdiccional.

La jurisprudencia en materia de derecho a la propiedad de las comunidades indígenas y pueblos tribales ha indicado un catálogo de obligaciones y responsabilidades de los Estados Americanos en el marco del artículo 1 y 2 de la CADH. Así, el derecho a la propiedad colectiva se ha edificado sobre la base de la asignación de ciertas características y cualidades particulares.

El sistema interamericano de protección de derechos humanos y en general el sistema universal de protección, ha girado la atención al reconocimiento y protección del derecho a la propiedad colectiva sobre las tierras ancestrales a través de la regulación de las formas de apropiación del territorio y de los recursos que en este se pueden encontrar.

La CADH no alude de forma expresa a la dimensión colectiva del derecho a la propiedad. En el caso *Awás Tingni* de 2001, la Corte IDH sostuvo por primera vez que en el artículo 21 de la CADH se incluía una protección al derecho de propiedad comunal de los pueblos indígenas⁴⁵. El postulado principal en los casos en los que se ha discutido una vulneración al derecho a la propiedad colectiva de las comunidades indígenas y tribales, es que las comunidades han ocupado y poseído sus tierras configurando un vínculo con estas, que cualifica la apropiación del terreno a través de

⁴⁵ CIDH. Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingni contra Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No 79. Párr. 148 y 149.

prácticas consuetudinarias; así, sus tierras adquieren la calidad de tierras ancestrales y como consecuencia, la simple posesión de la tierra resulta ser suficiente para aplicar la protección al derecho a la propiedad. De esta forma, la propiedad comunitaria es protegida aunque las comunidades indígenas carezcan de título formal.

Esta concepción particular del derecho de propiedad, se fundamenta en que el vínculo de dominio entre las tierras y estas comunidades no se reduce a la relación patrimonial o de aumento de la riqueza, la real conexión con el territorio es de carácter simbiótico, en la medida en que el territorio es el eje de la existencia de estas comunidades, de la pervivencia de su cultura, de su mantenimiento económico y del desarrollo de su vida espiritual. Por estas razones, el derecho de dominio de las comunidades indígenas sobre sus tierras configura un nexo material e inmaterial, refiriéndose el primero a la producción y posesión, y el segundo a la estrecha relación de contenido espiritual⁴⁶.

Examinado esto, es preciso concluir que las obligaciones de los Estados en el caso de comunidades indígenas respecto al artículo 21 en conexión a los artículos 1 y 2 de la CADH, implican: el reconocimiento de la propiedad con la mera posesión. Sin embargo, los Estados se encuentran obligados a efectuar la titulación, demarcación y

⁴⁶ Corte IDH. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 149. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 120, 124, 131, 137, 146 y 147. Caso Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala. Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de noviembre 2004. Serie C No. 116, párr. 85. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 118, 121, 131. Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 91. Caso Comunidad Moiwana vs. Surinam. (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 15 de junio de 2005, Serie C No. 124, párr. 145.

delimitación del terreno, conjuntamente con el establecimiento de medidas para la restitución de las tierras de las que han sido despojadas las comunidades indígenas y tribales. Esto, mediante la implementación de procesos efectivos de entrega de las tierras perdidas o de tierras alternativas.

Así las cosas, la vulneración al derecho al uso y goce de las tierras ancestrales desemboca en la eventual violación de otros derechos humanos tales como el derecho a la vida, a las garantías judiciales, a la protección judicial, entre otros⁴⁷. En lo que respecta a la relación entre el derecho a la propiedad colectiva y el derecho a la vida, la conexión entre uno y otro derecho está dotada de características peculiares que permiten ampliar el concepto de “vida”; debido a que en este entendido puede existir una protección a la “post-vida”, en razón a las concepciones espirituales y culturales de ciertas comunidades relativas a los proyectos post-vida de los individuos y de la comunidad misma. Estos proyectos post-vida se evidencian en las decisiones individuales y colectivas respecto a las prácticas de entierros y sepultura a los muertos, así como la conservación de los cuerpos de los antepasados en determinadas

⁴⁷ Ibidem. Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni contra Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No 79. Párr. 89. ”Se relaciona directamente, incluso como un pre-requisito, con los derechos a la existencia en condiciones dignas, a la alimentación, al agua, a la salud, a la vida,^[2] al honor, a la dignidad, a la libertad de conciencia y religión, a la libertad de asociación, a los derechos de la familia, y a la libertad de movimiento y residencia”. CIDH, Alegatos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de Awas Tingni v. Nicaragua. Referidos en: Corte IDH. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni contra Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 140. Caso Comunidad N’djunka Maroon de Moiwana contra Suriname. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia Junio 15 de 2005. Serie C No 124 Párr. 79. 133. Voto razonado del juez Sergio García Ramírez en Caso Comunidad Sawboyamaxa contra Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia Marzo 29 de 2006. Serie C No. 146.

condiciones⁴⁸. Las características y cualidades particulares atribuibles al derecho a la propiedad colectiva son las siguientes:

II.1.2.2.1. Derecho pluridimensional.

La jurisprudencia del Sistema de Interamericano de Derechos Humanos⁴⁹, ha establecido que para la interpretación de cualquier derecho contemplado en la CADH es preciso aplicar los principios pro persona, progresividad y universalidad de los derechos humanos, así la interpretación debe darse a favor de la persona humana obviando cualquier carácter restrictivo del derecho, y utilizando otros instrumentos internacionales homólogos en la materia.

Estas reglas de interpretación han permitido concluir que el derecho en estudio, goza de pluralidad de dimensiones, que se concretan en la dimensión patrimonial, económica y productiva del derecho a la propiedad colectiva, y en la dimensión social, colectiva y cultural.

a) Dimensión social, colectiva y cultural.

Vía pronunciamientos de la Corte IDH en función jurisdiccional se han establecido una serie de parámetros en la interpretación del derecho a la propiedad colectiva. Uno de los casos considerado precedente jurisprudencial de mayor importancia en el

⁴⁸ Voto Razonado del Juez A.A. Cacado Trindade en Caso Comunidad N'djunka Maroon de Moiwana contra Suriname. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia Junio 15 de 2005. Serie C No 124

⁴⁹ CIDH. Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni contra Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No 79. Párr. 146.

escenario americano, es el caso *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni contra Nicaragua* en el que se estableció que cualquier controversia relativa al derecho a la propiedad de las comunidades indígenas y pueblos tribales debe analizarse a la luz del carácter ancestral y vital del ejercicio de este derecho; la aplicación de esta “regla” se acentúa cuando las comunidades y sus territorios se encuentran reconocidos a nivel nacional⁵⁰. En sentencia del caso *Comunidad Moiwana contra Surinam* se estableció claramente que estas comunidades gozan de una conciencia colectiva, que les permite pensarse más allá del individuo, entendiendo que su existencia solo se desarrolla a través de la vida en comunidad experimentando libremente sus tradiciones, formas de organización y normas consuetudinarias en el territorio que les ha sido legado⁵¹.

Los miembros de una comunidad indígena y pueblo tribal desarrollan su identidad cultural, sus actividades económicas, sociales, individuales y colectivas mediante el ejercicio del derecho contenido en el artículo 21 de la CADH. Esta ha sido la posición reiterada de la Corte IDH, en varias providencias entre las que se puede destacar las referentes a los casos de la *Comunidad N’djunka Maroon de Moiwana*

⁵⁰ CIDH. Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni contra Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No 79. Párr. 149.

⁵¹ *Ibidem*. Caso Comunidad N’djunka Maroon de Moiwana contra Suriname. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia Junio 15 de 2005. Serie C No 124 Párr. 131.

*contra Suriname*⁵², *Comunidad Sawboyamaxa contra Paraguay*⁵³, *Comunidad Xákmok Kásek contra Paraguay*⁵⁴ y *Comunidad Yakye Axa contra Paraguay*⁵⁵.

Entendido esto, cualquier violación al derecho a la propiedad colectiva, puede derivar en la situación de vulnerabilidad de la comunidad y sus miembros, en relación a que propicia alta probabilidad de afectación de otros derechos humanos. El derecho a la propiedad comunitaria de los pueblos indígenas y tribales goza de multiplicidad de dimensiones, que se concretan en la diversidad de relaciones que pueden entretejer con otros derechos contemplados en la CADH. Así, en el caso *Masacres de Ituango contra Colombia* la Corte IDH, manifestó la íntima relación que el derecho a la propiedad guarda con el derecho a la igualdad y a la vida digna, en la medida que su vulneración implica el detrimento de las condiciones materiales de existencia de los individuos⁵⁶.

En las sentencias de los casos *Yakye Axa contra Paraguay* y *Comunidad Saramaka contra Surinam*, la Corte IDH consideró que las comunidades indígenas y tribales tienen un derecho al reconocimiento de su personalidad jurídica colectiva y de su

⁵² *Ibidem*. Caso Comunidad N´djunka Maroon de Moiwana contra Suriname. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia Junio 15 de 2005. Serie C No 124 Párr. 131.

⁵³ *Ibidem*. Caso Comunidad Sawboyamaxa contra Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia Marzo 29 de 2006. Serie C No. 146. Párr. 118-119.

⁵⁴ *Ibidem*. Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek contra Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia Agosto 24 de 2010. Serie C No. 124. Párr. 85-86.

⁵⁵ *Ibidem*. Caso Comunidad Indígena Comunidad indígena Yakye Axa contra Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia Junio 18 de 2005. Serie C No. 125. Párr. 124, 135, 137, 154. Caso Comunidad Indígena Comunidad indígena Yakye Axa contra Paraguay. Sentencia interpretativa. Febrero 6 de 2006. Serie C No. 142. Párr. 26.

⁵⁶ *Ibidem*. Caso Masacres de Ituango contra Colombia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia Julio 1 de 2006. Serie C No. 148. Párr. 172 y 179.

derecho consuetudinario, resultado de la concepción colectiva de la vida y del ejercicio de los derechos de los miembros de la comunidad indígena y tribal⁵⁷.

b) Dimensión patrimonial, económica y productiva.

La dimensión patrimonial, económica y productiva del derecho a la propiedad, se concreta en la apropiación, explotación y uso de todas aquellas cosas sobre las que recae el derecho de dominio, que sin importar si son inmateriales o materiales son susceptibles de tener un valor y por tanto se integran el patrimonio de los individuos, y de la comunidad misma.

En las pronunciamientos de los casos *Yakye Axa contra Paraguay, Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni contra Nicaragua y Ivcher-Bronstein contra Perú*⁵⁸, se ha entendido que el valor otorgado a una cosa para que sea considerada bien y se encuentre protegida en virtud del artículo 21 de la CADH, no se determina exclusivamente en función a términos económicos, si no también se determina atendiendo a criterios culturales y espirituales.

II.1.2.2.2. Confrontación con el derecho a la propiedad individual

En el caso *Yakye Axa contra Paraguay*, la Corte IDH planteó que en materia de protección al derecho de propiedad colectiva, se puede presentar la hipótesis en la

⁵⁷ Ibidem. Caso Comunidad Indígena Comunidad indígena Yakye Axa contra Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas Sentencia Junio 18 de 2005. Serie C No. 125. Párr. 63 y 154. Caso Pueblo Saramaka contra Suriname, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia Noviembre 28 de 2007. Serie C No. 172. Párr. 114, 115.

⁵⁸ Ibidem. Caso Ivcher Brostein contra Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia Febrero 6 de 2001. Serie C No. 74. |

que se debe ponderar entre el derecho a la propiedad colectiva y el derecho a la propiedad individual, debiendo los Estados prever dicha situación en el ordenamiento interno para que toda restricción aplicada al derecho a la propiedad individual o colectiva se encuentre consagrada legalmente y responda a criterios de necesidad, proporcionalidad y fin legítimo perseguido. Lo anterior, sin obviar que cada caso en concreto requiere un análisis especial que evalúe las situaciones precisas que pueden derivar en que un derecho prevalezca en perjuicio de otro, en consonancia con la particular interpretación de la que goza el derecho a la propiedad colectiva, que lo llevaría a prevalecer en gran parte de los casos.

II.1.2.2.3. Equiparación de efectos: Propiedad y posesión.

En el Caso *Comunidad Sawhoyamaxa contra. Paraguay*, se reiteró la jurisprudencia precedente contenida en las sentencias de los casos *Comunidad N'djunka Maroon de Moiwana contra Suriname* y *Comunidad indígena Xákmok Kásek contra Paraguay*⁵⁹, que establecía que era suficiente demostrar la posesión de los territorios ancestrales, en atención a las normas consuetudinarias de la comunidad, para que el Estado se encuentre en la obligación de reconocer, titular y registrar oficialmente la propiedad sobre sus tierras. Esta obligación de los Estados no desaparece cuando las circunstancias internas del país comporten conflictos violentos, que propicien desplazamiento forzado; y se concreta en los siguientes deberes específicos de los Estados:

⁵⁹ *Ibidem*. Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek contra Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia Agosto 24 de 2010. Serie C No. 124.

- a) Garantizar que los miembros de las comunidades accedan a recursos judiciales y administrativos que resulten efectivos para reivindicar las tierras de las que hayan sido despojados, aun cuando en el momento de la activación de los recursos no ejerzan materialmente la ocupación de las tierras⁶⁰.

- b) Efectuar todas las acciones tendientes a retornar la posesión material de las tierras a las comunidades que han sido desposeídas de las mismas, salvo aquellos eventos en los que se presenten condiciones objetivas que impidan la restitución, caso en el cual el Estado esta obligado a hacer la entrega de tierras alternativas que cuenten con iguales cualidades y extensión que las tierras originales, elegidas mediante mecanismos consensuados que correspondan a las formas organizativas tradicionales y a los procesos de toma de decisiones propios de cada comunidad⁶¹.

El elemento esencial que permite configurar la existencia y protección del derecho a la recuperación de las tierras ancestrales perdidas, es el vínculo entre la comunidad, sus miembros y el territorio ocupado tradicionalmente. Así, pueden ejercitarse los

⁶⁰ CIDH. Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni contra Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No 79. Párr. 125, 131, 134 y 164. Caso Comunidad Sawboyamaxa contra Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia Marzo 29 de 2006. Serie C No. 146. Párr. 109, 120. Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek contra Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia Agosto 24 de 2010. Serie C No. 124. Párr. 135-136.

⁶¹ *Ibidem*. Caso Comunidad Indígena Comunidad indígena Yakye Axa contra Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia Junio 18 de 2005. Serie C No. 125. Párr. 149-151. Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek contra Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia Agosto 24 de 2010. Serie C No. 124. Párr. 100, 109, 138 y 140. Caso Comunidad Indígena Comunidad indígena Yakye Axa contra Paraguay. Sentencia interpretativa. Febrero 6 de 2006. Serie C No. 142. Párr. 34. Caso Comunidad Sawboyamaxa contra Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia Marzo 29 de 2006. Serie C No. 146. Párr. 109, 138 y 140.

mecanismos de reivindicación de tierras cuando no se posea materialmente las tierras si el vínculo existe, y si dicho vínculo no pervive no existirá derecho de restitución⁶².

Para el cumplimiento de dichos deberes, es preciso tener en cuenta que el derecho a la propiedad colectiva de estas comunidades es de naturaleza escalonada, conllevando a que sea de preferencia la opción menos gravosa para las comunidades y para sus miembros⁶³.

II.1.2.2.4. Derecho a la identidad: Fundamento del derecho a la propiedad colectiva.

El Sistema Americano de Protección a los Derechos Humanos encuentra su fundamento en el mantenimiento de los pilares de la sociedad democrática en cada uno de los Estados Americanos, aunándose a las pretensiones dogmáticas de la Organización de Estados Americanos – OEA. En este marco, emergen intereses de especial atención como la diversidad cultural, que actúa como motor de la jurisprudencia en materia del derecho a la propiedad colectiva.

Con el rompimiento del paradigma de la modernidad, quedo en evidencia que las sociedades contemporáneas adolecían del concepto universalidad y uniformidad

⁶² *Ibidem* Caso Comunidad Sawboyamaxa contra Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia Marzo 29 de 2006. Serie C No. 146. Párr. 132 y 201. Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek contra Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia Agosto 24 de 2010. Serie C No. 124. Párr. 131.

⁶³ *Ibidem*. Caso Comunidad Indígena Comunidad indígena Yakye Axa contra Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia Junio 18 de 2005. Serie C No. 125. Párr. 145.

cultural; contrario a esto, las experiencias del mundo globalizado acentuaban la existencia de núcleos sociales diversos y multiculturales. Esto igualmente, supuso en algunos casos desdibujar el concepto de soberanía para permitir que fenómenos de pluralismo jurídico pudieran desarrollarse, asegurando la pervivencia cultural y física de las comunidades particulares. Lo anterior, arraigó la presencia de conflictos e interrogantes respecto a qué condiciones podrían determinar una legítima intervención en los territorios y organizaciones tradicionales, cuando así lo requiriera el logro de los intereses públicos y comunes; el Estado experimentaba una ambivalencia respecto a su obligación con la totalidad de la sociedad y, en relación a las garantías especiales de las comunidades indígenas y tribales.

En el caso *Comunidad Sawhoyamaxa contra Paraguay* y en el Voto razonado del juez Sergio García-Ramírez de esta providencia, la propiedad colectiva fue considerada como una propiedad cualificada, de tal forma que los parámetros para la validez de una restricción a este derecho guardan mayor exigencia, implicando que cualquier vulneración no es subsanada con la reparación mediante el otorgamiento de una indemnización económica. En este orden de ideas, en los casos *Comunidad Sawhoyamaxa contra Paraguay* y *Yakye Axa contra Paraguay*, se planteó que dichas restricciones deben ser examinadas para cada caso en concreto en atención a los criterios de proporcionalidad, razonabilidad y legalidad.

II.1.2.2.5. Interpretación evolutiva

Por otro lado, la Corte IDH desde la providencia del caso *Comunidad N'djunka Maroon de Moiwana contra Suriname*, ha desarrollado el concepto de interpretación evolutiva del derecho a la propiedad, que permite la aplicación de lo determinado para el caso particular de las comunidades indígenas, a otras comunidades que si bien no pueden enmarcarse dentro del término pueblos indios si comparten dichas características, como es el caso de los pueblos tribales.

El artículo 1.2 del mismo Convenio 169 de la OIT establece que “la conciencia de la identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio”. Este criterio de autoidentificación es el principal para determinar la condición de pueblo indígena o tribal, tanto individual como colectivamente. En cuanto a la autoidentificación colectiva, para la Corte IDH la identificación de cada comunidad indígena “es un hecho histórico social que hace parte de su autonomía”⁶⁴, por lo cual corresponde a cada comunidad identificar su propio nombre, composición y pertenencia étnica, sin que el Estado u otros organismos externos lo hagan o lo controviertan: la Corte IDH y el Estado deben limitarse a respetar las determinaciones que en este sentido presente la Comunidad, es decir, la forma como ésta se auto-identifique. En la Guía de Aplicación del Convenio No. 169⁶⁵, la OIT explica que los

⁶⁴ Corte IDH. Caso de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010, Serie C No. 214, párr. 37. Caso de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010, Serie C No. 214, párr. 37.

⁶⁵ OIT. “Los Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales en la Práctica - Una Guía sobre el Convenio No. 169 de la OIT”. Programa para promover el Convenio Núm. 169 de la OIT (PRO 169), Departamento de Normas Internacionales del Trabajo, 2009, pág. 9.

elementos que definen a un pueblo indígena son tanto objetivos⁶⁶ como subjetivos. Conforme a esto, las comunidades afrodescendientes pueden ser consideradas pueblos tribales; sin embargo, tanto el factor de autodeterminación como los elementos objetivos deben evaluarse en el caso concreto respecto a cada comunidad.

Así mismo, el concepto de interpretación evolutiva está relacionado con la interpretación integral del corpus iuris de derechos humanos, en consonancia con el artículo 29.b de la CADH que prohíbe una interpretación restrictiva. De conformidad con esto, la Corte IDH ha considerado que el artículo 21 de la CADH protege el derecho a la propiedad en un sentido amplio que comprende, entre otros, los derechos individuales de los miembros de las comunidades indígenas y los derechos de la comunidad misma.

A este respecto, la Corte IDH ha precisado que los “tratados de derechos humanos son instrumentos vivos cuya interpretación tiene que adecuarse a la evolución de los tiempos y, en particular, a las condiciones de vida actuales”⁶⁷.

El concepto de interpretación evolutiva, tiene igualmente incidencia en el principio de efectividad al establecer que para efectos de asegurar una protección efectiva del

⁶⁶ Los elementos objetivos incluyen: (i) la continuidad histórica; (ii) la conexión territorial, en el sentido de que sus antepasados habitaban el país o la región; y (iii) instituciones sociales, económicas, culturales y políticas distintivas y específicas, que son propias y se conserva en todo o en parte.

⁶⁷ CIDH. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 146. Corte IDH. El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal. Opinión Consultiva OC-16/99 del 1 de octubre de 1999. Serie A No. 16, párr. 114

derecho a la propiedad se deben tener en cuenta las particularidades de las comunidades: las características económicas, sociales, la situación de especial vulnerabilidad, el derecho consuetudinario, los valores, los usos y las costumbres”⁶⁸.

Es adicionalmente relevante indicar que pese a que la Corte IDH ha interpretado el artículo 21 de la CADH a la luz de la legislación interna sobre los derechos de los pueblos indígenas y tribales⁶⁹, en razón a que los términos de los tratados internacionales de derechos humanos tienen sentido autónomo, no pueden igualarse al sentido otorgado en el ordenamiento interno, por lo que el derecho a la propiedad en el ámbito interamericano puede abarcar aspectos divergentes a los contemplados en la legislación interna⁷⁰.

II.1.3. Obligaciones de los Estados Americanos en el marco de los Artículos 1 y 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Tras lo estudiado, es preciso analizar las obligaciones concretas de los Estados que provenientes de la CADH se nutren y afirman en la jurisprudencia de la Corte IDH.

En el marco del artículo 1 de la CADH, es preciso anotar que los Estados respecto a cada uno de los derechos convencionales están obligados a emprender acciones

tendientes a “Garantizar y Respetar”. En la providencia del caso *Velásquez Rodríguez*

⁶⁸ C IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 51, 63. Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 92.

⁶⁹ CIDH. Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 92.

⁷⁰ CIDH. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 146.

*contra Honduras*⁷¹ la Corte IDH estableció que el respeto y garantía de los derechos convencionales se concretaba en cuatro deberes específicos: (i) prevenir, (ii) promover, (iv) reparar e (v) investigar. Para el análisis que nos ocupa es necesario precisar, que únicamente desarrollaremos el deber de prevenir y reparar, debido a que guardan una conexión directa con los procesos de titulación, adjudicación y demarcación de tierras en Colombia para comunidades afrocolombianas.

Respecto al artículo 2 de la CADH, es preciso mencionar que la obligación de adoptar la legislación interna es, por su propia naturaleza, una obligación de resultado⁷². Por ende, los Estados deben revisar sus leyes, procedimientos y prácticas para asegurar que los derechos territoriales de los pueblos y personas indígenas y tribales sean definidos y determinados de conformidad con los derechos establecidos en los instrumentos interamericanos de derechos humanos, y están igualmente obligados a abstenerse de implementar medidas de carácter regresivo.

En esta misma línea, conforme al principio del efecto útil los Estados deben aplicar efectivamente las normas constitucionales, legales y reglamentarias de la legislación interna que consagran derechos de los pueblos indígenas y tribales y sus miembros, para así asegurar el goce real y efectivo de tales derechos⁷³. Conforme a lo explicado,

⁷¹ Corte IDH. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Excepciones Preliminares. Sentencia de 26 de junio de 1987. Serie C No. 1

⁷² CIDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 100. Caso Caesar Vs. Trinidad y Tobago. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de marzo 2005. Serie C No. 123, párr. 93.

⁷³ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Democracia y Derechos Humanos en Venezuela. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 54, 30 de diciembre de 2009, párr. 1062. Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la

la debida protección de sus derechos está acompañada de políticas y acciones estatales que velen por la aplicación y cumplimiento efectivo de las normas a las que el propio Estado en ejercicio de su soberanía se ha obligado.

De forma específica, en relación al derecho de propiedad colectiva el Estado no sólo está obligado a adoptar medidas, las mismas deben ser medidas especiales que respeten la identidad social y cultural, las costumbres, tradiciones e instituciones de las comunidades indígenas y de los pueblos tribales a efectos de asegurar el goce efectivo de los derechos humanos y libertades fundamentales, incluyendo medidas que promuevan la plena efectividad de sus derechos sociales, económicos y culturales⁷⁴. Los Estados deben igualmente controlar, monitorear y seguir el desempeño de las autoridades estatales, no siendo la falta de reglamentación una excusa legítima para no cumplir dicha obligación.

II.1.3.1. Medidas adoptadas por los Estados: Deber de prevenir y reparar.

La vulneración al derecho a la propiedad colectiva, persiste hasta tanto no se permita a los miembros de la comunidad indígena y tribal, desarrollar su cultura en el territorio mediante el ejercicio de sus prácticas tradicionales, en razón a que estas comunidades poseen un vínculo material e inmaterial con su tierra que indica que el uso y goce de las mismas no se restringe a la libre ocupación; implica que una vez

Democracia en Bolivia. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 34, 28 de junio de 2007, párr. 134, 149, 220, 297 - Recomendación 4.

⁷⁴ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Paraguay*. Doc. OEA/Ser.L/VII.110, Doc. 52, 9 de marzo de 2001, Capítulo IX, párr. 13.

restituidas las tierras los pueblos indígenas puedan experimentar las mismas relaciones con el territorio sea cual sea su carácter – económicas, sociales, religiosas, culturales, etc.- que eran experimentadas antes del despojo o cualquier modalidad de vulneración del derecho.

En el caso de la *Comunidad Saramaka contra Surinam*⁷⁵, se determinó que el Estado debe asumir medidas tendientes a garantizar el ejercicio de los derechos de los miembros del pueblo tribal ajustándose al sistema simbólico de estos, es decir, de acuerdo al contenido que la propiedad comunal tenga en cada cosmovisión.

Entendido esto, la obligación de prevenir del Estado en el marco de los artículo 1 y 2 de la CADH conlleva a que este adopte disposiciones tendientes a: (i) proteger el vínculo entre los territorios ancestrales y los recursos que allí se pueden encontrar; y (ii) velar por el mantenimiento de las condiciones del hábitat de estas comunidades. En las sentencias de los casos *Comunidad Saramaka contra Surinam*, *Yakye Axa contra Paraguay* y *Comunidad Sawhoyamaya contra Paraguay*, se indicó que dicho vínculo se expresaba en variadas manifestaciones culturales que se ven realizadas con el pleno ejercicio y goce del derecho a la propiedad, que trastocan las estructuras sociales, económicas y culturales de la comunidad.

⁷⁵ CIDH. Sentencia Pueblo Saramaka contra Suriname, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Noviembre 28 de 2007. Serie C No. 172. Párr. 114, 115.

Es fundamental reiterar que la protección brindada en virtud del artículo 21 de la CADH, cubre igualmente la posibilidad que tienen las comunidades de usufructuar los recursos naturales localizados en sus tierras. En relación a la conservación de las condiciones medioambientales, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha manifestado que ante la deforestación, deterioro ecológico, la contaminación del agua, la construcción de proyectos hidroeléctricos, destrucción de la biodiversidad en tierras de comunidades indígenas, entre otros problemas ambientales; los Estados se encuentran obligados a proteger el hábitat de las comunidades por la especial influencia que la protección de los bosques y los recursos de agua tiene en el mantenimiento de la salud y supervivencia de la comunidad. De esta forma, los pueblos indígenas podrán invocar la protección a su derecho a la propiedad para garantizar los recursos de explotación del terreno y el no deterioro del ambiente.

Pese a lo expuesto, el derecho a la propiedad colectiva no es absoluto. Así, son posibles las restricciones, siempre y cuando estas procedan de forma válida cuando se asegura la existencia de las siguientes salvaguardias:

- (I) La restricción debe cumplir los criterios de legalidad, necesidad, proporcionalidad y legitimidad del fin perseguido⁷⁶.

⁷⁶ CIDH. Caso Comunidad Indígena Comunidad indígena Yakye Axa contra Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia Junio 18 de 2005. Serie C No. 125. Párr. 77 -79.

- (II) Las restricciones no deben generar un riesgo a la supervivencia cultural y física de la comunidad indígena y pueblo tribal⁷⁷. En Colombia, diversos pronunciamientos de la Corte Constitucional han tratado el reconocimiento del derecho a la supervivencia cultural como expresión del derecho a la vida y del derecho a no ser sometido a desaparición forzada. Igualmente dichos pronunciamientos han establecido que el derecho a la integridad étnica y cultural es una expresión del derecho individual a la integridad personal⁷⁸.
- (III) Los programas y proyectos de investigación, explotación, exploración y extracción de recursos naturales localizados en los territorios ancestrales, sólo pueden ser ejecutados cuando medie la participación de las comunidades. Las observaciones de estas comunidades deben ser tenidas en cuenta por los Estados y los terceros particulares, esto se concreta en el procedimiento de la Consulta Previa. En la sentencia del caso *Comunidad Saramaka contra Surinam*, la Corte IDH planteó que cualquier proyecto de este tipo, debe estar soportado en un plan de manejo, y en un estudio del impacto social y ambiental.
- (IV) En el caso *Comunidad Saramaka contra Surinam*, se estableció que la explotación y extracción de recursos localizados en los territorios

⁷⁷ *Ibidem*. Caso Comunidad N'djunka Maroon de Moiwana contra Suriname. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia Junio 15 de 2005. Serie C No 124 Párr. 133.

⁷⁸ Corte Constitucional de Colombia. T – 659 de 1998, T-143 de 2010, C-063 de 2010. Mediante Auto 004 de 2009 reconoció que existen 34 grupos indígenas en peligro de extinción física y cultural a causa del conflicto armado interno y de las violaciones a sus derechos colectivos y fundamentales.

ancestrales, debía generar beneficios razonables a las comunidades y sus miembros.

Estas salvaguardas deben encontrarse contemplados en los procedimientos legislativos y administrativos del orden interno de los Estados americanos, que afecten o puedan afectar las tierras ancestrales y los derechos contenidos en la CADH. Por ello, para comprender las implicaciones del deber de prevenir y reparar, es preciso examinar la figura del despojo de tierras y las reparaciones tendientes a solucionar la situación de vulneración.

II.1.3.1.1. Despojo de tierras.

En los casos en que las comunidades indígenas hayan sido despojadas de la totalidad o parte de sus tierras, adicional a la responsabilidad que se puede imputar al Estado por el incumplimiento del artículo 1.1 de la CADH, este estará obligado a emprender todas las acciones necesarias para lograr la restitución del terreno en las condiciones de ocupación que llevaba la comunidad. Si la restitución de las tierras originarias resulta imposible por darse motivos objetivos y fundamentados que impidan por ejemplo, la identificación precisa del terreno originario, el Estado deberá entregar tierras alternativas a la comunidad, que serán electas por medio de procesos consensuados que no deben ignorar los valores, usos, costumbres y derecho consuetudinario del pueblo indio; garantizando la adecuada extensión del terreno para procurar el mantenimiento y desarrollo de su propia forma de vida.

Por otro lado, el concepto de desarraigo debe ser entendido con cautela debido a que en torno a este se decretan las medidas de reparación, definitivas o provisionales, cuando la adjudicación de tierras no pueda efectuarse de manera inmediata. El contenido del término desarraigo resulta igualmente relevante para determinar la afectación a la identidad e integridad cultural de las comunidades. Así, de forma concreta las obligaciones de los Estados Americanos en el marco de los artículos 1 y 2 de la CADH pueden sintetizarse en las siguientes:

- 1) Identificar el territorio reclamado, entregándolo de forma gratuita y mediante procedimientos en un plazo razonable. En las sentencias de los casos *Yakye Axa contra Paraguay* y *Comunidad Sawhoyamaya contra Paraguay*, la Corte IDH determinó que el plazo razonable para la demarcación, titulación y entrega de los territorios tradicionales reclamados por las comunidades había sido de tres años, previendo que en presencia de mayor complejidad como en los eventos de traslapes, en el que varias comunidades se disputan entre sí una misma extensión de terreno; puede extenderse el plazo antedicho. Sin embargo, en el caso *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni contra Nicaragua*, el término del plazo para considerarse razonable fue de 15 meses⁷⁹.

⁷⁹ Esta es el alcance que la CIDH ha dado al concepto de plazo razonable en casos referentes a comunidades indígenas, esto no obsta para manifestar que la jurisprudencia reiterada ha establecido una serie de criterios para definir el alcance de dicho concepto. En la sentencia del caso Salvador Chiriboga contra Ecuador del 6 de mayo de 2006, la CIDH señaló que para determinar si un plazo es razonable se debe analizar: 1) la complejidad del asunto; 2) la actividad procesal del interesado; y 3) la

- 2) Cuando por razones objetivas no es posible hacer entrega de las tierras originalmente desposeídas, se deben entregar tierras alternativas. Así, la simple indemnización económica que opera cuando existe una vulneración común al derecho a la propiedad o cuando se ha presentado expropiación, es el último recurso al que puede recurrir un Estado para reparar la situación de despojo de tierras de las comunidades indígenas y pueblos tribales.

Los hechos objetivos que edifiquen la imposibilidad de la entrega de las tierras originarias, e incluso la imposibilidad de entrega de tierras alternativas, no pueden fundarse en las siguientes razones:

- a) La enajenación a terceros de las tierras tradicionales objeto de la pretensión de reivindicación de estos colectivos sociales. Así, en el caso *Comunidad Sawhoyamaya contra Paraguay*, la Corte IDH anotó que las comunidades indígenas y pueblos tribales no pierden su derecho de restitución de las tierras, cuando estas se encuentren en manos de terceros tenedores.

- b) La explotación económica de las tierras ancestrales por parte de terceros.

En la jurisprudencia antedicha se planteó que esta justificación no puede

conducta de las autoridades judiciales.

prevalecer, aun cuando se encuentre consagrado en el régimen agrario interno del Estado.

II.1.3.1.3. Delimitación, demarcación, titulación y entrega efectiva de tierras

La protección y reconocimiento del derecho a la propiedad colectiva no se agota en una declaración en abstracto de su existencia, la efectividad del derecho se concreta mediante las medidas de delimitación, demarcación, titulación y entrega efectiva de las tierras. La garantía integral del derecho a la propiedad colectiva implica la demarcación, entrega y titulación de territorios tradicionales. Estas tres acciones estatales deben desplegarse de acuerdo a procedimientos consensuados con las comunidades en los que se determine conjuntamente la extensión y linderos de las tierras, para proceder al reconocimiento formal del derecho de dominio y finalmente lograr la entrega efectiva de los terrenos.

En la sentencia del caso *Awás Tingni*, la Corte IDH indicó que hasta tanto no se llevará a cabo la delimitación, demarcación y formalización del título de propiedad sobre los territorios de las comunidades indígenas, el Estado debía abstenerse de realizar cualquier actuación que afectará el uso y goce de cualquiera de los bienes localizados en la zona geográfica que ocupa la comunidad indígena.

El despojo de las tierras al representar una vulneración al derecho a la propiedad colectiva de las comunidades indígenas y pueblos tribales, activa una serie de medidas tendientes a dejar indemne a la comunidad y sus miembros restituyendo a las condiciones previas, a través de una reparación entendida como restitutio in integrum. La reparación integral implica que debe restablecerse la situación anterior a la violación, y en caso de no ser posible se deben entregar territorios alternativos y pagar indemnización por la totalidad de los daños ocasionados, otorgando medios de reparación que se adecuen al alcance, modalidad y naturaleza del daño, así como las calidades de los beneficiarios de las mismas. De esta manera, las reparaciones pueden contener las siguientes manifestaciones: 1) restitución de la situación jurídica, 2) indemnización pecuniaria, 3) medidas reparadoras no pecuniarias, 4) investigación de los hechos, 5) sanción a los responsables, 6) garantías de no repetición de los hechos que originaron la petición, y 7) adecuación legislativa de la normativa del Estado a lo dispuesto en la Convención.

De manera específica, en materia del derecho a la propiedad colectiva la reparación in integrum plantea las siguientes implicaciones:

- (I) La devolución, demarcación, titulación y entrega de los territorios colectivos, que debe darse en favor de la comunidad y de sus miembros.⁸⁰

⁸⁰ CIDH. Caso Comunidad Indígena Comunidad indígena Yakye Axa contra Paraguay. Sentencia interpretativa. Febrero 6 de 2006. Serie C No. 142. Párr. 23 y 24. Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek contra Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia Agosto 24 de 2010. Serie C No. 124. Párr. 98, 99, 135 y 136. Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni contra. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No 79. Párr. 164. Caso

- (II) La reparación del daño material (costas y gastos procesales, ingresos dejados de percibir y costos de recuperación o restablecimiento). En las sentencias de los casos *Comunidad Sawhoyamaxa contra Paraguay*, *Acevedo-Jaramillo y otros contra Perú*⁸¹, *López-Álvarez contra Honduras*⁸² y *Caso Blanco-Romero y otros contra Venezuela*⁸³, cuando la privación ilegítima del derecho a la propiedad resulte en la no percepción de los recursos derivados del usufructo de las tierras por parte de terceros, la reparación in integrum no se reducirá a la indemnización de los daños causados por la no percepción de dichos recursos, abarca igualmente la devolución total de los ingresos dejados de percibir que fueron obtenidos mediante la explotación de las tierras.
- (III) La reparación del daño inmaterial, de cuya reparación son beneficiarios por excelencia los familiares de las víctimas directas. En la providencia de reparaciones del caso *Aloeboetoe y otros contra Surinam*⁸⁴ se planteó que la reparación por daño inmaterial no puede ser extendida a la totalidad del colectivo social, salvo cuando exista o presuma un daño directo.

Comunidad Sawboyamaxa contra Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia Marzo 29 de 2006. Serie C No. 146. Párr. 109.

⁸¹ *Ibidem*. Caso Acevedo Jaramillo y Otros contra Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 7 de febrero de 2006. Serie C. No 144.

⁸² *Ibidem*. Caso López Álvarez contra Honduras. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 1 de febrero de 2006. Serie C No 141.

⁸³ *Ibidem*, Caso Blanco Romero y otros contra Venezuela. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2005. Serie C. No 138.

⁸⁴ *Ibidem*. Caso Aloeboetoe y otros contra Surinam. Sentencia de Reparaciones y Costas. Septiembre 10 de 1993. Serie C. No 15.

(IV) En las sentencias de los casos *Comunidad Sawhoyamaxa contra Paraguay*, *Masacre de Pueblo Bello contra Colombia*⁸⁵, *Blanco-Romero y otros contra Venezuela*, y *Gómez-Palomino contra Perú*⁸⁶, se dispuso que existe un daño de carácter individual y uno de carácter colectivo, según se trate de comunidades o de sus miembros. En relación con el derecho a la propiedad, hay un daño colectivo que se repara con la demarcación, titulación y devolución de los territorios a las comunidades agredidas; y se presenta un daño individual relativo a la afectación de las condiciones de vida digna de miembros de las comunidades.

En esta misma línea, en la sentencia del caso *Escué-Zapata contra Colombia*⁸⁷, la Corte IDH ordenó a Colombia la implementación de medidas de carácter individual que perseguían que los miembros de la Comunidad Indígena Páez afectados con la muerte de Germán Escué-Zapata, se beneficiaran de tratamiento médico psiquiátrico y psicológico. En esta providencia, igualmente se ordenó para concretar las medidas de reparación, la creación de un “fondo de obras y servicios”, cuyo objeto sería lograr la satisfacción del interés colectivo bajo los sistemas

⁸⁵ CIDH. Caso Masacre Pueblo Bello contra Colombia. Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Enero 31 de 2006. Serie C No. 140.

⁸⁶ *Ibidem*. Caso Gómez Palomino contra Perú. Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Noviembre 22 de 2005. Serie C No. 136.

⁸⁷ *Ibidem*. Caso Escué Zapata contra Colombia. Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Julio 4 de 2007. Serie C No 165.

simbólicos de las comunidades, aplicando sus formas de consulta, decisión y tradiciones.

(V) En el caso Comunidad *Sawhoyamaxa contra Paraguay*, la Corte IDH dispuso que mientras los miembros de la comunidad carezcan de tierras, el Estado debe de forma inmediata, constante y continua, desplegar las acciones necesarias para asegurar: (i) el suministro de agua potable para consumo y aseo, (ii) revisión médica a los miembros de la comunidad, con prioridad a niños, ancianos y mujeres, en atención a sus usos y costumbres, (iii) entregar alimentos que cubran adecuada y suficientemente los requerimientos de la comunidad, (iv) creación de sistemas sanitarios, y (v) asegurar que se continuará con el funcionamiento normal de las escuelas.

(VI) La Corte IDH en sentencias de los casos *Escué-Zapata contra Colombia*, *Bueno-Alves contra Argentina*⁸⁸ y *Blanco-Romero y otros contra Venezuela*, señaló que las medidas de reparación no pecuniarias, a saber, la publicación de los apartes fundamentales de los fallos, la organización de eventos públicos en los que el Estado reconoce su responsabilidad en la comisión de los hechos, entre otros; deben implementarse consultando a las comunidades indígenas y tribales. Así, dichas medidas deben ser una forma de concretar los derechos de estas comunidades a la participación, y a su identidad e integridad cultural. Es por ello que las publicaciones de

⁸⁸ Ibidem. Caso Bueno Alves contra Argentina. Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas. Mayo 11 de 2007. Serie C No 164.

los apartes de los fallos se harán en la lengua oficial del Estado y la lengua de las comunidades indígenas afectadas.

- (VII) En los casos en que el daño material no sea susceptible de reparación mediante la restitución efectiva a las circunstancias anteriores a la vulneración, el Estado está obligado a indemnizar los perjuicios causados mediante el otorgamiento de una suma de dinero. Los perjuicios a indemnizar son aquellos debidamente probados, y en todo caso aquel que pueda determinar la Corte IDH en equidad.

Sin embargo, como lo manifestó la Corte IDH en la sentencia del caso *Comunidad Sawhoyamaxa contra Paraguay*, las sumas de dinero entregadas a las comunidades indígenas y tribales deben ser acompañadas de la implementación de proyectos productivos.

- (VIII) El daño inmaterial que por antonomasia, es reparado mediante la entrega de una indemnización pecuniaria, debe ser complementado con la preparación y ejecución de acciones tendientes al reconocimiento público de la comisión del daño, la motivación a la reprobación social y oficial de los hechos de vulneración; y la garantía implícita de no repetición. La Corte IDH en sentencias de los casos *Comunidad Sawhoyamaxa contra Paraguay*, *Acevedo-Jaramillo y otros contra Perú*, *López-Álvarez contra Honduras* y *Masacre de Pueblo Bello contra Colombia*, indicó que la

indemnización en todo caso debe reforzarse mediante la ejecución de medidas de carácter no pecuniario, debido a que sólo de esta manera se vera saldada la obligación internacional de los Estados de respeto y garantía de los derechos humanos.

II.1.3.1.4. Seguridad jurídica del título de propiedad colectiva.

Como previamente se explico, el derecho colectivo de propiedad sobre las tierras indígenas implica la titulación colectiva del territorio, esto es, el reconocimiento de un título colectivo de propiedad, sin obviar esto, que las comunidades pueden adoptar formas de organización interna en cuanto a la tenencia de la tierra por parte de las familias⁸⁹.

El Estado debe garantizar la vigencia jurídica del título de propiedad colectiva y asegurar que el mismo sea otorgado y registrado en términos que no dejen duda de la existencia del derecho de dominio exclusivo a favor de las comunidades tribales e indígenas sobre sus tierras ancestrales⁹⁰. Así las cosas, a modo de ejemplo en el evento de restitución de tierras ancestrales o entrega de tierras alternativas, cuando estas sean compradas el titular del derecho de dominio debe ser la comunidad y no el Estado.

⁸⁹ OIT. Convenio 169 de 1969, artículo 17.1:“Deberán respetarse las modalidades de transmisión de los derechos sobre la tierra entre los miembros de los pueblos interesados establecidas por dichos pueblos”. ONU. Declaración de Naciones Unidas, artículo 26.3:“Los Estados asegurarán el reconocimiento y la protección jurídicos de esas tierras, territorios y recursos. Dicho reconocimiento respetará debidamente las costumbres, tradiciones y los sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas de que se trate”.

⁹⁰ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Segundo Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en el Perú. Doc. OEA/Ser.L/V/II.106, Doc. 59 rev., 2 de junio de 2000, párr. 19.

Teniendo en cuenta que la Corte IDH ha reiterado en diversas oportunidades que “la mera posibilidad de reconocimiento de derechos a través de cierto proceso judicial no es un sustituto para el reconocimiento real de dichos derechos”⁹¹, la incertidumbre se acentúa cuando se presenta ausencia de procedimientos efectivos, específicos y regulados para la titulación de las tierras comunales, y simultáneamente se perpetra una violación al artículo 25 de la CADH⁹².

Consecuentemente, la seguridad efectiva y la estabilidad jurídica de las tierras ancestrales que debe ser garantizada por los ordenamientos internos, implican que el título jurídico de propiedad de los pueblos indígenas y tribales sobre la tierra sea reconocido y respetado en la práctica, y en derecho, a fin de salvaguardar su certeza jurídica. La inseguridad jurídica genera situaciones de vulnerabilidad de las comunidades y sus miembros, propiciando otras violaciones a los derechos humanos. Entre los factores que causan inseguridad jurídica se pueden mencionar a título enunciativo: la posesión de títulos de propiedad no reconocidos por el derecho común; títulos de propiedad que están en conflicto con otros títulos; títulos que no están registrados plenamente; títulos que no están reconocidos.

⁹¹ CIDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 104, 105.

⁹² CIDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni contra Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 124.

Por lo anterior, pese a no existir un concepto específico en relación al tema, de las fuentes del sistema interamericano de protección de derechos, es posible considerar que el ordenamiento jurídico de los Estados debe contener leyes que garanticen la inalienabilidad de las tierras comunales, y pueden regular los eventos en los que el Estado no permita a las comunidades la libre disposición de las tierras, el establecimiento de prendas o hipotecas u otros gravámenes, o el arriendo de las mismas.

La certeza jurídica debe estar acompañada de la adopción de mecanismos de protección a la propiedad de ataques de terceros, de tal forma que no puedan ser reducidas con ocasión a derechos de propiedad individual⁹³, y dichos mecanismos deben resultar en una solución definitiva al reclamo dentro de un plazo razonable.

Para la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “los principios jurídicos internacionales generales aplicables en el contexto de los derechos humanos de los pueblos indígenas incluyen el derecho a que su título relativo a la propiedad y uso de territorios y recursos sea modificado únicamente por consentimiento mutuo entre el Estado y el pueblo indígena respectivo cuando tengan pleno conocimiento y apreciación de la naturaleza o los atributos de ese bien, y (...) si se obtiene dicho consentimiento, (...) el Estado debe garantizar la igualdad de trato a sus miembros frente a las personas no indígenas, en el sentido de dar cumplimiento a los requisitos

⁹³CIDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párr. 115.

generales establecidos en el derecho internacional para una expropiación, incluida la compensación justa, y respetando todas las garantías y salvaguardas adicionales de la propiedad territorial de los pueblos indígenas y tribales provistas por el Derecho Internacional”⁹⁴.

II.1.3.1.5. Consulta Previa.

La consulta previa es el derecho de las comunidades indígenas y tribales a ser consultadas “mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente”⁹⁵ y en los casos en los que se pretenda emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existente, “a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida”⁹⁶. Igualmente, deberá “consultarse a los pueblos interesados siempre que se considere su capacidad de enajenar sus tierras o de transmitir de otra forma sus derechos sobre estas (...) fuera de su comunidad”⁹⁷.

Los requisitos establecidos jurisprudencialmente para que la consulta previa se entienda válidamente efectuada, son mínimamente los siguientes:

⁹⁴ CIDH, Informe No. 75/02, Caso 11.140, Mary y Carrie Dann (Estados Unidos), 27 de diciembre de 2002, párr. 143, 144, 145.

⁹⁵ OIT. Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales Independientes del 27 de junio de 1989. Art 6 a).

⁹⁶ Ibidem. Art 15.

⁹⁷ Ibidem. Art. 17.

- (i) La participación efectiva, es decir, que los miembros de las comunidades indígenas consultados sean involucrados activamente, otorgándoles información veraz y clara en relación con los efectos y riesgos que puede ocasionar la implementación y desarrollo del proyecto e infraestructura a ejecutar. Esto conlleva, a que las partes se encuentren en constante comunicación a través de los procedimientos culturales.
- (ii) La promoción de espacios de discusión entre los miembros de la comunidad.
- (iii) Adecuarse a las formas organización, a los mecanismos de toma de decisiones y a los pronunciamientos de las autoridades tradicionales.

En el caso *Pueblo Indígenas Kichwa de Sarayaku contra Ecuador*, la Corte IDH indico que la propiedad comunal y la propiedad privada particular entran en contradicciones reales o aparentes, y la Convención Americana y la jurisprudencia de dicho Tribunal proveen las pautas para definir las restricciones admisibles, sin embargo, tratándose de recursos naturales que se encuentran en el territorio de una comunidad indígena, además de los criterios mencionados, se exige al Estado que verifique que dichas restricciones no impliquen una denegación de la subsistencia del propio pueblo indígena⁹⁸. En este caso⁹⁹, la Corte IDH reitera algunos criterios adicionales que deben ser tenidos en cuenta al momento de consultar a las comunidades:

⁹⁸ CIDH. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku contra Ecuador. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245. Par. 156.

⁹⁹ CIDH. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku contra Ecuador. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245. Par 166, 186, 167, 201.

- (i) Debe ser previa. Esta debe llevarse a cabo antes de tomar la medida o realizar el proyecto que sea susceptible de afectar a las comunidades, incluyendo medidas legislativas.
- (ii) El Estado debe asegurar que los derechos de los pueblos indígenas no sean obviados en cualquier otra actividad o acuerdos que haga con terceros privados o en el marco de decisiones del poder público que afectarían sus derechos e intereses.
- (iii) La consulta no debe agotarse en un mero trámite formal, sino que debe concebirse como "un verdadero instrumento de participación", "que debe responder al objetivo último de establecer un diálogo entre las partes basado en principios de confianza y respeto mutuos, y con miras a alcanzar un consenso entre las mismas".
- (iv) El Estado debe asegurar que los miembros de la comunidad tengan conocimiento de los posibles beneficios y riesgos, para que puedan evaluar si aceptan el plan de desarrollo o inversión propuesto.

En el caso *Pueblo Indígenas Kichwa de Sarayaku contra Ecuador*, la Corte IDH señaló de forma expresa que la obligación de consulta, además de constituir una norma convencional, es también un principio general del Derecho Internacional, y la carga probatoria al demostrar que todas las dimensiones del derecho a la consulta

previa fueron efectivamente garantizadas es del Estado, que es el exclusivo responsable del desarrollo de la misma en cada caso concreto¹⁰⁰.

La Corte IDH en *Caso Pueblo Saramaka contra Suriname*, indico lo siguiente: *“Asimismo, la Corte considera que, cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio Saramaka, el Estado tiene la obligación, no sólo de consultar a los Saramakas, sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de éstos, según sus costumbres y tradiciones. La Corte considera que la diferencia entre "consulta" y "consentimiento" en este contexto requiere de mayor análisis.”*¹⁰¹

Asimismo, en *Comunidades Indígenas Maya en el Distrito de Toledo contra Belice*, la Comisión Interamericana determinó que un procedimiento de “consentimiento pleno e informado”¹⁰² requiere “como mínimo, que todos los integrantes de la comunidad estén plenamente enterados de la naturaleza y consecuencias del proceso, y que estén provistos de una oportunidad efectiva para participar de manera individual o colectiva”¹⁰³.

¹⁰⁰ CIDH. Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku contra Ecuador. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245. Par 164 y 165.

¹⁰¹ CIDH. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas Sentencia de Noviembre 28 de 2007. Serie C No. 172. Párr. 134.

¹⁰² Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Informe 40/04. Fondo. Caso 12.052.

¹⁰³ *Ibidem*. Informe 40/04. Fondo. Caso 12.052.

III. MARCO INTERNO COLOMBIANO DEL DERECHO A LA PROPIEDAD.

Examinado el marco internacional es propio iniciar el examen de la normatividad en el sistema jurídico nacional en referencia al derecho a la propiedad colectiva. Lo primero es plantear que en Colombia los procesos de titulación y adjudicación de tierras se pueden enmarcar en cinco procedimientos principales: (i) El régimen civil que opera en torno al concepto de prescripción ordinaria, extraordinaria o agraria; según se cumplan con los requisitos de cada caso, que se surte mediante un procedimiento especial denominado proceso de pertenencia, regulado en el Código de Procedimiento de Civil Colombiano; (ii) El régimen de pequeñas propiedades rurales contemplado en el Decreto 508 de 1974, que permite la adquisición de inmuebles rurales de menos de 15 hectáreas, mediante operancia de la prescripción agraria, ordinaria y extraordinaria, (iii) el procedimiento de titulación de baldíos regulado en la Ley 200 de 1936, a cargo del INCORA (Hoy INCODER), (iv) El proceso de pertenencia de viviendas de interés social regulado en la Ley 9 de 1989 y la Ley 358 de 1997; y (v) El procedimiento dispuesto en la Ley 1148 de 2011 y el Decreto 4829 de 2011, cuyo objeto es restituir tierras a las víctimas del conflicto armado, estableciendo procedimientos de investigación y reparación de las víctimas del conflicto, precisando normas en materia de restitución y entrega de tierras, que resulta igualmente aplicables a las comunidades indígenas y pueblos tribales en caso que estas sean consideradas víctimas.

Vale la pena destacar previo a la continuación del análisis que la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia¹⁰⁴ se han pronunciado en varias oportunidades acerca de la procedencia de las limitaciones al derecho a la propiedad, manifestando que los atributos de goce y disposición constituyen el núcleo esencial de este derecho; sin embargo, pueden restringirse debido a que su ejercicio debe armonizarse con las disposiciones constitucionales y con la coexistencia de derechos de otros individuos. De esta forma, se hace legítima la posibilidad de limitar, poner cargas, funciones sociales y ecológicas sobre el derecho a la propiedad, debido a su carácter no absoluto.

El Artículo 669 del Código Civil consagra el derecho de dominio o propiedad como *“el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella, no siendo contra ley o contra derecho ajeno”*. Los derechos reales que componen el derecho de dominio pueden desmembrarse, por ende, el usufructuario tiene la propiedad de su derecho de usufructo.¹⁰⁵ Así las cosas, la propiedad individual regulada en el Código Civil y protegida Constitucionalmente, se puede alcanzar a través de cualquiera de los siguientes modos para adquirir el dominio: La ocupación, la accesión, la tradición, la sucesión por causa de muerte y la prescripción.¹⁰⁶

¹⁰⁴ Corte Suprema de Justicia -CSJ Sentencia 086 del 11 de agosto de 1988. Corte Constitucional .C-431 de 1994, C-589 de 1995, T-506 de 1992, T-554 de 1994, T-284 de 1994, T-310 de 1995, T-440 de 1995, T- 447 de 1996, T- 245 de 1997, T - 413 de 1997, T- 414 de 1997, T-554 de 1998, y C-595 de 1999.

¹⁰⁵ Código Civil. Artículo 670

¹⁰⁶ Código Civil. Artículo 673.

En las sentencias C-133 de 2009 y C-189 de 2006, la Corte Constitucional manifestó expresamente que el derecho de propiedad comprende tres elementos, que son el uso (*usus*), el goce o disfrute (*fructus*) y la disposición. En la C-189 de 2009 esta Corporación se pronunció de la siguiente forma:

“ *Al derecho de propiedad se le atribuyen varias características, entre las cuales, se pueden destacar las siguientes: (i) Es un **derecho pleno** porque le confiere a su titular un conjunto amplio de atribuciones que puede ejercer autónomamente dentro de los límites impuestos por el ordenamiento jurídico y los derechos ajenos; (ii) Es un **derecho exclusivo** en la medida en que, por regla general, el propietario puede oponerse a la intromisión de un tercero en su ejercicio; (iii) Es un **derecho perpetuo en cuanto dura mientras persista el bien sobre el cual se incorpora el dominio, y además, no se extingue -en principio- por su falta de uso;** (iv) Es un **derecho autónomo** al no depender su existencia de la continuidad de un derecho principal; (v) Es un **derecho irrevocable**, en el sentido de reconocer que su extinción o transmisión depende por lo general de la propia voluntad de su propietario y no de la realización de una causa extraña o del solo querer de un tercero, y finalmente; (vi) Es un **derecho real** teniendo en cuenta que se trata de un poder jurídico que se otorga sobre una cosa, con el deber correlativo de ser respetado por todas las personas.*

En cuanto a sus atribuciones, las mismas persisten desde el derecho romano y se resumen en los actos materiales y jurídicos que permiten a su titular el

*aprovechamiento de su derecho, en concreto, a través de los beneficios del uso, el fruto y la disposición. En cuanto al primero, reconocido como el **ius utendi**, se limita a consagrar la facultad que le asiste al propietario de servirse de la cosa y de aprovecharse de los servicios que pueda rendir. Por su parte, el segundo, que recibe el nombre de **ius fruendi o fructus**, se manifiesta en la posibilidad del dueño de recoger todos los productos que acceden o se derivan de su explotación. Finalmente, el tercero, que se denomina **ius abutendi**, consiste en el reconocimiento de todas aquellas facultades jurídicas que se pueden realizar por el propietario y que se traducen en actos de disposición o enajenación sobre la titularidad del bien.”*

Ahora bien, en relación a la regulación de la propiedad colectiva de las comunidades afrocolombianas, es preciso señalar que la construcción de la territorialidad de los pueblos afrocolombianos en Colombia ha experimentado una serie de cambios de amplia trascendencia, que se evidencian en su evolución histórica¹⁰⁷. La motivación de la regulación especial en materia de titulación y manejo de tierras en Colombia, es principalmente el deseo de reconocer un derecho emergido de las instituciones jurídicas provenientes de España y la presión cultural ejercida en el periodo

¹⁰⁷ En el periodo colonial, las comunidades afrocolombianas, presentaron una dinámica de poblamiento del territorio influenciada por una serie de factores económicos, físicos y sociales. Por la ubicación de los centros portuarios de recepción de esclavos, y de los lugares de explotación aurífera, la zona caribe y occidental recibió una fuerte influencia cultural de las tradiciones de las comunidades africanas. El proceso de organización de cimarrones, y de los palenques cuyo antecedente fue las rebeliones de negros por los padecimientos de la esclavitud, permitió el desarrollo de relaciones particulares entre las comunidades que habitaban palenques y el territorio habitado. Pese a que la esclavitud fue abolida el 21 de mayo de 1851, las circunstancias de vida de estas comunidades no se modificaron durante los años siguientes. Solo hasta la década de los años 80s, estos colectivos inician la reivindicación de sus derechos territoriales, buscando la implementación de mecanismos de titulación colectiva. De esta forma, se institucionalizan algunas asociaciones de afrocolombianos, como la Asociación Campesina Integral del Atrato – ACIA.

correspondiente a la conquista y la colonia a los pueblos nativos y esclavizados, y esto resulta relevante por cuanto la figura jurídica del bien baldío como eje para la titulación de tierras de comunidad afrocolombianas, aún pervive en la legislación vigente.

Lo relevante a resaltar, es principalmente que del análisis de la regulación, normativa y jurisprudencia antes indicada en materia de titulación, adjudicación y manejo de tierras de las comunidades indígenas y tribales, es posible concluir que dicha materia se ha desarrollado en dos vías: (i) la creación de acciones afirmativas, que propugnan por una igualdad material señalando que ante las experiencias traumáticas vividas por estas comunidades en el pasado requieren de un trato preferente, y (ii) la existencia de una protección a la diversidad cultural que se evidencia en sus dinámicas sociales, repercutiendo en las políticas públicas en materia ambiental y de distribución de recursos.

Finalmente, con posterioridad a la expedición de la Constitución de 1991 se presentó un reconocimiento de carácter constitucional a la organización de las comunidades indígenas y afrocolombianas. Dicha organización resulta particular y diversa a las dinámicas sociales generalizadas por lo que existe peculiaridad en todos los ámbitos de las comunidades.

Así a modo de ejemplo, las comunidades afrocolombianas tienen instituciones de dirección grupal y normas propias de derecho que regulan incluso la propiedad privada, y pueden colisionar con la normativa contenida en el Código Civil, de forma específica en relación con la disposiciones referente a la prescripción adquisitiva de dominio, que por su estructuración y requisitos no puede operar respecto de la posesión que algunas comunidades afrocolombianas tienen en selvas tropicales¹⁰⁸. Así mismo, existen prácticas de trueque que no se ejecutan bajo los supuestos de contrato de permuta consagrado en el Código Civil, y que no representan afectaciones a la economía local o nacional. Por otro lado, en relación a los mecanismos de resolución de conflictos, estos involucran la vivencia del sistema simbólico y cultural de estos pueblos pudiendo no ser comprendidos en su totalidad por autoridades oficiales¹⁰⁹. Así mismo, debido a que a que las comunidades indígenas y pueblos tribales adquieren personalidad jurídica¹¹⁰ diferente a la de sus miembros, son estas directamente las titulares de la propiedad colectiva, sin embargo, debido a que en

¹⁰⁸ En términos del Código Civil Colombiano para que pueda interponerse un proceso de pertenencia conforme al artículo 407 del Código de Procedimiento Civil, es necesario, que se acrediten varios requisitos para que opere la prescripción adquisitiva según sea el caso (prescripción ordinaria, extraordinaria o agraria). La posesión no continua puede facultar a otro para entrar en posesión según lo consagrado en el artículo 787 del Código Civil; las comunidades afrocolombianas sobre la totalidad de los terrenos selváticos no poseen animo de señor y dueño de forma continua pero ello no puede ser un factor legitimante para que un tercero pueda adquirir por usucapión, debido a que sus concepciones les señalan que la tierra no puede ser subutilizada, de tal forma que la misma debe experimentar periodos de receso de la intervención y la presencia del hombre para recuperarse. Por esta misma concepción sería inaplicable la prescripción agraria, según lo dispuesto en el artículo 12 de la Ley 200 de 1936, debido a que adicional al requisito de posesión durante determinado periodo de tiempo, es indispensable la explotación económica continua del predio rural. El sistema de agricultura de estas comunidades se basa en largo lapso de descanso o recuperación del suelo después de la primera siembra, el bosque en realidad son parcelas que fueron cultivadas y que se han vuelto a poblar de árboles. Quien cultivó primero se siente dueño y volverá a levantar su sembrado cuando considere que el suelo se recuperó.

¹⁰⁹ Dichas dinámicas no se ajustan en estricto sentido a mecanismos alternativos de solución de conflictos como la Conciliación y la Amigable Composición, para que obtengan validez en el mundo jurídico.

¹¹⁰ La personalidad jurídica de las comunidades indígenas en Colombia, no se concreta en la existencia de una persona jurídica en estricto sentido, como si ocurren en otras jurisdicciones como Nicaragua. Sin embargo, las comunidades indígenas mediante sus representantes electos pueden actuar siendo sujetos de derechos y obligaciones de forma independiente a sus miembros. Igualmente actúan a través de las entidades territoriales indígenas. Respecto a los pueblos tribales, el Consejo Comunitario se constituye como persona jurídica y es mediante este órgano que las comunidades afrocolombianas pueden actuar.

estricto sentido esta personalidad jurídica no se concreta en una persona jurídica o “ente ficticio” independiente, la aplicación de algunas disposiciones del Código Civil colombiano, a saber, el artículo 2322 harían parecer que el fenómeno de la propiedad colectiva de las comunidades indígenas y tribales sería equivalente al cuasicontrato de comunidad, en el cual una cosa universal o singular, pertenece a dos o más personas sin que ninguna de ellas haya contratado sociedad o celebrado otra convención relativa a la misma. Entender de esta forma el derecho a la propiedad colectiva sería desnaturalizar dicha figura jurídica.

Lo anterior no obsta para manifestar que las lagunas normativas presentadas en la regulación en materia de titulación, demarcación y delimitación de tierras pueden ser superadas con la integración normativa que se logra al aplicar analógicamente algunas de las disposiciones del Código Civil, siempre y cuando estas no contraríen la esencia de la propiedad colectiva y en todo caso prefiriendo una interpretación que considere a la propiedad colectiva como una propiedad cualificada.

Igualmente, podemos reseñar el caso de la comunidad Kogui en Colombia. Dicha comunidad cuenta con aproximadamente 6.000 individuos de lengua chibcha, y se podría aseverar que es uno de los pocos grupos nativos que mantienen sus instituciones sociales, políticas y religiosas con elementos propios de los antiguos cacicazgos del noroccidente de Suramérica. Las aldeas de esta comunidad no se encuentran habitadas de forma permanente debido a que su poblamiento solo se da en

los periodos del año asociados a prácticas rituales, durante las porciones restantes del año las familias retornan a sus viviendas que se encuentran diseminadas por toda la Sierra Nevada de Santa Marta, y que adicionalmente pueden ser múltiples debido a que se asientan en los diferentes pisos térmicos de la Sierra. En cada uno de los pisos térmicos tardan el tiempo necesario para cosechar, deshierbar y cuidar sus siembras; usualmente se limpia el terreno a inicios del año y se quema en febrero o marzo, es por ello que la agricultura no es fija ni itinerante ya que el terreno puede estar cultivado por 5 años y luego descansa por 10 años¹¹¹. Desde la Cosmología Kogui, la Sierra Nevada de Santa Marta es el centro del mundo, y eje fundamental; en esa medida cualquier despojo de las tierras implicaría privarlos de su posición geocéntrica, que deriva en su autocomprensión como los hermanos mayores del mundo. Por su parte, la ubicación de las viviendas, se encuentra vinculada a los conocimientos ancestrales al respecto del calendario y del solsticio de verano. Como este, se podrían citar las cosmologías de otras comunidades indígenas y afrocolombianas, como la del pueblo Yukuna y su concepción de la Chagra; que reflejan la visión particular del derecho a la propiedad colectiva.

En el caso de las comunidades indígenas, en desarrollo del artículo 1° de la Constitución de 1991 que consagra al Estado Colombiano como un Estado pluralista, se reconoce constitucionalmente la jurisdicción indígena. El despojo de tierras a comunidades indígenas y afrocolombianos se ha agudizado con el asentamiento de

¹¹¹ Reichel Dolmatoff, Gerardo. Caribe Colombia. Fondo FEM Colombia, Bogota 1990. Pág. 208.

desplazados y colonos en territorios ancestrales, todo esto ha desembocado en una situación de subordinación hace más de 500 años, que se representa en fenómenos que alteran la identidad cultural como la afectación de la relación con la madre tierra, los recursos naturales, la biodiversidad y la organización cultural del espacio que ha llevado al reduccionismo de la tradición. En la década de los años 70s y 80s, las confrontaciones para recuperar los territorios ancestrales fomentaron las dinámicas de la etnoeducación, que fueron propiciadas por grupos como el CRIC – Consejo Regional de Indígenas del Cauca y el CIT – Confederación Indígena Tayrona, que se reconocieron por parte del Estado en el Decreto 1142 de 1978.

IV.1. CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LOS DERECHOS DE LAS COMUNIDADES INDÍGENAS Y TRIBALES: DERECHO A LA PROPIEDAD.

En la Asamblea Nacional Constituyente origen de la Constitución de 1991, se reconoció que los derechos a la identidad cultural y a la autonomía de los grupos étnicos solo se materializarían mediante el reconocimiento al derecho a la propiedad colectiva¹¹². La Constitución de 1991 reconoce al Estado Colombiano como multiétnico y pluricultural, que otorga derechos políticos, económicos, sociales y culturales a las diversas minorías étnicas que se encuentran en el territorio nacional. La Carta Política definió a los grupos étnicos como comunidades indígenas,

¹¹² Asamblea Nacional Constituyente, Ponencia Los derechos de los grupos étnicos. Francisco Rojas Birry. Gaceta Constitucional No 67, Pág. 18.

comunidades afrocolombianas, y a los habitantes de la isla de San Andrés y Providencia.

En la Constitución de 1991, se encuentran las siguientes disposiciones referentes a los grupos indígenas y a las comunidades afrocolombianas: *“El Estado colombiano reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación Colombiana”*¹¹³, *“las lenguas y dialectos de los grupos étnicos son también oficiales en sus territorios. La enseñanza que se imparte en las comunidades con tradiciones lingüísticas propias, será bilingüe”*¹¹⁴, *“Las tierras de resguardo son inalienables, imprescriptibles e inembargables”*¹¹⁵, *“tendrán derecho a una formación que respete y desarrolle su identidad cultural”*¹¹⁶, *“Son entidades territoriales los departamentos, los distritos, los municipios y los territorios indígenas”*¹¹⁷, y *“una ley que les reconozca a las comunidades negras el derecho a la propiedad colectiva sobre las áreas que habrá de demarcar la misma ley”*¹¹⁸.

Posteriormente, la Corte Constitucional mediante sus pronunciamientos ha dado alcance a las antedichas disposiciones constitucionales, en lo que respecta a los

¹¹³ Constitución Política. Artículo 7.

¹¹⁴ Ibidem. Artículo 10.

¹¹⁵ Ibidem. Artículo 63.

¹¹⁶ Ibidem. Artículo 68.

¹¹⁷ Ibidem. Artículo 286.

¹¹⁸ Ibidem. Artículo 55 Transitorio

derechos de estas comunidades a la subsistencia, a la integridad étnica, cultural y social; a la propiedad colectiva y a la consulta previa¹¹⁹.

En el ámbito interno, la Corte Constitucional Colombiana ha reiterado desde la sentencia SU-039 de 1997, que toda decisión proveniente del Estado debe carecer de arbitrariedad, obedeciendo a una motivación objetiva, razonable y proporcional, que atienda al principio constitucional de protección a la identidad e integridad cultural de las comunidades indígenas. Sin embargo, en sentencia C-821 de 2002, el máximo órgano constitucional indicó que el mecanismo de consulta previa en ningún caso puede implicar que las comunidades indígenas y tribales cuenten con un derecho de veto; así en sentencia T-880 de 2006 se estableció que si bien el Estado debía promover un espacio de concertación, si no es posible concertar una solución; este se encuentra legítimamente facultado para fijar unilateralmente la decisión mitigando los daños a las comunidades.

En la sentencia C- 366 de 2011 reafirmando los criterios de las sentencias C-030 de 2008 y SU-383 de 2003, la Corte Constitucional estableció que de las disposiciones constitucionales se desprenden dos modalidades de participación a favor de los pueblos indígenas y afrocolombianos: (i) las comunidades tienen el derecho a participar en el mismo grado que los demás ciudadanos, a través de mecanismos

¹¹⁹ Corte Constitucional. SU - 510 de 1998, T - 606 de 2002, SU-039 de 1997, T-428 de 1992, T-523 de 1997, T-254 de 1994, T-634 de 1999, T-188 de 1993, C-139 de 1996, T- 254 de 1994, T-932 de 2001, y T-1022 de 2001.

concretos y adecuados, compatibles con las particularidades de esa identidad. Así, las comunidades: a) pueden elegir dos senadores en circunscripción nacional, y gozan de la circunscripción especial indígena para elección en la Cámara de Representantes, b) tienen la prerrogativa que sus territorios sean considerados entidades territoriales, gobernados por consejos conformados y reglamentados según sus usos y costumbres, con autonomía para la aplicación de las normas sobre usos del suelo, poblamiento de sus territorios, y diseño de las políticas y los planes y programas de desarrollo económico y social dentro de su territorio, en armonía con el Plan Nacional de Desarrollo; c) ejercen funciones jurisdiccionales en sus territorios de conformidad con sus normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y a las leyes de la República.

El segundo ámbito de participación es el relativo a las medidas que afectan directamente a dichas comunidades. Por interpretación del Convenio 169 de la OIT, la Corte Constitucional concluyó que estos pueblos tienen derecho a que se surta un procedimiento particular de consulta previa como requisito necesario para garantizar la preservación de su identidad cultural. La consulta previa es un derecho fundamental y un deber estatal correlativo a los trámites idóneos y eficaces para que las comunidades tradicionales participen en el diseño de las políticas que les conciernen. La Corte ha determinado algunas materias de obligatoria consulta previa como lo son las relativas a: el territorio, el aprovechamiento de la tierra rural y

forestal, y la explotación de recursos naturales en las zonas en que se asientan las comunidades diferenciadas.

En la sentencia C-331 de 2012, se estableció que el procedimiento de consulta previa debe efectuarse de buena fe, a través de formas y medios de comunicación efectivos; no puede consistir en simples trámites administrativos o en meros requisitos formales, debe ser un proceso sustantivo.

En la acción de Tutela 769 de 2009, se aplicó por primera vez el estándar de la sentencia de *Saramaka contra Surinam*, refiriéndose a la afectación de más de 11 comunidades indígenas y 2 comunidades afrodescendientes. En esta oportunidad, la Corte Constitucional concedió la acción de tutela porque el procedimiento no informó ni consultó a todas las comunidades directamente afectadas por el proyecto Mandé Norte de exploración y explotación de una mina de cobre, oro, entre otros minerales, en los departamentos de Antioquia y Chocó. Dicho proyecto cubría parte de los territorios del Resguardo Indígena “Embera de Uradá Jiguamiandó”. Lo anterior, mediante el desarrollo de la figura del consentimiento libre, informado y previo según las costumbres y tradiciones de las comunidades indígenas.

La conservación de zonas protegidas y el uso sostenible de los recursos naturales, guarda una relación estrecha con los territorios colectivos de comunidades afrocolombianas y resguardos indígenas, no solo por el porcentaje de zona protegida

que se encuentra dentro de los límites de estos terrenos y por la dependencia que tiene estas comunidades del ecosistema con el que interactúan para lograr su supervivencia física y cultural, sino también por la normativa expedida para certificar ecológicamente la tierra colectiva de estos pueblos.

Las comunidades afrocolombianas son protegidas por expresa disposición constitucional. El artículo transitorio 55 de la Carta Política de 1991 estableció que se debía encargar a una comisión especial la elaboración de un estudio referente a la propiedad colectiva con el objeto de expedir una ley que regulará esta institución y reconociera la ocupación de las tierras baldías de los terrenos ubicados en la cuenca del pacífico, atendiendo a las prácticas tradicionales de estos pueblos. Así, en el año 1993 se promulgó la ley 70, que estableció procesos de demarcación y titulación de las tierras objeto del derecho colectivo de propiedad.

Esta ley establece la creación de los Consejos Colectivos y prevé mecanismos alternativos de solución de conflictos, guarda armonía con el artículo 76 de la Ley 99 de 1993, y el artículo 330 de la Constitución Nacional, según los cuales las comunidades gozan de la prerrogativa de la consulta previa.

Actualmente, los territorios de colectivos indígenas y afrocolombianos han sido ocupados forzosamente o mediante enajenaciones viciadas, con el objeto de plantar cultivos ilícitos, acrecentar el territorio de grandes terratenientes y obtener puntos

estratégicos en el conflicto interno. Estas causas pueden ser explicaciones a los fenómenos de desplazamiento temporal o definitivo de las comunidades indígenas y tribales. Es por ello que la propiedad de estas comunidades puede ser igualmente protegida bajo las normas de la Ley 1148 de 2011 y sus decretos reglamentarios.

V. SISTEMA DE TITULACIÓN Y DEMARCACIÓN DE TIERRAS DE LAS COMUNIDADES AFROCOLOMBIANAS.

Este sistema de titulación y demarcación de tierras de comunidades afrocolombianas se encuentra contenido en la Ley 70 de 1993, Decreto 1745 de 1995, Ley 160 de 1994, Decreto 2663 de 1994 y Decreto 2664 de 1994. Estas normas contemplan tres procedimientos administrativos en relación a la titulación y delimitación de tierras: (i) la adjudicación de terrenos baldíos que hayan sido y estuvieren ocupados por comunidades afrocolombianas, (ii) la clarificación y (iii) el deslinde de tierras adjudicadas a dichas comunidades.

V.1. ADJUDICACIÓN DE TERRENOS BALDÍOS QUE HAYAN SIDO Y ESTUVIEREN OCUPADOS POR COMUNIDADES AFROCOLOMBIANAS

El artículo 1 de la Ley 70 de 1993, determina que su objeto y alcance es reconocer el derecho a la propiedad colectiva de las comunidades afrocolombianas, comprendidas estas como el conjunto de familias de ascendencia afrocolombiana que poseen una

cultura propia, comparten una historia y tienen sus propias tradiciones y costumbres dentro de la relación como poblado, que conservan conciencia de identidad que las distinguen de otros grupos étnicos.

Dicho reconocimiento se concreta mediante la adjudicación de tierras que: (i) estas comunidades hayan venido ocupando, lo que implica que se hayan asentado histórica y ancestralmente en las tierras para su uso colectivo, constituyendo estas su hábitat, y desarrollando en las mismas hasta la fecha de la solicitud y su trámite sus prácticas tradicionales de producción; y (ii) sean consideradas baldías, es decir, en consonancia con el artículo 2 de la Ley, aquellos terrenos que pertenecen al Estado, y los que, habiendo sido adjudicados con ese carácter, deban volver a dominio del Estado. Pese a que la ley establece que el ámbito de aplicación de la misma, es para cualquier zona baldía, rural y ribereña del territorio nacional que haya sido ocupada por comunidades afrocolombianas que posean prácticas tradicionales de producción y cumpla los demás requisitos de la ley; el artículo primero efectúa un especial énfasis en la aplicación territorial en las zonas rurales ribereñas de los ríos de la Cuenca del Pacífico.

El concepto de prácticas tradicionales de producción resulta ser de especial relevancia debido a que el concepto de ocupación se encuentra íntimamente ligado a que las comunidades desplieguen en el territorio que habitan, dichas prácticas. Así, por prácticas tradicionales de producción se entienden aquellas actividades y técnicas

agrícolas, mineras, de extracción forestal, pecuarias, de caza, pesca y recolección de productos naturales en general, que han utilizado consuetudinariamente las comunidades afrocolombianas para garantizar la conservación de su vida y el desarrollo autosostenible.

Expuesto lo anterior, resulta preciso indicar las condiciones previas que debe acreditar una comunidad para ser beneficiaria de las disposiciones consagradas en la Ley 70 de 1993¹²⁰. Para adjudicar las tierras, (i) cada comunidad deberá formar un Consejo Comunitario como forma de administración interna; y (ii) las tierras a adjudicar no pueden comprender alguna de las siguientes categorías, so pena de no llevarse a cabo la adjudicación: a) bienes de uso público, b) áreas urbanas de los municipios, c) tierras de resguardos indígenas legalmente constituidos, d) los predios rurales en los cuales se acredite propiedad particular conforme a la ley 200 de 1936, e) áreas reservadas para la seguridad y defensa nacional, y f) áreas del sistema de Parques Nacionales.

Con la expedición del decreto 1745 de 1995, se amplió el catalogo de las tierras no adjudicables y se adiciono: a) predios de propiedad privada, b) baldíos que hubieren sido destinados por entidades públicas para adelantar planes viales u otros de igual significación para el desarrollo económico y social del país, c) baldíos que constituyan reserva territorial del Estado, según lo dispuesto en el literal d, del

¹²⁰ Congreso de la Republica. Ley 70 de 1993. Artículo 5.

artículo 9 del Decreto 2664 de 1994, d) baldíos donde estén establecidas comunidades indígenas o que constituyan su hábitat de acuerdo al inciso final del artículo 60 de la Ley 160 de 1994, y e) reservas indígenas y territorios tradicionales utilizados por pueblos indígenas nómadas y seminómadas o agricultores itinerantes para la caza, recolección u horticultura que se hallaren ubicados en zona de reserva forestal a la fecha de vigencia de la ley 160 de 1994.

La titulación formal de los terrenos a las comunidades afrodescendientes no comprende la adjudicación de los recursos naturales renovables y no renovables que allí se encuentran, ni el ejercicio de dominio sobre el subsuelo, debido a que este corresponde al Estado por disposición constitucional¹²¹.

En relación a las áreas del sistema de Parques Nacionales, por disposición de la Ley lo que atañe a las prácticas tradicionales cuando existan asentamientos de comunidades afrocolombianas previa declaratoria de área de especial protección, se regulará consensuadamente con las comunidades en el plan de manejo mediante mecanismos de consulta y participación. Si las comunidades no se allanan a cumplir el plan de manejo, deberán ser reubicadas a otro sector susceptible de titulación colectiva.

¹²¹ Constitución Política de 1991. Artículo 332.

La adjudicación de la tierra, en ningún caso implica el otorgamiento de un derecho a la propiedad absoluto, previendo las siguientes limitaciones y cargas:

1. La propiedad de los suelos y los bosques, se ejercerá atendiendo la función social y la función ecológica de la tierra, y por ello:
 - a. El uso de los bosques y aprovechamientos forestales con fines comerciales debe garantizar la persistencia del recurso, previa autorización de la entidad competente.
 - b. El uso de los suelos se hará desarrollando modelos apropiados de producción como la agrosilvicultura, la agroforestería o similares que comporten prácticas ambientalmente sostenibles.
 - c. Las comunidades deben cumplir las obligaciones de protección del ambiente y de los recursos naturales renovables; y contribuir con las autoridades en la defensa de ese patrimonio.
 - d. Las comunidades deben conservar y propiciar la regeneración de vegetación protectora de aguas, garantizando mediante un uso adecuado la persistencia de ecosistemas especialmente frágiles, y protegiendo y conservando las especies de fauna y flora silvestre amenazadas. De acuerdo al párrafo del artículo 21 dicha tarea de las comunidades será llevada a cabo con las partidas presupuestales que el Gobierno Nacional destine al efecto.

e. El aprovechamiento forestal persistente será reglamentado por la entidad administradora de recursos naturales concertadamente con las comunidades, para el uso colectivo de los bosques¹²².

Sin embargo, para el aprovechamiento, procesamiento o comercialización de los productos forestales que se obtengan en desarrollo de la concesión forestal, la comunidad concesionaria podrá entrar en asociación con entidades públicas o privadas. Toda propuesta o proyecto de la comunidad se prioriza sobre terceros, y el Estado garantizará capacitación a las comunidades para el éxito económico de dichos proyectos.

d. Cuando la autoridad ambiental considere necesaria la protección de especies, ecosistemas o biomas constituirán reservas naturales especiales en cuya delimitación, conservación y manejo participarán las comunidades

2. Sólo podrán enajenarse las áreas que sean asignadas a un grupo familiar, por la disolución de aquel u otras causas que señale el reglamento.
3. El ejercicio del derecho preferencial de ocupación o adquisición únicamente podrá recaer en otros miembros de la comunidad y, en su defecto en otro miembro del grupo étnico, con el propósito de preservar la integridad de las tierras de las comunidades negras y la identidad cultural de las mismas.

¹²² Congreso de la Republica. Ley 70 de 1993. Artículo 24.

En relación a esto, el artículo 33 del Decreto 1745 de 1995 precisa que solo podrá enajenarse el usufructo a un grupo familiar o a un miembro de la comunidad por parte del titular o titulares de este derecho con la aprobación de la junta del Consejo Comunitario por causas del reglamento interno de la comunidad.

Así, dicha prerrogativa de los miembros de la comunidad afrocolombiana o de un miembro de otro grupo étnico comporta un derecho o pacto legal de preferencia para la adquisición del usufructo, que obliga al titular de dicho derecho a ofrecerlo preferentemente a cualquiera de los beneficiarios antes indicados. La Ley no regula el título al que se hará la enajenación y si esta será onerosa o gratuita. Si se entiende la naturaleza de esta disposición como un pacto de preferencia, el miembro de la comunidad o de otra comunidad no está obligado a adquirir y el titular del derecho solo está obligado a ofrecerle primero a este último. Sin embargo, parece ser de acuerdo al carácter imperativo de la disposición, que ofrecer preferentemente a los miembros de la comunidad o de otro grupo étnico, no libera al titular que quiera enajenar su derecho de usufructo para poderlo ofrecer a terceros, debido a que este solo es enajenable a miembros de la comunidad o de otro grupo étnico, siempre y cuando concurra alguna de las causas del reglamento previa autorización del Consejo Comunitario.

4. El Ministerio de Minas y Energía de oficio o a petición de las comunidades, podrá señalar y delimitar en las áreas adjudicadas zonas mineras en las cuales la exploración y la explotación de los recursos deberá realizarse bajo condiciones técnicas especiales de protección y participación de tales comunidades, sin perjuicio de los derechos adquiridos o constituidos a favor de terceros.

Las comunidades deben adelantar el procedimiento de solicitud de exploración y explotación de las zonas mineras en las que ellas habitan. Esto mencionando que el artículo 27 de Ley 70 de 1993, dispone que estas comunidades *“gozarán del derecho de prelación para que el Gobierno, (...) les otorgue licencia especial de exploración y explotación en zonas mineras (...) sobre los recursos naturales no renovables tradicionalmente aprovechados por tales comunidades. Sin embargo, la licencia especial, podrá comprender otros minerales con excepción del carbón, minerales radioactivos, sales e hidrocarburos.”* En relación a solicitudes interpuestas por terceros, el artículo 37 del Decreto 1745 de 1995 señala que una vez la Comisión Técnica verifique que se encuentra en territorio susceptible de ser titulado como tierra colectiva a comunidades afrocolombianas, se informará, por escrito, al Consejo Comunitario respectivo o a los representantes de las comunidades involucradas, para que ejerzan el derecho de prelación. La Ley 70 ni los decretos que la reglamentan consagran expresamente¹²³ que se sucede en caso del no ejercicio del derecho de

¹²³ El artículo 12 de la Ley 70 de 1993 dispone que en caso de no contemplarse algo en la ley aplicara supletivamente las normas generales en materia de adjudicación de baldíos.

prelación y en cuanto tiempo debe ejercerse el mismo, pero la consecuencia práctica es que los terceros podrán ser concesionarios para la exploración y explotación de las zonas mineras, y las comunidades no podrán oponer su derecho cuando se haya otorgado la concesión siempre y cuando se les hubiese informado de su posibilidad de ejercicio del derecho¹²⁴.

Previo a la adjudicación o titulación formal de la tierra, no se adjudicarán las tierras ocupadas por las comunidades ni se otorgarán autorizaciones para explotar en ella recursos naturales sin concepto previo de la Comisión Técnica¹²⁵. Las adjudicaciones que se hagan en contravención a esto, son nulas y contra el acto administrativo que las soporta procede la acción de nulidad y restablecimiento del derecho. Dicha acción tiene una caducidad especial de 2 años contados desde la ejecutoria de la resolución o desde la publicación. Así mismo, es posible que de oficio o a solicitud del interesado se revoque la resolución, y para ello, no aplican las normas del Código Contencioso administrativo en lo referente al consentimiento expreso y escrito del particular¹²⁶.

Con la adjudicación de la tierra a las comunidades afrocolombianas mediante acto administrativo la parte de la tierra de la comunidad negra destinada a su uso colectivo

¹²⁴ El artículo 28 de la Ley 70 de 1993 se refiere a las zonas mineras conjunta que se constituyen cuando comunidades afrocolombianas e indígenas cohabitan dichas zonas

¹²⁵ Congreso de la Republica. Ley 70 de 1993. Artículo 17.

¹²⁶ *Ibidem*. Artículo 18.

es inalienable, imprescriptible e inembargable¹²⁷; y las comunidades no requieren concesión, o cualquier otra autorización para la utilización de recursos naturales renovables para construcción o reparación de viviendas, cercados, canoas y otros elementos domésticos para uso de los integrantes de la respectiva comunidad, así como para desarrollar las prácticas tradicionales sobre las aguas, las playas o riberas, los frutos secundarios del bosque o sobre la fauna y flora terrestre y acuática para fines alimenticios. En relación al uso de los recursos en las prácticas de producción prevalecerá el uso de recursos destinados a caza, pesca o recolección de productos, para la subsistencia, sobre cualquier aprovechamiento comercial, semi-industrial, industrial o deportivo¹²⁸.

Las ocupaciones que se adelanten por personas no pertenecientes al grupo étnico sobre las tierras adjudicadas en propiedad colectiva no darán derecho al interesado para obtener la titulación ni el reconocimiento de mejoras y para todos los efectos legales se considerará como poseedor de mala fe¹²⁹.

Las consecuencias legales de ser considerado poseedor de mala fe se encuentran consagradas en el artículo 964 del Código Civil, las cuales son las siguientes: a). Debe restituir los frutos naturales y civiles de la cosa, los percibidos y los que el dueño hubiera podido percibir con mediana inteligencia y actividad, teniendo la cosa

¹²⁷ Ibidem. Artículo 11.

¹²⁸ Ibidem. Artículo 19.

¹²⁹ Ibidem. Artículo 15.

en su poder. Los frutos deteriorados en su poder se consideraran inexistentes y deberá el valor que tenían o que hubieran tenido en su poder; b). Es responsable de los deterioros que por su hecho o culpa haya sufrido la cosa; y c). Se puede dirigir contra él la acción reivindicatoria y estará obligado a la indemnización de perjuicios.

El procedimiento de adjudicación a partir de la solicitud es de carácter gratuito hasta su finalización¹³⁰. De acuerdo al Decreto 1745 de 1995¹³¹, la comunidad afrocolombiana debe organizarse mediante los siguientes órganos especiales: (i) El Consejo Comunitario, se constituye como una persona jurídica, que ejerce la máxima autoridad de administración dentro de la organización de la comunidad; se encuentra integrado por la Asamblea General y la Junta del Consejo Comunitario.

(ii) La Asamblea General es la máxima autoridad del Consejo y estará conformada por las personas escogidas por la comunidad de acuerdo con su sistema de derecho propio y registradas en el censo interno. La Asamblea General es la encargada de aprobar el reglamento de usos y traspasos del usufructo de las tierras asignadas a los individuos o a las familias, aprobar la delimitación de las tierras colectivas, con base en la propuesta formulada por la Junta del Consejo, y velar por el aprovechamiento y conservación de los recursos naturales de conformidad con la función ecológica de la propiedad.

¹³⁰ Ibidem. Artículo 16.

¹³¹ Presidencia de la Republica. Decreto 1745 de 1995. Capítulos II, III

Por su parte, (iii) la Junta del Consejo es la autoridad de dirección, coordinación, ejecución y administración interna de la comunidad, sus miembros son elegidos por el Consejo Comunitario; y sus funciones son principalmente elaborar el informe que debe acompañar la solicitud de titulación, diligenciar ante el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural - INCODER la titulación colectiva de las tierras, velar por la protección de los derechos de la propiedad colectiva y por la integridad de los territorios titulados a la comunidad, ejercer el gobierno económico de las tierras según sus sistemas de derecho propio y la legislación vigente, delimitar y asignar en usufructo áreas de uso y aprovechamiento individual, familiar y comunitario en el territorio titulado colectivamente, reconociendo las que han venido ocupando tradicionalmente y con base en el reglamento que expida la Asamblea General, y administrar con base en el reglamento de administración territorial y manejo de los recursos naturales; el uso, aprovechamiento y conservación de dichos recursos.

Adicionalmente, la comunidad debe elegir un del Representante Legal del Consejo Comunitario, quien adelantará las labores de representación ante los terceros y las autoridades.

Conjuntamente con estos órganos interactúan las autoridades mediante la Comisión Técnica, que se encuentra integrada por funcionarios designados por el Ministro del Medio Ambiente, el Gerente General del INCODER, y el Director General del

Instituto Geográfico Agustín Codazzi – IGAC. Hasta tanto no se le haya adjudicado a la comunidad en debida forma la propiedad colectiva, le corresponde a dicha Comisión evaluar técnicamente y emitir concepto previo sobre las solicitudes de titulación colectiva, acerca del otorgamiento de licencia ambiental, autorización, concesión o permiso para la ejecución de proyectos, obras o actividades en tierras de comunidades afrocolombianas; y acerca de la celebración de cualquier contrato u otorgamiento de título que tenga por objeto el aprovechamiento de los recursos naturales localizados en tierras colectivas. Igualmente le corresponde determinar los límites del territorio que será otorgado mediante el título de propiedad colectiva, y verificar que las solicitudes de titulación individual no se encuentran en territorios ocupados por una comunidad afrocolombiana, o sean susceptibles de ser titulados colectivamente.

El capítulo VI del Decreto 1745 regula como procedimiento autónomo, el que se debe seguir para que la Comisión evalúe técnicamente y emita concepto previo acerca del otorgamiento de licencia ambiental, autorización, concesión o permiso para la ejecución de proyectos, obras o actividades en tierras de comunidades afrocolombianas, precisando que en caso que dicho concepto fuese desfavorable no podrá concederse la licencia, concesión, permiso o autorización al peticionario.

Las minuciosidades del procedimiento de titulación colectiva se encuentran en el Capítulo V del Decreto 1745 de 1995¹³², al respecto es necesario resaltar que siguiendo en estricto sentido los términos allí dispuestos para cada una de las etapas del procedimiento, su duración total es de 90 días sin llevarse a cabo oposición alguna; sin embargo, dichos plazos no son de carácter perentorio por lo que en principio el servidor público no se encuentra constreñido a cumplirlos a cabalidad, únicamente está obligado a desplegar sus mejores esfuerzos para que el procedimiento no se dilate injustificadamente.

En el evento que se encuentre dentro del territorio solicitado en titulación colectiva habitan dos o más comunidades negras, indígenas u otras, se adelantará un proceso de concertación para la delimitación del territorio. Si no se logra acuerdo, se deberá conformar una comisión mixta con representantes de las comunidades involucradas y

¹³² El procedimiento es el siguiente: (i) Hacer un censo de población interno. (Art 4 y 5 del Decreto 1745 de 1995). (ii) Conformar una Asamblea General, asesorada por una Junta de Acción Comunal o alguna asociación. La función de la asamblea es aprobar la delimitación de las tierras que se solicitan al INCODER. (iii) Establecer un reglamento que resuma los procedimientos mediante los cuales suelen desarrollar las reuniones de las organizaciones tradicionales. (iv) Conformar la Junta de Consejo Comunitario, cuyos miembros serán elegidos por consenso o votación por las Asambleas (Art 9 Decreto 1745 de 1995). (v) Elaborar el informe que debe acompañar la solicitud de titulación. Este informe debe contener lo siguiente: a) Descripción física del territorio que se desea titular. b) Antecedentes históricos. c) Descripción demográfica del territorio y, d) Prácticas tradicionales de producción. d) Organización social estratificando relaciones de parentesco y formas de organización interior. e) Tenencia de tierras dentro del área solicitada, indicando: El tipo tenencia de tierras de personas de la comunidad y personas ajenas, y las Situaciones de conflicto, problemas en el territorio referentes al uso y aprovechamiento de los recursos, indicando causas y posibles soluciones. (vi) Registrar el acta del Consejo Comunitario en la Alcaldía respectiva. (vi) Aprobar en Asamblea Comunitaria las áreas de terreno cuya titulación se solicita. (vii) Redactar la petición y elaborar un mapa del terreno.

El procedimiento puede iniciarse de oficio o a solicitud de parte. La solicitud con sus respectivos anexos debe dirigirse ante el gerente regional del INCODER, en escrito preciso acompañado de una copia del acta de la Asamblea General del Consejo Comunitario, del acta de elección de los miembros de la Junta Comunitaria y del representante legal del Consejo comunitario con la constancia de su registro ante la Alcaldía, adicionalmente el acta donde se autoriza al representante legal a presentar la solicitud. Radicada la solicitud, el gerente regional cuenta con 5 días para ordenar la publicación de la solicitud, y tiene 10 días para realizar una visita ocular a la Comunidad afrocolombiana interesada, la cual no puede exceder de 60 días contados a partir de la radicación de la solicitud. Concluida la visita, los visitadores deben rendir un informe técnico y dar traslado del mismo a la comunidad; si no se presentan oposiciones, el INCODER revisará la solicitud y la fijará en lista por 5 días. Desfijada la lista se remitirá el expediente a la Comisión técnica, que cuenta con 30 días para pronunciarse. Con el concepto favorable de la Comisión técnica, el INCODER expedirá la resolución motivada que otorga la titularidad de la tierra a la comunidad negra solicitante. Esta resolución debe ser registrada en la Oficina de Instrumentos Públicos.

sus organizaciones, para que en un término de 90 días se proceda a definir la delimitación del respectivo territorio. Este sería un término adicional, que debería incluirse en el cómputo del tiempo de duración del procedimiento.

A partir del auto que acepta la solicitud de titulación colectiva, y hasta el momento de la fijación del negocio en lista, se podrá formular oposición a la titulación, acompañando pruebas que la sustenten. La oposición se tramita mediante un “incidente” que tiene una duración aproximada de 15 días hábiles, en el que la comunidad solicitante podrá presentar alegaciones y pruebas, así como solicitar la practica de pruebas que no haya podido allegar. En los casos en los que el opositor alegare que el inmueble es de propiedad privada, deberá aportar las pruebas que para el efecto exija la ley, y en la inspección ocular se verificara si el predio cuya propiedad privada se alega es ocupado por el tercero opositor. Si se comprueba, se aceptará la oposición y no se continuará con el procedimiento, y contra dicha providencia igualmente contra la que niega la titulación colectiva no procede recurso en vía gubernativa.

Como se mencionó previamente, el manejo y administración de las tierras tituladas colectivamente corresponde a la Junta del Consejo, que deberá establecer mecanismos de reconocimiento y asignación de áreas de trabajo para las familias, evitando la concentración de las tierras en pocas manos y permitiendo un

aprovechamiento equitativo y sostenible de los recursos naturales que allí se encuentren.

Culminado el proceso de adjudicación, el Estado Colombiano acompaña a las comunidades afrocolombianas mediante la planeación y fomento del desarrollo económico y social con medidas concertadas¹³³, atendiendo a las particularidades de su cultura¹³⁴,

V.2. CLARIFICACIÓN DE TIERRAS ADJUDICADAS A COMUNIDADES AFROCOLOMBIANAS.

El artículo 85 de la Ley 160 de 1994, consagra el procedimiento de clarificación de tierras especiales, para casos de comunidades indígenas y afrocolombianas, y este es reglamentado mediante el Decreto 2663 de 1994. Este procedimiento administrativo busca clarificar quien es el propietario de determinados predios; es por ello, que conforme al artículo 16 del Decreto 2663 de 1994 la resolución mediante la cual finaliza el trámite solo podrá declarar: a) Que en relación con el inmueble objeto de la

¹³³Las medidas contenidas en la Ley 70 de 1993 y en el Decreto 1745 de 1995 fueron las siguientes: a) Las inversiones del sector privado en áreas de comunidades negras deben respetar el ambiente, el interés social y el patrimonio cultural de la nación. El gobierno deberá apropiarse los recursos necesarios para la aplicación de la Ley 70 de 1993. b) El Gobierno fomentará y financiará actividades de investigación orientadas a la promoción de los recursos humanos, y el estudio de las realidades y potencialidades de las comunidades para facilitar su desarrollo económico y social. c) Las entidades del Estado en concertación con las comunidades, adelantarán actividades de investigación, capacitación, fomento, extensión y transferencia de tecnología apropiadas para el aprovechamiento ecológico, cultural, social y económicamente sustentable de los recursos naturales. d) El Gobierno nacional diseñará mecanismos financieros y crediticios que permitan a las comunidades crear formas asociativas y solidarias de producción para el aprovechamiento sostenido de los recursos naturales. e) El Gobierno diseñará mecanismos adecuados para reconocer las patentes de las comunidades que hayan desarrollado variedades vegetales o conocimientos con respecto a su uso medicinal, alimenticio, artesanal o industrial de animales o plantas de su medio natural. f) Las corporaciones autónomas regionales tendrán un representante de las comunidades en sus Consejos Directivos. g) El Gobierno Nacional creará una Comisión de Estudios para la formulación de un plan de desarrollo de las comunidades que propondrá políticas de largo plazo y será el marco de referencia para que las políticas del Plan Nacional de Desarrollo respeten la diversidad étnica y promuevan el desarrollo sostenible. h) Las cuencas hidrográficas en que se asienten las comunidades beneficiarias de la titulación colectiva, se constituyen en unidades para efectos de la planificación del uso y aprovechamiento de los recursos naturales.

¹³⁴ Congreso de la República. Ley 70 de 1993. Artículo 48 y 49.

actuación no existe título originario del Estado, b) Que existe título de propiedad sobre las tierras colectivas que no ha perdido su eficacia legal, c) Que se acreditó propiedad privada, por la exhibición de un título, o una cadena de títulos, debidamente inscritos, sin que hubiese operado la prescripción extraordinaria, d) Que los títulos aportados son insuficientes, porque no acreditan dominio sino tradición de mejoras sobre el inmueble, e) Que los títulos aportados se refieren a bienes no adjudicables, o que se hallan reservados, o destinados a un servicio o uso público, y f) Que la superficie de los terrenos objeto del procedimiento excede la extensión legalmente adjudicable.

El trámite se adelanta de oficio o a solicitud ante el INCODER, y su objeto es establecer la existencia legal de los resguardos, o la vigencia de los títulos que aleguen en su favor las comunidades afrocolombianas. Para este procedimiento se seguirán las normas generales de clarificación de la propiedad consagradas en el Decreto 2663 de 1994, en lo que fuere pertinente y compatible con la naturaleza y finalidades de tales actuaciones, y en ellas se tendrán en cuenta lo previsto en el artículo 63 de la Constitución Política, la Ley 70 de 1993 y sus reglamentos.

El procedimiento solo inicia cuando no resulta plenamente acreditado el derecho de propiedad sobre la totalidad del inmueble de la comunidad que presuntamente es

titular¹³⁵. Hecha la apertura del procedimiento administrativo, los interesados podrán solicitar y aportar pruebas¹³⁶ para demostrar el derecho de dominio o propiedad sobre el inmueble objeto del procedimiento. El artículo 8 del Decreto dispone que la carga de la prueba corresponde a los particulares, de lo que se infiere no existe aplicación de alguna presunción en favor de algún particular o particulares con calidades especiales.

Finalmente, contra la resolución que culmina el procedimiento solo procede recurso de reposición, y las acciones ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo.

V.III. DESLINDE DE TIERRAS ADJUDICADAS A COMUNIDADES AFROCOLOMBIANAS.

Los procedimientos de deslinde de las tierras de los resguardos indígenas y de las adjudicadas a las comunidades negras, se adelantarán respecto de aquellos terrenos que pertenecieran al dominio privado de los particulares, para efectos de asegurar la protección de aquellos bienes y los derechos que sobre ellos tengan las comunidades respectivas, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 63 de la Constitución Política, y la Ley 70 de 1993. El procedimiento tiene una etapa previa en la cual el INCODER examina los documentos que tengan en su poder, para efectos de determinar que el predio corresponde a aquellos terrenos que pertenecieran al dominio privado de los

¹³⁵ Esto se surte mediante una etapa previa en la que se estudian los documentos aportados por los presuntos propietarios y por los interesados, y se practica una visita al inmueble.

¹³⁶ La prueba de inspección ocular solicitada, se practicará a costa del solicitante y dentro de la misma, se practicará la prueba pericial, que se regula en los artículos 11, 12 y 13 del Decreto 2663 de 1994.

particulares, cuyo deslinde sea necesario para garantizar la protección de aquellos bienes y los derechos de las comunidades. Al igual que en procedimiento administrativo antes analizado, la carga de la prueba corresponde a quien alega el derecho.

La resolución final delimitará el inmueble de propiedad privada, área y linderos técnicos, deslindándolo así de los terrenos de propiedad de las comunidades.

Como se manifestó previamente a las comunidades afrocolombianas pueden ser igualmente aplicables las normas generales en materia de adjudicación de baldíos. Al respecto, la Ley 160 de 1994 modificada por la Ley 1151 de 2007, y la Ley 1450 de 2011, faculta al INCODER¹³⁷, para adquirir mediante negociación directa o mediante decreto de expropiación de predios de propiedad privada o que hagan parte del patrimonio de entidades de derecho público, terrenos destinados a la adjudicación a comunidades indígenas, afrocolombianas y demás minorías étnicas que no las posean, o cuando la superficie donde estuviesen establecidas fuere insuficiente.

Así mismo, las comunidades afrocolombianas por solicitud del Consejo podrán ser acreedoras de un Subsidio Integral de Reforma Agraria, que podrá cubrir hasta el 100% del valor de la tierra o de los requerimientos financieros para el establecimiento de un proyecto productivo agropecuario, según las condiciones socioeconómicas de

¹³⁷ Congreso de la Republica. Ley 160 de 1994. Artículo 30.

las comunidades. Este beneficio será equivalente al valor de UAF, y será otorgado por una sola vez, excepto para quienes hayan sido beneficiarios del subsidio exclusivamente para la compra de tierras, ya que podrán tener un nuevo subsidio únicamente por el monto destinado a cubrir los requerimientos financieros para el proyecto productivo agropecuario, y comporta una medida compensatoria cuando no sea posible adelantar la restitución de los predios despojados, en los cuales el subsidio podrá ser asignado directamente.

**VI. IMPLEMENTACIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO
COLOMBIANO DE LOS PARÁMETROS DEL SISTEMA
INTERAMERICANO EN MATERIA DE DERECHO A LA PROPIEDAD
COLECTIVA: COMUNIDADES AFROCOLOMBIANAS.**

Previo análisis de las disposiciones antes examinadas, a la luz de los pronunciamientos en el marco del Sistema Interamericano de Derechos Humanos; es preciso indicar que la Corte Constitucional ha avalado el cumplimiento de las disposiciones en materia de titulación, delimitación y demarcación de tierras para comunidades afrocolombianas, mediante varias providencias.

En la sentencia T-025 de 2004, la Corte adoptó las medidas necesarias para proteger los derechos individuales y colectivos de las comunidades afrocolombianas afectadas por el desplazamiento interno y el confinamiento, cuya finalidad era fortalecer los mecanismos de protección de los territorios colectivos y ancestrales ordenando al Ministro del Interior y de Justicia, el diseño e implementación de un plan de caracterización de los territorios colectivos y ancestrales habitados mayoritariamente por la población afrocolombiana para determinar: (i) la situación jurídica de los predios señalados como territorios colectivos, titulados o en proceso de titulación, (ii) las características socioeconómicas de las comunidades; (iii) la situación fáctica y jurídica en que se encuentran los consejos comunitarios y las autoridades locales; (iv) los riesgos y potencialidades para la protección de los territorios; (v) los obstáculos jurídicos que impiden la protección efectiva de dichos territorios; y (vi) los mecanismos para garantizar la restitución efectiva de los territorios cuya propiedad haya sido transferida con violación a la Ley 70 de 1993, incluyendo presunciones de ilegalidad para dichas transferencias.

Este plan debió haberse diseñado para el 30 de octubre de 2009, para la misma fecha el Ministro del Interior y de Justicia debía enviar a la Corte Constitucional un cronograma de implementación para la caracterización efectiva de los territorios colectivos y ancestrales. Para 30 de octubre de 2009 el objetivo no se logró.

Adicionalmente, la Corte Constitucional ordenó al Ministerio del Interior y de Justicia poner en marcha, a más tardar el 30 de octubre de 2009, la ruta étnica¹³⁸ propuesta por Acción Social dentro del proyecto de protección de tierras y patrimonio, para efectos de proteger no solo las tierras tituladas sino aquellas que han sido ocupadas sin siquiera solicitud de titulación.

Posteriormente, la misma Corporación mediante Auto-045 de 2012 efectuando seguimiento a las medidas ordenadas en la sentencia T-025 de 2004 señaló que: (i) sobre el cumplimiento de la orden¹³⁹ de diseñar un plan integral de prevención, protección y atención a la población afrocolombiana, con su participación efectiva y el pleno respeto por sus autoridades constituidas, y de las autoridades territoriales concernidas, no ha habido un avance significativo que se traduzca en medidas concretas y efectivas, (ii) la situación de varias comunidades afrocolombianas se ha agravado a pesar de las órdenes impartidas para su protección¹⁴⁰, (iii) en cuanto al plan de prevención y protección específico para las comunidades de las cuencas de los ríos Curvaradó y Jiguamiandó y de la población desplazada perteneciente a estas comunidades, las acciones adoptadas hasta el momento no han tenido la sostenibilidad ni la suficiencia necesarias para que puedan ser consideradas en su conjunto como un plan integral de protección y prevención, y (iv) en lo referente a las

¹³⁸ La aplicación de esta ruta será obligatoria en situaciones de desplazamiento masivo, cuando la Defensoría del Pueblo haya emitido un informe de riesgo que involucre a las comunidades afrocolombianas, así como en las zonas de desarrollo de megaproyectos económicos de monocultivos, explotación minera, turística o portuaria que involucre territorios ancestrales. Igualmente, esta ruta de protección deberá ser aplicada cuando los informes y análisis de las autoridades sobre la evolución de la situación de orden público señalen un riesgo particular para las comunidades afrocolombianas en determinadas regiones

¹³⁹ Corte Constitucional. A-005 de 2009. Orden 9.

¹⁴⁰ *Ibidem*. A-219 de 2011

acciones administrativas y presupuestales necesarias para garantizar el avance y finalización del proceso de caracterización y censo de las comunidades de las cuencas de los ríos Curvaradó y Jiguamiandó, así como la adopción de las medidas que sean necesarias para garantizar la realización de la Asamblea General, y la elección de los representantes del Consejo Comunitario Mayor de Curvaradó, se ha avanzado de manera significativa en lo que tiene que ver con la realización del censo mismo, pero que no hay avances significativos en cuanto a la caracterización de la población, del territorio¹⁴¹, y de los obstáculos jurídicos que han impedido la protección colectiva de los territorios.

Debido a lo expuesto, la Corte Constitucional en el Auto-045 de 2012, ordenó al Ministerio del Interior presentar un informe de la situación que enfrentan hoy las distintas poblaciones señaladas en el auto 005 de 2009, y el conjunto de medidas urgentes que se adoptarán, así como el cronograma de acción a más tardar el 30 de mayo de 2012. En igual sentido, se ordeno garantizar el proceso de restitución material de los territorios colectivos, su integridad frente a las perturbaciones que han surgido y surgirán en relación con propietarios privados colindantes, así como frente a ocupantes de mala fe que permanecen en el territorio a pesar de que sus títulos hayan sido revocados; para efectos de propiciar el retorno de la población desplazada en condiciones de dignidad, voluntariedad y seguridad, y puedan fortalecer sus lazos

¹⁴¹ *Ibidem*. Sala de seguimiento especial. Auto de 18 de mayo de 2010. Orden 4.

culturales y practicas tradicionales. A la fecha no se ha adelantado nuevo seguimiento por parte de la Corporación Constitucional.

VI.1. ANÁLISIS DE LA LEGISLACIÓN EXISTENTE EN MATERIA DE ADJUDICACIÓN DE TIERRAS.

En pronunciamientos de la Corte Constitucional, esta ha manifestado que no por el hecho de tener una clara ascendencia afrocolombiana, una persona automáticamente hace parte de una comunidad específica, si no ha aceptado ser parte de la comunidad o no comparte los elementos y valores culturales, sociales y religiosos que la distinguen de otros grupos, así, la comunidad reconoce al individuo como parte de ella. En sentencia C-169 de 2001, la Corte Constitucional indicó que el término pueblo tribal, no puede entenderse restringidamente como tribu, sino como un grupo social que comparte una identidad cultural distinta a la de la sociedad dominante. Con base a esto, en sentencia C-955 de 2003 se reconoció que las comunidades afrocolombianas son pueblos tribales, y por ello acreedoras de sus prerrogativas. Finalmente, en la providencia de 2001, la Corte Constitucional expresó que la Ley 70 de 1993 aplicaba igualmente para las agrupaciones raizales del Archipiélago de San Andrés y Providencia; y para las comunidades palenqueras.

Así, la normativa colombiana se ajusta al concepto de interpretación evolutiva del derecho a la propiedad y entiende que la protección especial en esta materia, deriva de un aspecto inmaterial representado en el vínculo simbiótico que existe entre la

comunidad y el territorio; que puede ser verificado incluso a partir de la definición de comunidad afrocolombiana adoptada por la Ley 70 de 1993, que pese a no tener un amplio espectro, se encuentra enraizado en la identidad e integridad cultural. Por su parte, el ordenamiento interno a reconocido a las comunidades afrocolombianas como sujetos de derechos individuales y colectivos¹⁴², esto resulta ser congruente con los pronunciamientos en el marco internacional en lo que respecta al derecho de las comunidades a que se les reconozca su personalidad jurídica colectiva; así, el derecho a la propiedad debe entenderse en un sentido amplio que comprenda, los derechos individuales de los miembros de las comunidades y los derechos de la comunidad misma.

A continuación analizare los postulados establecidos jurisprudencial por la Corte IDH en materia de derecho a la propiedad colectiva haciendo las siguientes advertencias: (i) las violaciones al derecho a la propiedad colectiva de las comunidades indígenas y tribales que han sido juzgadas por la Corte IDH se fundamentan en circunstancias fácticas en las que las comunidades han sido despojadas violentamente de sus tierras, o se ha afectado el entorno ambiental de la comunidad o se han presentado afectaciones a los recursos naturales sin previa consulta a las comunidades. En ese entendido, no se han presentado casos en los que se examinen los procesos de titulación sin que previamente se haya presentado el despojo de las tierras. Debido a esto, se intentará incorporar las medidas de reparación a aquellos casos en los que la

¹⁴² Ibidem. A-005 de 2009.

indebida titulación, delimitación y demarcación derivada de los procedimientos de adjudicación, clarificación y deslinde de tierras, devenga en un acto de despojo y, en general cualquier vulneración al derecho a la propiedad entendido este, como el derecho al uso y goce de los bienes que comprende la posibilidad de disposición del derecho de dominio, la tenencia, el derecho de uso, habitación y usufructo del bien, así como la facultad de impedir que un tercero ejerza actos de señor y dueño sobre el mismo.

(ii) El análisis que se efectuará más adelante se hará ajustándose a las disposiciones legales, sin obviar que estas han intentado armonizar a los preceptos del marco internacional vía pronunciamientos de la Corte Constitucional.

VI.1.1. Reconocimiento del derecho a la propiedad con la simple posesión.

Como se estudió previamente, en el ámbito interamericano la simple posesión de la tierra es suficiente para obtener la protección al derecho a la propiedad colectiva y reconocer la existencia del derecho, aun sin título formal. La posesión de las tierras incluye el territorio no ocupado de forma permanente pero que tradicionalmente ha sido escenario de vivencias culturales y de actividades de subsistencia. Es por esta razón que el derecho de dominio se equipara a la posesión.

En este sentido, la Ley 70 de 1993 no corresponde a los lineamientos internacionales. El objeto de dicha Ley es la adjudicación de tierras baldías a las comunidades

afrocolombianas. Por adjudicación, el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española – RAE, entiende el acto de conferir a una persona un derecho, si se confiere el derecho es porque realmente no se tiene y quien confiere el derecho debe estar en capacidad legal de disponer de el; es quizá esta la razón por la cual el único bien que puede ser adjudicado son aquellos considerados baldíos. El artículo 675 del Código Civil define los bienes baldíos como aquellas tierras situadas dentro de los límites territoriales que carecen de dueño particular, y por lo tanto se reputan del Estado. Si el objeto de la Ley es la adjudicación, se desconoce que la protección y reconocimiento de la tierra colectiva de las comunidades afrodescendientes emerge con la simple posesión ancestral de la tierra no se requiere título formal, registro del mismo o cualquier otra solemnidad. Es por ello, que reconocido el derecho de dominio sobre el territorio ancestral este no podría considerarse baldío, debido a que si cuenta con un propietario.

Consecuentemente, en consonancia con la jurisprudencia de la Corte IDH, no se requiere proceso de pertenencia¹⁴³ debido a que este caso por excepción, la posesión se iguala a la propiedad aun cuando exista otro individuo que justifique ser propietario; adquiriendo la primera las mismas prerrogativas y protecciones propias del derecho real de dominio. Así, el alcance jurídico del termino posesión es mucho

¹⁴³ Código de Procedimiento Civil. Artículo 407

mas amplio en el Sistema Interamericano que el dispuesto en la legislación nacional¹⁴⁴.

Sin acreditar mayor condición, la simple posesión obliga al Estado a titular formalmente, demarcar y delimitar el terreno ancestral, y la comunidad tendrá el derecho de exigir dichas medidas sin que se les imponga cumplir requisitos adicionales. En este aspecto no se adecua la legislación interna debido a que para adjudicar las tierras se requiere que (i) cada comunidad forme un Consejo Comunitario como forma de administración interna; y (ii) las tierras a adjudicar no sean no adjudicables.

VI.1.2. Legitimidad de las comunidades para solicitar la restitución de las tierras y la titulación formal.

La Ley 70 de 1993, legitima a las comunidades para solicitar la adjudicación de las tierras siempre y cuando estas las hayan ocupado histórica y ancestralmente para su uso colectivo, y desarrollando en las mismas hasta la fecha de la solicitud y su tramite sus prácticas tradicionales de producción. De esta forma, la ocupación se configura solo cuando las comunidades hayan desplegado sobre la tierra las prácticas tradicionales de producción. De acuerdo a lo expuesto, la Corte IDH ha indicado que el concepto de posesión no puede igualarse a ocupación material y tampoco puede

¹⁴⁴ Código Civil. Artículo 762: La posesión es la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor o dueño, sea que el dueño o el que se da por tal, tenga la cosa por sí mismo, o por otra persona que la tenga en lugar y a nombre de él. El poseedor es reputado dueño, mientras otra persona no justifique serlo.

ligarse a las prácticas de producción debido a las peculiaridades de la cosmovisión de estas comunidades en relación a la explotación del ambiente. Las comunidades pueden ostentar el derecho de dominio sobre extensión de terreno que no habitan permanente y que no explotan continuamente, pero sin embargo, sobre las mismas persiste el vínculo inmaterial.

Así las cosas, desde los pronunciamientos en el marco del sistema interamericano de derechos humanos las comunidades afrocolombianas tendrán derecho a solicitar que se les restituya las tierras de las que han sido despojados y, se les otorguen y registren los títulos formales de los territorios ancestrales que han poseído; siempre y cuando perviva el vínculo inmaterial con las tierras. Por otro lado, la delimitación de las tierras de los grupos tribales no se da en razón del criterio de las parcelas o porciones de tierras realmente explotadas u ocupadas, se da en razón de las dinámicas culturales de la comunidad con su territorio.

La percepción de ocupación no solo contraria la jurisprudencia en materia de derecho colectivo a la propiedad, igualmente dificulta hacer jurídicamente válidos los derechos de propiedad de las comunidades afrocolombianas, en razón a que la explotación económica de la tierra resulta no ser continua cuando atiende a las costumbres y tradiciones entorno a la protección al ecosistema, e igualmente no resulta posible en los asentamientos en tierra selvática por las calidades de la misma. La Ley 70 de 1993 claramente obvió, que las comunidades afrocolombianas cuentan

con técnicas propias de aprovechamiento agrícola tradicional, que hacen parte de su sistema simbólico cultural.

VI.1.3. Dominio y manejo de los recursos naturales localizados en territorio ancestral.

En el ordenamiento colombiano, la titulación formal de los terrenos a las comunidades afrodescendientes no comprende la adjudicación de los recursos naturales renovables y no renovables que allí se encuentran, ni el ejercicio de dominio sobre el subsuelo, debido a que este corresponde al Estado. Es por ello, que la Ley indica que las comunidades no requieran autorización solo para la utilización de recursos naturales renovables para construcción o reparación de viviendas, cercados, canoas y otros elementos domésticos para uso de los integrantes de la respectiva comunidad, así como para desarrollar las prácticas tradicionales sobre las aguas, las playas o riberas, los frutos secundarios del bosque o sobre la fauna y flora terrestre y acuática para fines alimenticios

Si bien, el monopolio de los recursos naturales por parte del Estado es una expresión de la soberanía y del dominio inmanente que posee sobre estos; en atención a los pronunciamientos de la Corte IDH las comunidades tribales tienen derecho al usufructo de los recursos situados en su territorio, sin requerir del seguimiento de procedimientos adicionales, que para el caso colombiano representaría el adelantamiento de una solicitud administrativa de concesión, en términos de la Ley

99 de 1993, la Ley 685 de 2001¹⁴⁵ y del Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente¹⁴⁶.

Por lo anterior, podemos concluir que persiste en la ley, el concepto de una economía tradicional y primaria de las comunidades afrodescendientes, que se refleja en lo que la ley denomina “prácticas tradicionales de producción”. Ello excluye a las comunidades del derecho de explotar los grandes recursos mineros, salvo autorización previa.

VI.1.4. Validez de las restricciones al derecho a la propiedad colectiva

(i) Limitaciones al reconocimiento formal de las tierras colectivas.

Como se explicó en su momento sobre las tierras colectivas no puede operar la adjudicación, debido a que la simple posesión se iguala a la propiedad. Sin embargo, el Estado debe garantizar la titulación formal de la tierra colectiva. Pese a esto, continuaremos el análisis del procedimiento de adjudicación en el entendido que dicho mecanismo es el único mecanismo destinado de forma exclusiva para reconocer la ocupación ancestral e histórica en determinado territorio de las comunidades afrodescendientes.

¹⁴⁵ Congreso de la República. Ley 685 de 2001. Artículos 5, 7 y 10.

¹⁴⁶ Congreso de la República. Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y de Protección al Medio Ambiente. Artículos 59-63 y 86-98.

La Ley 70 de 1993, indica que solo pueden ser adjudicables las tierras cuya adjudicación no se prohíba. Esta es una clara limitación al derecho de propiedad que debe ser evaluada a partir de los criterios de necesidad, legalidad y proporcionalidad. En las hipótesis en las que no es procedente la adjudicación debido a que las tierras son a) bienes de uso público, b) áreas urbanas de los municipios, c) tierras de resguardos indígenas legalmente constituidos, d) áreas reservadas para la seguridad y defensa nacional, e) baldíos que hubieren sido destinados por entidades públicas para adelantar planes de significación para el desarrollo económico y social del país, f) baldíos que constituyan reserva territorial del Estado, g) baldíos donde estén establecidas comunidades indígenas o que constituyan su hábitat, y h) reservas indígenas y territorios tradicionales utilizados por pueblos indígenas nómadas y seminómadas o agricultores itinerantes; es posible concluir:

(i) Las restricciones de los literales a), b), d) y e) se fundan en un fin legal debido a que su existencia se sustenta en intereses de igual prevalencia constitucional como lo son el bienestar público y orden público. La necesidad y proporcionalidad de la medida debe evaluarse en cada caso en concreto; sin embargo, en un intento de efectuar un análisis de proporcionalidad en abstracto la restricción al derecho de propiedad colectiva, en principio podría devenir en una afectación menor a los principios y garantías constitucionales que se causaría con el desconocimiento de estas prohibiciones.

(ii) Las restricciones de los literales c), g) y h), se fundan en razones constitucionales de igual prevalencia que las tendientes a proteger los derechos de las comunidades afrocolombianas y guardan la misma naturaleza. En esa medida, la aplicación de las restricciones deben evaluarse en el caso concreto; para determinar mediante el examen de los criterios de proporcionalidad y necesidad si el derecho a la propiedad colectiva de las comunidades indígenas prevalece sobre el derecho a la propiedad colectiva de las comunidades afrodescendientes.

En todo caso, es preciso destacar que en los casos en los que no se ha efectuado titulación formal de las tierras ancestrales la Ley 70 de 1993, prevé un procedimiento para las zonas mineras conjuntas en el que las comunidades pueden explotar conjuntamente una zona minera; y el decreto 1745 de 1995¹⁴⁷ consagra dentro del procedimiento de adjudicación una etapa en la que en caso de encontrarse en el territorio a adjudicar comunidades indígenas, otras comunidades afrodescendientes u otro grupo tribal, se deberá adelantar un proceso de concertación entre las comunidades para delimitar el territorio, y en el evento de no lograrse un acuerdo la delimitación de la tierra quedará a cargo de una comisión mixta conformada por representantes de las comunidades involucradas, por el INCODER y por las Direcciones de Asuntos Indígenas y Asuntos para las comunidades negras.

¹⁴⁷ Decreto 1745 de 1995. Artículo 22 Parágrafo 2.

(iii) La restricción del literal f), debe analizarse con más detalle. Las reservas territoriales del Estado son terrenos baldíos declarados de esta forma, debido a que se encuentran situados en zonas aledañas a explotaciones y exploraciones petroleras y mineras¹⁴⁸, y por ello son reservadas a favor de entidades de derecho público cuyo objeto se encuentre vinculado a la exploración y explotación petrolera y de minerales.

El decreto 1942 se expidió como medida dentro del Estado de Conmoción Interior declarado con un término de 90 días a partir del 8 de noviembre de 1992¹⁴⁹, debido a que los grupos guerrilleros estaban distorsionando la ejecución de los programas desplegados en virtud de la reforma agraria, para llevar a cabo acciones ilegales. Las zonas adyacentes a exploraciones y explotaciones petroleras y mineras, eran principalmente las zonas que se encontraban asentadas por grupos guerrilleros, y por lo tanto dichas zonas se constituyeron en reservas para exceptuarlas del régimen ordinario de titulación de baldíos. El decreto en estudio disponía en su artículo 10, que estaría vigente solo durante el tiempo de Conmoción Interior. Debido a esto, una vez finalizado la restricción referente a la no adjudicación de terrenos ubicados en reservas territoriales del Estado no se encuentra vigente.

¹⁴⁸ Decreto 1942 de 1992. Artículo 1 y 2.

¹⁴⁹ Declarado mediante Decreto 1793 de 1992.

Finalmente, es preciso recordar que la Corte IDH ha indicado que la obligación de reconocer, titular y registrar oficialmente la propiedad colectiva, no desaparece cuando las circunstancias internas del país comporten conflictos violentos, que propicien desplazamiento forzado.

De acuerdo a lo expuesto, estas restricciones con las salvedades efectuadas resultarían válidas. En este caso, estas restricciones configurarían condiciones objetivas que impiden la restitución y la titulación. En esa medida, el Estado se encuentra obligado a hacer la entrega de tierras alternativas que cuenten con iguales cualidades y extensión que las tierras originales, elegidas mediante mecanismos consensuados que correspondan a las formas organizativas tradicionales y a los procesos de toma de decisiones propios de cada comunidad. Al respecto de la adjudicación y elección de tierras alternativas la legislación colombiana no se pronuncia; la única normativa existente relativa a la materia de entrega de tierras alternativas se encuentra en la Ley de víctimas y restitución de tierras, y sus decretos reglamentarios.

En relación a la imposibilidad de adjudicación de tierras que sean a) predios rurales en los cuales se acredite propiedad particular conforme a la ley 200 de 1936, b) predios de propiedad privada y c) áreas del sistema de Parques Nacionales, es preciso anotar lo siguiente:

(i) Las restricciones de los numerales a) y b) al analizarse en atención a la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, no son válidas debido a tres razones principalmente: (i) La no ocupación de las tierras por parte de los pueblos tribales no hace caducar el derecho de reivindicación de la tierra, (ii) La tenencia de la tierra por parte de terceros de buena fe, no sana las vulneraciones al derecho a la propiedad de los colectivos, y (iii) cualquier interpretación en desarrollo de un conflicto entre la propiedad privada y la propiedad colectiva, debe atender al criterio de prevalencia de las comunidades afrocolombianas debido a que en este caso, el titular posee un vínculo simbiótico, particular y de carácter material e inmaterial con la tierra.

Adicionalmente, la Corte IDH ha indicado en reiteradas ocasiones que no es posible considerar como hechos objetivos que edifiquen la imposibilidad de la entrega de las tierras originarias, e incluso la imposibilidad de entrega de tierras alternativas: la enajenación a terceros de las tierras tradicionales, y la explotación económica de las tierras ancestrales por parte de terceros.

En el evento en que no se adjudique las tierras ancestrales en razón a las restricciones antes estudiadas, se entenderá que existe un despojo de las tierras, y el Estado deberá reparar in integrum a la comunidad afrodescendiente afectada, que implica restablecer a la comunidad a la situación anterior a la violación otorgando las medidas de reparación adecuadas al alcance, modalidad y naturaleza del daño, así como las

calidades de los beneficiarios de las mismas. La reparación in integrum debe llevarse a cabo con los criterios expuesto en el acápite destinado al estudio de la obligación de reparar, teniendo en cuenta que esta conlleva a la devolución, demarcación, titulación y entrega de los territorios colectivos.

(ii) En relación a la restricción del literal c), es oportuno recordar que en caso de enfrentarse colisión entre algún derecho y el derecho a la propiedad colectiva en es preferencia la opción menos gravosa para las comunidades y para sus miembros. En el caso de las áreas del sistema de Parque Nacionales, es evidente, pese a que su fundamento guarda relación con los derechos colectivos constitucionalmente consagrados y procuran el interés general a partir de la protección del ambiente; que la no adjudicación de las tierras en virtud de esta prohibición es inválida debido a que no responde a los criterios de necesidad y proporcionalidad ya que la lesión que se ocasiona a las comunidades afrodescendientes es de tal magnitud que no es compensada con el beneficio que guarda el respeto a esta restricción. Igualmente, la adjudicación de las tierras y los fines de estas áreas en ninguna medida colisionan de forma directa e indefectible.

En razón a esto, en el evento de no adjudicación por esta causal operarían las reglas para la reparación in integrum. Estas reglas, son igualmente procedentes en la vulneración al derecho de propiedad colectiva que contempla la Ley 70 de 1993, al obligar a las comunidades a cumplir el plan de manejo ambiental de estas áreas

especiales. Lo anterior configura una violación al derecho ya que pese a que las comunidades pueden ocupar sus tierras, en las mismas no desarrollan plenamente su cultura mediante el ejercicio de sus prácticas tradicionales.

(ii) Limitaciones una vez tituladas formalmente las tierras colectivas

Una vez tituladas formalmente las tierras, el ejercicio del derecho a la propiedad colectiva contará con varias limitantes. La primera de ellas es la función ecológica y social de la propiedad, que restringe la libertad de disposición, usufructo y uso de los suelos y bosques. La Corte IDH ha indicado que estas limitaciones constituyen un actuar legítimo del Estado, siempre y cuando las medidas concretas que afectan a las comunidades atiendan a los criterios de proporcionalidad y legalidad.

En ese sentido, en principio la Ley 70 de 1993 se adecua a los lineamientos de la jurisprudencia de la Corte IDH. Sin embargo, se apartaría de la misma en los siguientes asuntos: a) el uso de los bosques y aprovechamientos forestales con fines comerciales por parte de las comunidades, requieren previa autorización de la autoridad competente, para el efecto la comunidad requerirá de concesión forestal, b) la prevalencia de los derechos de terceros en la exploración y explotación de recursos mineros cuando poseen derechos adquiridos, aun cuando este territorio sea considerado ancestral por la ocupación histórica de las comunidades afrocolombianas, y c) la exploración y explotación de zonas mineras ubicadas en

territorio ancestral por parte de las comunidades, solo puede llevarse a cabo cuando se ha surtido un procedimiento administrativo previo de autorización.

Al respecto de las restricciones de los literales a) y c), la contradicción con lo dispuesto en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos es de carácter sustancial y su fundamento se encuentra en que las comunidades tienen derechos sobre los recursos localizados en el territorio colectivo como previamente se analizó. Sin embargo, en relación al literal c) es preciso advertir que esta falencia intenta ser remediada por la Ley 70 de 1993, mediante la consagración de un derecho de prelación a favor de las comunidades, para otorgárseles licencia especial de exploración y explotación en zonas mineras. Sin embargo este mecanismo es de poca eficacia debido a que: (i) la licencia especial es restringida ya que en ningún caso podrá abarcar la explotación y exploración del carbón, minerales radiactivos, sales e hidrocarburos; y (ii) la Ley 70 ni los decretos que la reglamentan consagran que sucede en caso del no ejercicio del derecho de prelación y en cuanto tiempo debe ejercerse el mismo, pero en la práctica, los terceros pueden ser concesionarios para la exploración y explotación de las zonas mineras, y las comunidades no podrán oponerse, cuando se les hubiese informado de su posibilidad de ejercicio del derecho de prelación.

En cuanto a la restricción del literal b) se debe tener en cuenta lo mencionado para la imposibilidad de adjudicación de predios de propiedad privada, y adicionalmente, que

el Estado esta obligado a proteger el hábitat de las comunidades por la especial influencia que la protección de los bosques y los recursos de agua tiene en el mantenimiento de la salud y supervivencia de la comunidad. En consecuencia, cualquier proyecto de este tipo, debe estar soportado en un plan de manejo, y en un estudio del impacto social y ambiental. Así mismo, es indispensable anotar que los pronunciamientos de la Corte IDH han establecido que los programas y proyectos de investigación, explotación, exploración y extracción de recursos naturales localizados en los territorios ancestrales, solo pueden ser ejecutados cuando medie la participación de las comunidades, y dicha explotación y extracción de recursos debe generar beneficios razonables a las comunidades y sus miembros.

Estas restricciones por considerarse ilegítimas, activarían la obligación del Estado de reparar in integrum a las comunidades y a las víctimas directas.

La limitación en la enajenación de las tierras colectivas por parte del grupo familiar a quien haya sido asignado una porción, es legítima debido a que busca conservar las especiales cualidades de la tierra, es por ello que en la medida en que esta tierra es ancestral y de carácter relevante para un grupo étnico estos tienen derecho a que la misma permanezca bajo el dominio y control de miembros de la comunidad. Adicionalmente, es una forma de garantizar que las prerrogativas de las tierras colectivas continúen en el tiempo; y evitar que las familias afrodescendientes se vean forzadas a acudir a procesos ordinarios para demostrar que la enajenación a un tercero

se encuentra viciada de dolo, error o fuerza, si se tienen en cuenta las circunstancias de orden público colombianas. Este derecho preferencial se encuentra regulado vagamente en la legislación en lo que respecta a su naturaleza y a sus efectos como previamente se analizó. Sin embargo, aplicando las normas generales en materia de régimen de obligaciones contempladas en el Código Civil, la enajenación que se lleve a cabo en desconocimiento a este derecho devendría en la nulidad absoluta¹⁵⁰ del negocio jurídico que la origina ante la presencia de objeto ilícito.

VI.1.5. Protección previa titulación formal de las tierras colectivas.

La Corte IDH ha indicado que hasta tanto no se delimite, demarque y formalice el título de propiedad, el Estado debe abstenerse de realizar cualquier actuación que afectará el uso y goce de cualquiera de los bienes localizados en la zona geográfica que ocupa la comunidad indígena. En esa medida, la Ley 70 se ajusta a los lineamientos internacionales, haciendo la salvedad que la Comisión Técnica es quien evaluará en el caso colombiano los eventos en los que las actuaciones sobre las tierras devengan en una afectación al derecho a la propiedad de las comunidades, es por ello, que los criterios de evaluación deberán someterse a las reglas que se han indicado previamente.

Por otra parte, la Ley 70 en consonancia con las disposiciones del Código Contencioso Administrativo; prevén que cualquier adjudicación que se lleve a cabo

¹⁵⁰ Código Civil. Artículo 1521. Numeral 2.

en contravención de la protección previa a la titulación formal de los territorios colectivos, deriva en la nulidad del acto administrativo que la sustenta. Dicha nulidad debe ser declarada por el Consejo de Estado, y en la práctica la expedición de un fallo al respecto puede tardar aproximadamente 8 años e incluso más. Este plazo es claramente no razonable, y la legislación nacional no consagra medidas de resarcimiento y protección a las comunidades en el interregno. En vista de esta problemática social, al parecer la Ley solo permite que en el evento en que la administración opte por la revocación directa del acto administrativo, no requerirá de consentimiento expreso y escrito del particular, esta opción es en la práctica más expedita pero de poca implementación.

El tercero que sea propietario en virtud de estos actos administrativos viciados o entre en posesión de las tierras colectivas se entenderá poseedor de mala fe, y en esa medida responderá por el perjuicio ocasionado a las comunidades, tanto del lucro cesante como del daño emergente, ajustándose a los criterios de la reparación in integrum.

V.I.6. Procedimiento eficaz, expedito y gratuito.

En cuanto al procedimiento para obtener la titulación de tierras colectivas a comunidades afrocolombianas, la comunidad debe cumplir con una serie de obligaciones previas a la solicitud. La primera de ellas, es la conformación de un

Consejo Comunitario, que debe atender a los requisitos del reglamento expedido por el Gobierno nacional.

El procedimiento atiende a la gratuidad exigida en la jurisprudencia de la Corte IDH, en los procedimientos, procesos o trámites cuyo objeto sea demarcar, delimitar y entregar efectivamente las tierras a comunidades indígenas y tribales; sin embargo, presenta tres aspectos trascendentales que pueden ser cuestionables a la luz del Sistema Interamericano de Derechos Humanos:

(i) El procedimiento generalmente se resuelven tardíamente debido a que la congestión administrativa, la corrupción y la falta de determinación de plazos preclusivos para las etapas del procedimiento, permite que este pueda dilatarse de forma irrazonable. Obviando todos esos factores externos, en la hipótesis de un procedimiento de adjudicación que surtiera un curso ajustado a los términos de ley, este tardaría 6 meses y medio. Sin embargo, a efectos de determinar si el mismo se adelanta dentro de un plazo razonable, es preciso evaluar en cada caso concreto la complejidad del asunto, la actividad procesal del interesado y la conducta de las autoridades judiciales.

(ii) El procedimiento impone a las comunidades afrocolombianas una serie de cargas que deberían encontrarse en la administración, ya que la simple posesión, presenta efectos equivalentes al derecho de dominio, debe ser la administración quien

desvirtué que la posesión en los casos concretos no configura los elementos necesarios para otorgar la titularidad. Así, lo adecuado sería partir de las instituciones tradicionales (no imponer la creación de nuevas organizaciones con base a reglamentos expedidos por el gobierno) y que la administración interactúe activamente con las mismas. Adicionalmente muchas de las comunidades afrodescendientes no cuentan con los recursos necesarios para contratar a los profesionales idóneos para elaborar los levantamientos topográficos, los mapas, los estudios demográficos, los análisis antropológicos y la asesoría legal que representa aplicar a este trámite.

(iii) En materia de oposiciones, en el evento en que se interpone una oposición debido a que el predio es de propiedad privada y se verifica que el particular cuenta con el título del inmueble, no se continúa el procedimiento y se emite resolución negando la adjudicación de la tierra colectiva. Adicionalmente, esta decisión no puede impugnarse en vía gubernativa, solo en la Jurisdicción Contenciosa Administrativa. Como se ha reiterado, el derecho a la propiedad colectiva prevalece sobre el derecho a la propiedad privada, y no constituye un hecho objetivo que imposibilite la entrega material de las tierras y su titulación formal, que las mismas se encuentren bajo el dominio de terceros.

(iv) La prueba de visita ocular que es indispensable en este procedimiento, sólo se practica si la comunidad sufraga los costos de la práctica de la prueba. En razón a las

circunstancias socioeconómicas de las comunidades lo más posibles es que no se cuenten con los recursos necesarios, para cancelar estos gastos.

En cuanto a los recursos judiciales para la restitución de tierras, la legislación doméstica de los Estados debe proveer además de los mecanismos administrativos, un proceso judicial efectivo cuyo objeto sea resolver las reivindicaciones territoriales de los pueblos tribales. Dicho recurso debe ser especial de tal forma que se adecue a las particulares de estas comunidades y la ausencia del mismo constituye, per se, una violación de la CADH¹⁵¹. En Colombia, conforme lo examinado hasta el momento, un proceso de esta índole no existe, por cuanto no es necesario evaluar si cumple o no con las condiciones del artículo 25 de la CADH.

VI.I.7. Medidas estatales ajustadas a la cosmovisión de las comunidades afrocolombianas e implementación de procedimientos consensuados.

La Corte IDH se ha pronunciado en reiteradas oportunidades en el sentido que las medidas adoptadas por los Estados en relación al derecho de propiedad colectiva deben atender al contenido que el derecho tenga en cada cosmovisión, y que la garantía integral del derecho a la propiedad colectiva implica la demarcación, entrega y titulación de territorios tradicionales, de acuerdo a procedimientos consensuados con las comunidades en los que se determine conjuntamente la extensión y linderos

¹⁵¹ CIDH. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 74

de las tierras, para proceder al reconocimiento formal del derecho de dominio y finalmente lograr la entrega efectiva de los terrenos.

Al respecto es preciso indicar que el cumplimiento de dicho logro en Colombia, se intenta alcanzar mediante el mecanismo de la consulta previa. Conforme al Convenio 169 de la OIT, el Estado debe consultar a las comunidades afrocolombianas cada vez que: se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarlos directamente¹⁵², se prevean medidas con relación a la prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras¹⁵³, siempre que se considere su capacidad de enajenar sus tierras o de transmitir de otra forma sus derechos sobre las tierras¹⁵⁴ y cuando los programas generacionales de formación profesional no correspondan a las necesidades especiales de las comunidades para efectos de determinar su organización y funcionamiento¹⁵⁵.

La Corte Constitucional adoptó lo dispuesto en el Convenio 169 y adiciona como casos obligatorios para implementar la consulta previa los siguientes: cuando sea necesario trasladar a las comunidades afrocolombianas de sus tierras tradicionales¹⁵⁶, en la erradicación de cultivos para uso ilícito que se adelante en su territorio¹⁵⁷ y,

¹⁵² OIT. Convenio 169 de 1989. Artículo 6.1.a

¹⁵³ Ibidem. Artículo 15.2

¹⁵⁴ Ibidem. Artículo 17.2

¹⁵⁵ Ibidem. Artículos 22.1 y 22.2

¹⁵⁶ El Convenio 169 establece que la obligación de no trasladar las comunidades afrocolombianas de las tierras que ocupan contenida en el artículo 16.1, en casos excepcionales implica que para ello se deberá contar con el consentimiento libre y con pleno conocimiento de causa de acuerdo al artículo 16.2.

¹⁵⁷ Corte Constitucional. SU-383 de 2003,

cuando el proyecto, obra o actividad se pretenda desarrollar en zonas no tituladas, pero ocupadas regular y permanentemente por comunidades afrocolombianas¹⁵⁸. La consulta debe ser informada, es decir, que las comunidades tengan un conocimiento pleno sobre los proyectos destinados a explotar o explorar los recursos naturales en los territorios que ocupan o les pertenecen, así como sobre los mecanismos, procedimientos y actividades requeridas para ponerlos en práctica¹⁵⁹. Debe ser libre, que implica darles la oportunidad a las comunidades para que libremente y sin injerencias externas valoren conscientemente las ventajas y desventajas del proyecto sobre la comunidad y sus miembros, para que pueda ser oída y pronunciarse acerca de la viabilidad del mismo¹⁶⁰. Debe ser previa, es decir, que el Estado consulte a los pueblos antes de emprender o autorizar cualquier programa.

Sin embargo, la expedición de la Ley 70 de 1993 no se efectuó en el marco de la institución de la consulta previa, si no fue resultado del proceso constituye del que emergió la Carta Política de 1991¹⁶¹.

Como se indicó, el artículo 55 transitorio de la Constitución de 1991 ordenaba la creación de una comisión cuyo objeto era reglamentar lo en él dispuesto; en

¹⁵⁸ Ibídem. SU-383 de 2003,

¹⁵⁹ Ibídem. C-891 de 2002.

¹⁶⁰ Ibídem. Auto 005 de 2009. C-208 de 2007.

¹⁶¹ “El 26 de mayo de 1991, tuvo lugar en Cali un Foro los ‘negros’ ante la constitución: convocada por la campaña viva la ciudadanía que llamó la atención sobre el hecho que la constituyente estaba pasando por alto a las comunidades negras. También en mayo en la ciudad de Quibdó y durante siete días, las organizaciones negras del Choco, especialmente la organización de barrios populares (OBAPO) ocuparon la Alcaldía, la Catedral y las oficinas de INCORA y 20 personas se trasladaron a Bogotá para presionar a los delegados” (Wade, Peter. “El movimiento negro en Colombia”. América negra. Universidad Javeriana. Bogotá 1993. Pág. 181).

cumplimiento de esto, el Gobierno crea la comisión especial para comunidades negras por medio del Decreto 1332 del 11 de Agosto de 1992. Sin embargo, las actividades de la Comisión no se concretaron debido a la falta de financiación, que impidió la recolección de los datos en la Costa Pacífica¹⁶². Por esta razón, si bien esta comisión se integró por algunos representantes de las comunidades afrodescendientes y sesionó, muchas de las expectativas propuestas no se alcanzaron.

Una vez, expedida la Ley de 70 de 1993 el proceso de divulgación se realizó principalmente en los territorios ocupados por poblaciones negras rurales de la Costa Pacífica, región a la cual se dirige específicamente la ley¹⁶³. En esta materia, el artículo 37 de la Ley indicó que si fuere necesario, el Gobierno recurriría a traducciones escritas y a la utilización de los medios de comunicación en las lenguas de las comunidades negras para garantizar el conocimiento acerca de sus derechos y obligaciones.

Debido a la amplitud de los asuntos meramente enunciados en la Ley, el legislador facultó al Gobierno para reglamentar de forma precisa dichos asuntos. El artículo 60 de la Ley, establecía que la reglamentación se haría teniendo en cuenta las recomendaciones de las comunidades a través de la comisión consultiva. Por su parte, la Comisión para la formulación de un plan de desarrollo de las comunidades, se

¹⁶² *Ibidem*. Pág. 185.

¹⁶³ Pardo, Mauricio. "Acción Colectiva, Estado y Etnicidad en el Pacífico Colombiano". Editorial ICAN, Colciencias Bogotá 2001. Pág. 100

conformó y reunió pero en el momento de ubicar los recursos para la ejecución del plan, éste se archivó.

La regulación de la Ley a cargo del Gobierno Nacional se concretó mediante la emisión del Decreto 1745 de 1995. Este Decreto en su artículo 42 contemplaba la divulgación su contenido mediante medios de comunicación, encargando dicha tarea principalmente a la Dirección de Asuntos para las Comunidades Negras del Ministerio del Interior.

Por lo expuesto, podemos concluir que la participación de las comunidades afrodescendientes en la determinación de las medias legislativas y administrativas que afectan el derecho a la propiedad colectiva no fue plenamente activa y general. Y en muchas ocasiones careció del presupuesto necesario para concretar las decisiones y propuestas.

Adicionalmente, si las medidas legislativas y administrativas deben corresponder al contenido de cada cosmovisión, la participación de las comunidades debe representar por lo menos la gran parte de las comunidades con cosmovisiones divergentes y en todo caso, permitir una gabela en los procedimientos administrativas que considerará la posibilidad de adecuar las normas aplicables a las instituciones colectivas y a las dinámicas culturales, sociales y religiosas de cada comunidad. Es por lo anterior, que podrían cuestionarse órganos como el Consejo Comunitario, y sus subdivisiones, en

la medida en que dicho esquema puede no corresponder al sistema organizacional de determinada comunidad.

Por otro lado, pese a que las comunidades efectúan una primera delimitación y demarcación de la tierra en los documentos que deben acompañar la solicitud de adjudicación, es la Comisión Técnica la que finalmente determina los límites del territorio que será otorgado mediante el título de propiedad colectiva.

VI.1.8. Realización de las medidas de acompañamiento del Estado a las comunidades afrocolombianas, en lo referente a la planeación y fomento del desarrollo económico y social.

Si bien algunas de las medidas se han implementado, su ejecución no ha sido continua, carecen del presupuesto suficiente y no han tenido gran acogida debido a la poca divulgación, y a las condiciones sociales y económicas de las comunidades. Evidencia de ello, son los pronunciamientos de la Corte Constitucional en relación a las comunidades afrocolombianas.

IV.2 ANÁLISIS DE LA LEGISLACIÓN EN MATERIA DE CORRECCIÓN DE LA DELIMITACIÓN Y DEMARCACIÓN DE TIERRAS.

De acuerdo, a los pronunciamientos de la Corte IDH el Estado se encuentra obligado a identificar el terreno a titular colectivamente, mediante la delimitación y demarcación del mismo. A efectos de delimitar y demarcar adecuadamente las tierras colectivas, el ordenamiento interno dispone dos procedimientos: la clarificación y deslinde de las tierras adjudicadas a las comunidades afrocolombianas. La primera opción para corregir las incongruencias en la delimitación y demarcación de la tierra colectiva es la impugnación del acto administrativo mediante la cual se adjudican tierras colectivas, y en caso de no resultar favorable se puede acudir a la Jurisdicción Contencioso Administrativa; según sea el origen, naturaleza y magnitud del error o inconsistencia.

El procedimiento de clarificación de las tierras colectivas tiene un alcance mayor ya que mediante este, se puede determinar la vigencia de los títulos que aleguen a su favor las comunidades afrodescendientes. Al respecto de estos procedimientos es preciso indicar, que a la luz del Sistema Interamericano de Derechos Humanos en cabeza de las comunidades reposa una obligación que debería encontrarse en la Administración. Lo anterior debido a que la carga de la prueba, para demostrar la correcta delimitación o para acreditar la vigencia del título recae en las comunidades. Como previamente se trato, la posesión simple por si sola activa la protección del

derecho a la propiedad colectiva; es por ello, que quien tiene la carga de la prueba para desvirtuar que no existe derecho de dominio por parte de las comunidades o que la delimitación no es la correcta debe recaer en la Administración cuando el procedimiento se inicia de oficio o en el solicitante.

VII. CONCLUSIONES

La normativa en Colombia que regula el derecho a la propiedad colectiva de las comunidades afrocolombianas no se ajusta a los pronunciamientos de la Corte IDH, a los aportes efectuados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y a algunos instrumentos internacionales para la protección de los derechos de las comunidades tribales, como lo es el Convenio 169 de la OIT. Esta aseveración emerge de un análisis exclusivo de las fuentes normativas comprendidas en las leyes y, en los decretos y demás instrumentos que las reglamentan.

Esa advertencia resulta de especial relevancia debido a que la Corte Constitucional principalmente en sede de revisión de tutelas ha logrado armonizar la normatividad a los lineamientos internacionales, y ha desarrollado de forma concreta medidas tendientes a cumplir con las obligaciones del Estado Colombiano contenidas en los artículos 1 y 2 de la CADH.

Este precedente jurisprudencial, se ha edificado a través de pronunciamientos reiterados, que buscan dar concreción a las disposiciones constitucionales y tender las bases para la estructuración de políticas públicas que logren: la protección de las tierras ancestrales no tituladas, la identificación de las víctimas directas, la titulación y delimitación de las tierras mediante procesos efectivos y expeditos; así como la conservación cultural de las comunidades. En los pronunciamientos del año 2012 de la Corte Constitucional, especialmente en los autos de la Sala de Seguimiento, se ha encargado a varias entidades públicas de tomar medidas oportunas y en principio temporales, que si bien no reparan los daños ya causados si representan la cesación a la vulneración continua de los derechos de las comunidades, que no es exclusivamente el derecho a la propiedad, en razón a que como se estudió en su momento la vulneración al derecho a la propiedad colectiva puede derivar en la violación a otros derechos humanos como lo son la vida y la integridad personal.

Por supuesto, un análisis más profundo del tema en estudio implicaría realizar un contraste entre la legislación y los pronunciamientos jurisdiccionales, con las

cosmovisiones de cada uno de los pueblos étnicos. Esto, en razón a que si se aplican en estricto sentido los parámetros del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, las legislaciones nacionales deberían adecuarse a cada uno de los imaginarios colectivos de cada una de las comunidades que puedan entenderse pueblo indígena o tribal, y que se encuentren bajo el imperio del Estado. Sin embargo, esta pretensión es casi que imposible de concretar en la práctica no solo por la dificultad que su realización representa sino también porque implicaría una contradicción a los atributos propios de la Ley que constituyen la tradición jurídica occidental desde el surgimiento de las teorías del contrato social, a saber, que la Ley es impersonal, general y abstracta.

Por lo anterior, valdría la pena preguntarse si sería posible una regulación en materia de titulación y demarcación de tierras de comunidades étnicas que si bien pautara unas reglas generales, proporcionará una gabela para que las comunidades étnicas modificaran y reconstruyeran con las autoridades administrativas el procedimiento a efectos de incorporar sus saberes tradicionales, adecuándolo a sus prácticas culturales.

En general, la problemática latente en gran medida deriva de la no participación de las comunidades y de considerar que incluso todas las comunidades afrodescendientes deben ser tratadas de igual forma cuando sus sistemas simbólicos pueden variar radicalmente. Pero en todo caso, es necesario resaltar que la propiedad

colectiva requiere una regulación especial y su tratamiento no puede surtirse mediante procedimientos generales de restitución de tierras, de reparación de víctimas, de adjudicación de baldíos, entre otros. Esto, pues se debe reconocer la existencia de un vínculo inmaterial entre el titular, es decir, las comunidades y la cosa, es decir, las tierras ancestrales; que de forma automática cualifica el derecho a la propiedad y, por esa simple razón las dinámicas de regulación y manejo de la tierras colectivas deben ser particulares.

Lo expuesto no obsta, para reiterar, conforme a la metodología aplicada en el presente trabajo, que en mi concepto, es posible aplicar analógicamente algunas de las disposiciones del Código Civil a efectos de superar las lagunas normativas presentadas en la regulación en materia de titulación, demarcación y delimitación de tierras, siempre y cuando estas no contraríen la esencia de la propiedad colectiva y en todo caso prefiriendo una interpretación que considere a la propiedad colectiva como una propiedad cualificada.

Finalmente, resulta necesario precisar dos aspectos: (i) La Ley 70 de 1993, tiene una vigencia de 19 años, años en los cuales esta normatividad no ha experimentado actualización o modificación alguna, igualmente las disposiciones que la reglamentan. Teniendo en cuenta que el primer fallo al respecto de la propiedad de las comunidades étnicas de la Corte IDH fue la sentencia del 31 de agosto de 2001 referente al Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni contra Nicaragua, es

evidente que la normativa colombiana no ha observado e incorporado el desarrollo que se ha dado al derecho a la propiedad colectiva mediante la jurisprudencia de la Corte IDH. Por estas razones, y por la inobservancia de la Ley de los nuevos contextos sociales y las nuevas vicisitudes que han tenido que padecer las comunidades afrocolombianas desde 1993, la Ley 70 está claramente desactualizada siendo casi obsoleta.

(ii) Por último, es pertinente plantear unos interrogantes que se derivan del análisis hecho en este trabajo. Si el vínculo inmaterial es el elemento que activa la protección especial y, que considero, sirve de límite temporal para la existencia de la cualificación de la propiedad¹⁶⁴: ¿Qué supuestos de hecho deben probarse a efectos de desvirtuar la presunción de existencia del vínculo?, ¿Quiénes se encontrarían legitimados para desvirtuar dicha presunción?, ¿Cuál es la consecuencia de declararse inexistente el vínculo?, y ¿al desvirtuarse la presunción de existencia del vínculo inmaterial, se violarían derechos humanos de las comunidades?. Las respuestas a estos interrogantes deben considerar desde el ámbito sustancial y procesal, sin embargo, este análisis debe ser objeto de un nuevo estudio.

¹⁶⁴ Esto, en razón a que la inexistencia o desaparecimiento del vínculo inmaterial, no puede derivar en la extinción del derecho a la propiedad en la medida en que configuraría una modalidad de expropiación, que si no se sustenta en otros supuestos puede comprender una violación de derechos.

VIII.BIBLIOGRAFIA

Pronunciamientos De La Corte Interamericana De Derechos Humanos

- ❖ Caso Comunidad Indígena Sawboyamaxa contra Paraguay. Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas de 29 de marzo de 2006. Serie No 146.
- ❖ Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tigni contra Nicaragua. Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas de 31 de Agosto de 2001. Serie No 79.
- ❖ Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tigni contra Nicaragua. Sentencia de Excepciones Preliminares de 1 de febrero de 2000. Serie No 66.
- ❖ Caso Comunidad N'djunka Maroon de Moiwana contra Suriname. Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas de Marzo 29 de 2006. Serie No 124.

- ❖ Caso Aloeboetoe y Otros contra Suriname. Sentencia de Reparaciones y Costas del 10 de septiembre de 1993. Serie No 15.
- ❖ Caso Comunidad indígena Yakye Axa contra Paraguay. Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas de 17 de junio de 2005. Serie No125.
- ❖ Caso Comunidad indígena Yakye Axa contra Paraguay. Sentencia de Interpretación de 6 de febrero de 2006. Serie No 142.
- ❖ Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek contra Paraguay. Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas de 24 de Agosto de 2010. Serie No 124.
- ❖ Caso Masacres de Ituango contra Colombia. Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas de 1 de julio de 2006. Serie No 148.
- ❖ Caso Pueblo Saramaka contra Suriname. Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas de 28 de noviembre de 2007. Serie No 172.
- ❖ Caso Ivcher Brostein contra Perú. Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas del 6 de febrero de 2001. Serie No 74.
- ❖ Caso Salvador Chiriboga contra Ecuador. Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas de 6 de mayo de 2006. Serie No 179.
- ❖ Caso Acevedo Jaramillo y Otros contra Perú. Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas de 7 de febrero de 2006. Serie No 144.
- ❖ Caso López Álvarez contra Honduras. Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas de 1 de febrero de 2006. Serie No 141.
- ❖ Caso Blanco Romero y Otros contra Venezuela. Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas de 28 de noviembre de 2005. Serie No 138.

- ❖ Caso Masacre Pueblo Bello contra Colombia. Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas de 31 de enero de 2006. Serie No 140.
- ❖ Caso Gomez Palomino contra Perú. Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas de 22 de noviembre de 2005. Serie No 136.
- ❖ Caso Escué Zapata contra Colombia. Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas de 4 de julio de 2007. Serie No 165.
- ❖ Caso Bueno Alves contra Argentina. Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas de 11 de mayo de 2007. Serie No 164.
- ❖ Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku contra Ecuador. Sentencia de Fondo y Reparaciones. Sentencia de 27 de junio de 2012. Serie C No. 245. Par 164 y 165.

Pronunciamientos De La Comisión Interamericana De Derechos Humanos

- ❖ Informe de la Comisión Interamericana sobre la Situación especial de países: México (1998), Colombia (1999), Perú (2000), Guatemala (2001) y Paraguay (2001).
- ❖ Resolución 12/85. Caso 7615. Pueblo Yanomami del 5 de Marzo de 1985.
- ❖ Resolución sobre el Procedimiento de Solución Amistosa sobre la Situación de los Derechos Humanos de un Sector de la Población Nicaragüense de Origen Miskito. Caso 7964.
- ❖ Informe No 40/04. Caso 12.053. Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice) de 12 de Octubre de 2004.
- ❖ Informe No 75/02. Caso 11.140. Mary y Carrie Dann (Estados Unidos) del 27 de diciembre de 2002.

❖ Asociación de Comunidades Aborígenes Lhaka Honhat. Caso No 12.094. (Argentina).

❖ Informe No 39/96. Caso 11.673. Santiago Marzioni. (Argentina).

❖ Informe No 90/99. Comunidades Indígenas Enxet- Lamexay y Riochito y otro. Caso 11.713 (Paraguay). Acuerdo de Solución Amistosa entre el Gobierno de Paraguay y las Comunidades Enxet- Lamexay y Riochito.

Pronunciamientos De La Corte Constitucional

❖ Sentencias de Unificación SU-039 de 1997, SU-510 de 1998, SU-383 de 2003.

❖ Sentencias de Constitucionalidad C-006 de 1993, C-216 de 1993, C-891 de 2002, C-063 de 2010, C-821 de 2002, C-336 de 2011, C-030 de 2008, C-331 de 2012, C-431 de 1994, C-589 de 1995, C-506 de 1992, C-595 de 1999, C-208 de 2007, C-955 de 2003, C-169 de 2001,

❖ Sentencias de Tutela T- 537 de 1992, T-880 de 2006, T- 428 de 1992, T- 342 de 1994, T-007 de 1995, T-659 de 1998, T-342 de 1994, T-143 de 2010, T-769 de 2009, T-506 de 1992, T-554 de 1994, T-284 de 1994. T-310 de 1995, T-440 de 1995, T-447 de 1996, T-245 de 1997, T-413 de 1997, T-414 de 1997, T-554 de 1998, T-025 de 2004, T - 606 de 2002, T-523 de 1997, T-254 de 1994, T-634 de 1999, T-188 de 1993, C-139 de 1996, T-932 de 2001, T-1022 de 2001.

❖ Autos A-004 de 2009, Auto de 18 de mayo de 2010, A-219 de 2011, A-005 de 2009, Auto-045 de 2012.

Pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia.

- ❖ Sentencia 086 del 11 de Agosto de 988.

Instrumentos Internacionales

- ❖ Organización Internacional del Trabajo. Convenio 169 de 1989 sobre Pueblos Indígenas y Tribales.
- ❖ Organización de las Naciones Unidas. Resolución 61/295 del 13 de septiembre de 2007. Declaración sobre los derechos de los indígenas.
- ❖ Organización de Estados Americanos. Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.
- ❖ Declaración Universal de los Derechos Humanos. Resolución 217 A de la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas de 10 de diciembre de 1948.
- ❖ Organización Internacional del Trabajo. Convenio 10 sobre Poblaciones Indígenas y Tribales del 26 de junio de 1957.
- ❖ Comité para eliminación de la discriminación racial, CERD, UN Doc. Recomendaciones Generales XXIII sobre los derechos de los pueblos indígenas, 51º Periodo de Sesiones, párrafo 4 (Agosto de 1997).
- ❖ Observación General N° 23, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 27 – Derecho de las minorías, 50 periodo de sesiones, UN DOC CCPR/C/21/Rev. 1/Add 5 (1994).

❖ Consejo Económico y Social. “*Cuestiones Indígenas, Informe del Relator Especial de Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los indígenas, Sr. Rodolfo Stavenhagen. Noviembre de 2004*”. Consulta realizada el 5 de Octubre de 2009. Disponible en la página Web: <http://www.hchr.org.co/documentoseinformes/documentos/relatoresespeciales/2004/RelatorIndigenasRodolfoStavenhagen.pdf>

Otros:

- ❖ Francisco Rojas Birry. Asamblea Nacional Constituyente, Ponencia “*Los derechos de los grupos étnicos*”. Gaceta Constitucional No 67.
- ❖ Amnistía Internacional. *Estamos reclamando sólo lo que es nuestro: pueblos indígenas de Paraguay comunidades Yakye Axa y Sawhoyamaxa*. España. Editorial Amnistía Internacional. Abril de 2010.
- ❖ Amnistía Internacional. *La lucha por la supervivencia y la dignidad: abusos contra los derechos humanos de los pueblos indígenas en Colombia*. España. Editorial Amnistía Internacional; 2010.
- ❖ Fuentes, Carlos Iván. *Desplazamientos internos y pueblos indígenas: sobre la necesidad de un régimen de protección especial*. Red International Law. 2009.
- ❖ Cabedo Mallol, Vicente. *Constitucionalismo y derecho indígena en América Latina*. Editorial de la Universidad Politécnica de Valencia. 2005.
- ❖ Forero-Mantilla, Felipe. *Conectividad: Alcances Del Derecho A La Propiedad Aborígen Y Tribal En La Jurisprudencia De La Corte Interamericana De Derechos*

Humanos. Revista Colombiana de Derecho Internacional. jul-dic2010, Issue 17, p177-211, 35p.

❖ López-Murcia, Julián Daniel, Maldonado-Colmenares, Gabriela. *La Protección De La Propiedad De La Tierra En La Jurisprudencia De La Corte Interamericana De Derechos Humanos Y Su Aplicación Al Caso De Las Comunidades Campesinas En Colombia*. Revista Colombiana de Derecho Internacional; may2009, Issue 14, p71-105, 35p.

❖ Londoño Toro, Beatriz. *Función ecológica de la propiedad en los resguardos indígenas de Colombia*. Centro Editorial Universidad del Rosario. 2004.

❖ Londoño Toro, Beatriz. *Guía metodológica para la certificación de la función ecológica de la propiedad en los resguardos indígenas de Colombia*. Centro Editorial Universidad del Rosario. 2004.

❖ Appendini, Kirsten. *Instituciones indígenas translocales y la flexibilidad de los derechos de propiedad: estableciendo los límites del nuevo institucionalismo*. El Colegio de México, A.C. 2002. 641-656 p.

❖ Portocarrero Mutiz, Carlos. “*Los resguardos indígenas y la propiedad del subsuelo*”. Revista de la Academia Colombiana de jurisprudencia. No. 201 (Dic. 1973); p. 245-248..

❖ Thoumi, Francisco Elías. *Derechos de propiedad en Colombia: debilidad, ilegitimidad y algunas implicaciones económicas*. CEI. 1995.

- ❖ INCORA, *Tierras de las comunidades negras, guía para la construcción de los Consejos Comunitarios y Formulación de titulación colectiva de las tierras de las comunidades negra*. 1998.
- ❖ Rodríguez, Gloria Amparo. *La consulta previa a pueblos indígenas y comunidades negras en el otorgamiento de licencias ambientales*. Universidad Nacional de Colombia. Bogotá. 2001.
- ❖ The Bernard and Audre Rapoport Center for Human Rights and Justice, *Unfulfilled Promises and Persistent Obstacles to the Realization of the Rights of Afro-Colombians. A Report on the Development of Ley 70 of 1993 Submitted to the Inter-American Commission on Human Rights*, The University of Texas School of Law (revised version, July 18th, 2007).
http://www.utexas.edu/law/academics/centers/humanrights/projects_and_publications/colombia-report.pdf.
- ❖ Rodríguez Garavito, César y Arenas, Luis Carlos. *Derechos Indígenas, activismo transnacional y movilización legal: la lucha del pueblo U'wa en Colombia*. En Sousa Santos, Boaventura. *El derecho y la globalización desde abajo. Hacia una legalidad cosmopolita*. Barcelona: Ed. Anthropos, 2007. 217 – 239
- ❖ Rodríguez, Gloria Amparo. Los obstáculos y las potencialidades de la Consulta Previa en el reconocimiento de los Derechos de los Pueblos Indígenas. *Etnias y Política* No. 6. (Enero 2008): 52-57
- ❖ Ministerio de Agricultura y desarrollo agrícola, Instituto Colombiano de Reforma Agraria, *Informe de seguimiento gestión institucional* 2001. Bogotá. febrero 2002.

- ❖ Lynch, John. *El Estado Colonial en Hispanoamérica en América Latina entre la colonia y nación*. Barcelona. Ed. Crítica 2001.
- ❖ Safford, Frank. Palacios, Marco. *Colombia País Fragmentado. Sociedad Dividida. Su Historia*. Ed. Norma. Bogotá 2002.
- ❖ Pardo, Mauricio. *Acción Colectiva, Estado y Etnicidad en el Pacífico Colombiano*. Editorial ICAN, Colciencias Bogotá 2001.
- ❖ Wade, Peter. *El movimiento negro en Colombia*. América negra. Universidad Javeriana. Bogotá 1993.
- ❖ Reichel Dolmatoff, Gerardo. *Caribe Colombia*. Fondo FEM Colombia, Bogotá 1990.
- ❖ Historia del pueblo afrocolombiano perspectiva pastoral CEPAC -. centro de pastoral afrocolombiana. Popayán, diciembre 1 de 2003 centro de pastoral afrocolombiana. Pagina web. www.axe-cali.tripod.com/cepac/hispafrocol/hispafrocol.doc.
- ❖ Grueso, Libia Rosario. *Comunidades Negras y procesos de justicia y paz en el contexto de las cosas inconstitucional*. Guz. 2011.
- ❖ Oslender, Ulrich. *Comunidades Negras y espacio en el pacifico colombiano. Hacia un giro geográfico en el estudio de los movimientos sociales*. Instituto de Antropología e Historia – ICANH. 2008.
- ❖ Instituto de Investigaciones Ambientales del Pacifico. IIAP. *Diagnostico situacional de la minería artesanal y en pequeña escala desarrollada por*

afrocolombianas en territorios colectivos de comunidades negras en el Choco Biogeográfico. IIAP. 2005.

❖ Ministerio del Medio Ambiente. *Tierras de las comunidades negras. I guía para la construcción de consejos comunitarios y formulación de solicitudes de titulación colectiva de las tierras de las comunidades negras en el marco de la Ley 70 de 1993 y el decreto 1745 de 1995*. Instituto de Reforma Agraria- INCORA. 2000.

❖ Hernández Delgado, Esperanza. *Resistencia Civil artesanal de paz: experiencias indígenas, afrodescendientes y campesinas*. Editorial Pontificia Universidad Javeriana. 2004.

❖ Favre, Henri. *El indigenismo*. Fondo de Cultura Económica. México. 1998.

❖ Stavenhagen, Rodolfo. *Derecho Indígena Y Derechos Humanos En América Latina*. Instituto Interamericano De Derechos Humanos