

Bogotá, 15 diciembre de 2015

Honorables

MAGISTRADOS

Tribunal Superior de Antioquia

Sala Civil Especializada en Restitución de Tierras

E.S.D.

Referencia: Amicus curiae - Proceso de restitución de derechos territoriales

Solicitante: Consejo Comunitario Mayor de COCOMOPOCA

Radicado: 27001312100120150000100

César Augusto Rodríguez Garavito, Aura Patricia Bolívar Jaime, Angie Paola Botero Giraldo, Sara Milena Ferrer Valencia, Carlos Andrés Baquero Díaz, Paola Fernanda Molano Ayala y Diana Isabel Güiza Gómez, director e investigadores del Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad- Dejusticia-, de manera muy respetuosa remitimos amicus curiae en el asunto de la referencia.

En esta ocasión, la Sala Civil Especializada en Restitución de Tierras del Tribunal Administrativo de Antioquia debe resolver la solicitud de restitución de tierras interpuesta por la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas (en adelante URT), en representación del Consejo Comunitario Mayor de la Organización Popular y Campesina del Alto Atrato (en lo que sigue Cocomopoca)¹. Esta comunidad, como lo relata la solicitud, ha sufrido diferentes violaciones en sus derechos territoriales, causados por distintos factores subyacentes y vinculados con el conflicto armado sufrido en la zona desde los años ochenta. En efecto, en este caso confluyen desde hechos victimizantes como confinamiento, abandono y desplazamiento forzado, hasta minería ilegal y cultivos ilícitos. Igualmente, existen afectaciones por actividades de aprovechamiento forestal y actividades de exploración y explotación minera. Respecto de estos últimos, desde el 2008 las autoridades competentes han expedido 21 contratos de concesión minera sobre 17.303,25 hectáreas (Has), de las cuales el 95.2% corresponden a territorio de la comunidad de Cocomopoca, que fue titulado por el INCODER en 2011, con una extensión de 73.317 Has. Es decir, al mismo tiempo que se surtía el trámite de titulación colectiva, las respectivas entidades del Estado expedieron títulos y concesiones mineras sobre dicho territorio.

¹ De acuerdo a la solicitud de restitución, en el territorio del Alto Atrato hay 3220 familias que están organizadas en 46 comunidades, las cuales, a su vez, conforman 43 consejos comunitarios. Estos consejos integran el Consejo Comunitario Mayor de Cocomopoca.

Frente a esos daños, la URT solicita, como pretensiones principales, el reconocimiento de la existencia de los daños y afectaciones padecidos por las comunidades del Consejo Comunitario de Cocomopoca con ocasión del conflicto armado de los últimos años en la región, así como la protección y garantía del derecho fundamental de restitución de tierras y derechos territoriales afectados por el abandono, confinamiento y afectaciones ambientales causados por el conflicto armado. Para ello, la URT pide, entre otros aspectos, que se declare probada la presunción de derecho prevista en el artículo 127 del Decreto Ley 4635 de 2011, y por tanto la nulidad, en relación con los títulos IIO-09341 y JGP-16041; y que se declare probada la presunción legal del numeral 1 del artículo 128 del Decreto Ley 4635 de 2011, y en consecuencia la nulidad, respecto de los 19 títulos mineros restantes que se han otorgado sobre el territorio de la comunidad de Cocomopoca.

El presente proceso plantea diversos problemas jurídicos respecto de la protección y garantía del derecho a la restitución y de los derechos territoriales de la comunidad de Cocomopoca. Uno de ellos se refiere a la oposición de los titulares de contratos de concesión minera frente la solicitud de restitución, y a la exigencia que la normatividad de restitución les hace de demostrar buena fe exenta de culpa en la adquisición de los derechos que alegan, para que puedan acceder a la compensación.

En nuestro criterio, este es un problema jurídico relevante por su importancia jurisprudencial y por razones de justicia material. Lo primero, pues se trata de un problema recurrente en otros casos de restitución a favor de sujetos colectivos, específicamente comunidades negras, y respecto del cual la jurisdicción de restitución de tierras no se ha pronunciado hasta el momento en su jurisprudencia. Lo segundo, porque compromete seriamente los derechos de sujetos colectivos víctimas del conflicto armado – en especial, los derechos colectivos al territorio y la consulta previa, libre e informada –, quienes merecen una especial protección del Estado.

En este contexto, el presente documento pretende exponer criterios jurídicos sobre la naturaleza, características y alcance de la exigencia de buena fe exenta de culpa a beneficiarios de concesiones mineras que desarrollan, en contexto del conflicto armado, actividades de exploración y explotación minera en territorios habitados ancestralmente por sujetos colectivos. El propósito de nuestra intervención es, entonces, presentar a la Sala Civil Especializada en Restitución de Tierras del Tribunal Administrativo de Antioquia el problema jurídico que casos como el presente plantean y sustentar los principales criterios jurídicos a tener en cuenta para adoptar una solución constitucionalmente admisible. En ese sentido, nuestro objeto no es resolver todos los problemas jurídicos que plantea, pues no tenemos conocimiento de todas las particularidades del proceso en concreto, por lo que carecemos de los elementos de análisis para proponer una solución a todas las controversias jurídicas que este caso origina².

² A lo largo de nuestra intervención hacemos algunas referencias generales a las afectaciones sufridas por la comunidad de Cocomopoca, con ocasión del conflicto armado. Esa información la hemos obtenido de la solicitud judicial de restitución de tierras y del documento de caracterización de afectaciones, disponible en <https://www.ramajudicial.gov.co/documents/2307298/5209998/Informe+Final+Caracterizacion+de+afectaciones+COCO+MOPOCA.pdf/aeef0248-93cb-461b-8a17-f1876d676336>. Recuperado el 23 de noviembre de 2015.

En esos términos, en la presente intervención sostendremos que el estándar de buena fe exenta de culpa que la normatividad de restitución exige a los terceros opositores se traduce en el deber de especial diligencia que aquellos deben cumplir cuando adquieren derechos sobre tierras y territorios en disputa por el conflicto armado. En casos como el presente, donde hay opositores con contratos de concesión minera, respecto de territorios de sujetos colectivos y que están ubicados en zonas de conflicto armado, tal estándar se traduce en que dichos opositores deben demostrar un comportamiento de mayor cuidado en el trámite administrativo de solicitud y celebración de tales contratos de concesión. Es decir, dichos opositores debe probar que cumplieron, con especial cuidado, tanto las normas que rigen los procesos de solicitud de derechos de exploración y explotación minera (Ley 685 de 2001), como las disposiciones que protegen de manera especial a las comunidades étnicas (Ley 70 de 1993 y Decreto 1745 de 1995).

Con este fin, en primer lugar, precisaremos el alcance del problema jurídico, para así delimitar el ámbito que ocupará esta intervención. En segundo lugar, caracterizaremos el estándar de buena fe exenta de culpa exigible, dentro de los procesos de restitución, a los opositores que son titulares de derechos de exploración y explotación de territorios de sujetos colectivos –en particular, beneficiarios de concesiones mineras- y que se encuentran en zonas de conflicto armado. Para ello, analizaremos, por una parte, el alcance del estándar de la buena fe exenta de culpa en contextos de conflicto armado, tal como está consagrado en la normatividad de restitución de tierras y como ha sido comprendido por la jurisdicción de restitución de tierras, específicamente, en los procesos de ruta ordinaria campesina; y, por otra parte, el ámbito de dicho estándar de buena fe exenta de culpa frente a procesos de restitución de derechos territoriales de sujetos colectivos como comunidades afrodescendientes. En tercer lugar, señalaremos que el contexto de conflicto armado y la presencia de comunidades afrodescendientes en los territorios objeto de restitución son hechos notorios, lo cual tiene importantes consecuencias en el análisis probatoria de la buena fe exenta de culpa de los opositores a la restitución de comunidades afrodescendientes. En cuarto lugar, finalizaremos con unas conclusiones en el sentido de precisar que, frente al problema jurídico que plantean casos como el presente, el estándar de buena fe exenta de culpa implica que los opositores con contratos de concesión minera sobre territorios colectivos deben demostrar que actuaron con especial cuidado al momento de adquirir esos derechos y que, por tanto, cumplieron tanto la normatividad minera como las normas particulares que consagran y desarrollan los derechos de las comunidades afrodescendientes.

1. Delimitación del problema jurídico de este tipo de casos

Como lo señalamos previamente, el caso de la referencia plantea diversos problemas jurídicos. Con todo, nosotros solamente nos referiremos a uno de esos problemas: la exigencia de buena fe exenta de culpa a los opositores mineros en procesos de restitución, donde hay afectación a los derechos territoriales de un sujeto colectivo étnicamente diferenciado.

Anteriormente precisamos, y como es de conocimiento de la Sala, que en el territorio objeto de la solicitud de restitución confluyen tanto las pretensiones de restitución de Cocomopoca, como las de los concesionarios mineros. En ese sentido, dentro del proceso

de restitución, los concesionarios mineros se pueden constituir como terceros opositores, pues ostentan contratos de concesión celebrados con la autoridad minera, los cuales recaen sobre los predios en disputa. En esta calidad procesal, a esos opositores les es exigible la buena fe exenta de culpa que, debido a la naturaleza del proceso de restitución, tiene unas condiciones específicas que la cualifican y que han sido desarrolladas por la jurisprudencia de los Tribunales de Restitución en procesos de solicitud regidos por la ley 1448 de 2011.

En este caso particular, estamos ante una solicitud para proteger los derechos de una comunidad negra que habita ancestralmente la región sur oriental del Chocó y que está organizada en forma de consejo comunitario, en virtud de las disposiciones de la Ley 70 de 1993. Esta condición hace que, dentro de los procesos de restitución, los jueces y magistrados deban prestar particular atención a la condición de sujetos de especial protección constitucional que ostentan las comunidades negras, característica que da lugar a aspectos específicos que no se encuentran en la ruta campesina de restitución. Es por ello que, en virtud de la existencia de un sujeto colectivo étnicamente diferenciado, las exigencias de buena fe exenta de culpa a los opositores dentro del proceso de restitución adquiere dimensiones distintas.

Lo anterior se traduce en que un concesionario minero, en calidad de opositor dentro del presente proceso, sólo puede alegar su buena fe exenta de culpa si actuó con conciencia de obrar con lealtad y certeza de cumplir con los requisitos legales. Para este caso, el primer elemento se refiere al no aprovechamiento de las condiciones del conflicto y el segundo se materializa en la medida en que el concesionario minero haya observado tanto las disposiciones generales que rigen los procedimientos de solicitud y celebración de concesiones mineras, como las normas que protegen los derechos colectivos, en especial el territorio, de la comunidad negra que habita la zona, esto es, la Ley 70 de 1993 y el Decreto 1745 de 1995.

En suma, el problema jurídico sobre el que buscamos dar luces a los respetados Magistrados se refiere a la exigencia de buena fe exenta de culpa a los concesionarios mineros en su calidad de opositores, el cual, como sostendremos en este documento, se traduce en la observancia del Código de Minas y de las normas que protegen a las comunidades negras. La principal consecuencia de esto es que si los opositores mineros no cumplen con estos requisitos, no podrían alegar su buena fe exenta de culpa y, por lo tanto, no habría lugar a la compensación.

Para dilucidar la solución a este problema, nos referiremos al estándar que ha desarrollado la jurisprudencia de restitución con respecto a la buena fe exenta de culpa en la ruta ordinaria campesina, con el fin de dar contenido a este concepto, pero también con el objetivo de resaltar la fuerza del precedente en este tipo de procesos. Igualmente, señalaremos por qué procede la aplicación concurrente del Código de Minas y de las normas de protección de las comunidades negras, la cual es la interpretación constitucionalmente admisible. Asimismo, nos referiremos al contenido de la buena fe exenta de culpa cuando confluyen pretensiones de exploración y explotación minera y derechos colectivos de comunidades negras. Finalmente, haremos alusión a la importancia de respeto por los derechos de las comunidades negras como sujetos colectivos dentro de los procesos de restitución.

2. El estándar de buena fe exenta de culpa en la restitución de derechos territoriales de sujetos colectivos

Esta primera sección tiene como objeto estudiar el alcance del estándar de buena fe exenta de culpa exigible a los opositores que son titulares de derechos de exploración y explotación de recursos en territorios de sujetos colectivos, especialmente, beneficiarios de contratos de concesión minera. Para tal fin, en primer lugar, exponemos el estándar de buena fe exenta de culpa en contextos de conflicto armado, que consagró la normatividad de restitución de tierras y ha desarrollado la jurisdicción de restitución, en particular, en los procesos de ruta ordinaria campesina. En nuestro concepto, estas nociones sobre buena fe exenta de culpa de los opositores de la ruta ordinaria pueden trasladarse a la jurisprudencia que se está forjando en materia de restitución de derechos territoriales de sujetos colectivos. En segundo lugar, precisamos el ámbito de este estándar de buena fe exenta de culpa cuando se exige a opositores titulares de derechos de exploración y explotación minera sobre territorios de sujetos colectivos. En este sentido, señalamos que los opositores mineros deben cumplir tanto las normas del Código de Minas como de la Ley 70 de 1993 y el Decreto 1745 de 1995, las cuales protegen a las comunidades negras y sus derechos sobre el territorio.

2.1 La buena fe exenta de culpa de los opositores en las leyes de víctimas y restitución de tierras y su desarrollo jurisprudencial en la ruta ordinaria campesina

Tanto la Ley 1448 de 2011 como los Decretos Ley 4633 y 4635 del mismo año establecieron la obligación de los opositores de acreditar la buena fe exenta de culpa en el proceso de restitución de tierras. Esta exigencia fue incorporada en esas disposiciones normativas con el objetivo de evitar la legalización de despojos o que posibles despojadores lograran acceder a las compensaciones como una medida de reparación alegando buena fe simple. Así lo ha señalado la jurisdicción de restitución de tierras: “[e]n contextos de conflicto armado la presunción de buena fe contractual no tiene la relevancia que le da el ordenamiento jurídico en su contexto extremo (de paz), pues muchos opositores podrían alegar su "buena fe simple" y de esta manera quedar desligados del asunto.”³

A partir de este marco normativo, los tribunales de restitución de tierras han diferenciado entre la buena fe simple y la buena fe cualificada. Mientras la buena fe simple exige sólo una conciencia recta y honesta, para la cual basta con una actitud propia de un hombre diligente y prudente⁴; la buena fe cualificada o creadora de derecho requiere demostrar no

³ Sentencia del 06 de octubre de 2015. Sala Civil Especializada en Restitución de Tierras del Tribunal de Antioquia. M.P. Javier Enrique Castillo Cadena; Sentencia del 01 de septiembre 2015. Sala Civil Especializada en Restitución de Tierras del Tribunal de Antioquia. M.P. Vicente Landinez Lara; Sentencia del 25 de junio 2015. Sala Civil Especializada en Restitución de Tierras del Tribunal de Antioquia. M.P. Vicente Landinez Lara; Sentencia del 12 de junio 2015. Sala Civil Especializada en Restitución de Tierras del Tribunal de Antioquia. M.P. Vicente Landinez Lara;

⁴ Sentencia del 17 de junio de 2014. Sala Civil Especializada en Restitución de Tierras del Tribunal Superior de Antioquia. M.P. Vicente Lalindez Lara; Sentencia del 08 de abril de 2015. Sala Civil Especializada en Restitución de Tierras. Tribunal Superior de Antioquia. M.P. Vicente Lalindez Lara; Sentencia del 11 de diciembre de 2015. Sala Civil Especializada en Restitución de Tierras. Tribunal Superior de Antioquia. M.P. Juan Pablo Suarez Orozco; Sentencia del 1º de agosto de 2013. Sala Civil Especializada en Restitución de Tierras. Tribunal Superior de Cartagena. M.P. Ada Lallemand.

sólo que quien actúa tiene la conciencia de obrar con lealtad (elemento subjetivo), sino además que tal actuación tiene tanto conciencia como certeza (elemento objetivo)⁵.

El deber de buena fe exenta de culpa de los opositores implica, por una parte, la aplicación de presunciones (de derecho y legales) para constatar la ocurrencia de abandono y/o despojo de tierras y territorios; y, por otra parte, la inversión de la carga de la prueba a favor de las víctimas, a partir de la cual es el opositor quien estará obligado a desvirtuar las presunciones, a través de la prueba de su buena fe exenta de culpa.

Particularmente, los tribunales de restitución han señalado que en contextos generalizados de violencia es exigible al opositor una mayor prudencia y diligencia tendiente a descubrir el verdadero origen de los predios⁶. Por ello, el opositor debe, adicionalmente, demostrar un comportamiento encaminado a verificar la regularidad de la situación⁷. Esto significa que en casos concretos es necesario probar, en especial aunque no exclusivamente: (i) conciencia y certeza de adquirir el derecho de quien es legítimo dueño; (ii) conciencia y certeza de que en la negociación se actuó con prudencia y diligencia que hicieran imposible descubrir el verdadero origen del inmueble; y (iii) conciencia y certeza de que la adquisición se realizó conforme a las condiciones exigidas por la ley⁸.

En tal medida, este tratamiento excepcional demanda a quien alega ser adquirente de buena fe exenta de culpa una indagación más rigurosa de la que realizaría un adquirente en situaciones reguladas por normas de la justicia ordinaria. Es por eso que al opositor se le impone no solamente un simple estudio de títulos sino, más que eso, la prueba de su diligencia, prudencia y conciencia recta, así como averiguaciones exhaustivas sobre los predios. Ello con el fin de inferir que el opositor no se aprovechó de la situación de violencia para privar arbitrariamente a las víctimas de abandono y despojo de la propiedad, posesión u ocupación de sus tierras o que no sacó ventaja de las circunstancias descritas⁹. Esta buena fe exenta de culpa abarca tanto los actos contractuales como todos los actos precontractuales¹⁰ y postcontractuales.

⁵ Sentencia del 12 de septiembre 2014. Sala Civil Especializada en Restitución de Tierras del Tribunal de Antioquia. M.P. Javier Enrique Castillo Cadena; Sentencia del 30 de septiembre de 2014. Sala Civil Especializada en Restitución de Tierras del Tribunal Superior de Cartagena. M.P. Martha Patricia Campo Valero; Sentencia del 10 de Julio de 2014. Sala Civil Especializada en Restitución de Tierras del Tribunal Superior de Cartagena. M.P. Martha Patricia Campo Valero.

⁶ Sentencia del 06 de octubre de 2015. Sala Civil Especializada en Restitución de Tierras del Tribunal de Antioquia. M.P. Javier Enrique Castillo Cadena; Sentencia del 01 de septiembre 2015. Sala Civil Especializada en Restitución de Tierras del Tribunal de Antioquia. M.P. Vicente Landinez Lara; Sentencia del 25 de junio 2015. Sala Civil Especializada en Restitución de Tierras del Tribunal de Antioquia. M.P. Vicente Landinez Lara; Sentencia del 12 de junio 2015. Sala Civil Especializada en Restitución de Tierras del Tribunal de Antioquia. M.P. Vicente Landinez Lara;

⁷ Sentencia del 06 de octubre 2015. Sala Civil Especializada en Restitución de Tierras del Tribunal de Antioquia. M.P. Javier Enrique Castillo Cadena. Corte Constitucional Sentencia C-820 de 2012.

⁸ Sentencia del 06 de octubre 2015. Sala Civil Especializada en Restitución de Tierras del Tribunal de Antioquia. M.P. Javier Enrique Castillo Cadena; Sentencia del 3 de octubre de 2013. Sala Civil Especializada en Restitución de Tierras del Tribunal de Cartagena. M.P. Laura Elena Cantillo Araujo; Sentencia del 28 de enero de 2014. Sala Civil Especializada en Restitución de Tierras del Tribunal de Cartagena. M.P. Ada Lallemand Abramuck; Sentencia del 1 de julio de 2014. Sala Civil Especializada en Restitución de Tierras del Tribunal de Cartagena. M.P. Ada Lallemand Abramuck

⁹ Sentencia del 22 de agosto 2014. Sala Civil Especializada en Restitución de Tierras del Tribunal de Antioquia. M.P. Juan Pablo Suarez Orozco.

¹⁰ Sentencia del 30 de septiembre de 2014. Sala Civil Especializada en Restitución de Tierras del Tribunal Superior de Cartagena. M.P. Martha Patricia Campo Valero; Sentencia del 10 de Julio de 2014. Sala Civil Especializada en Restitución de Tierras del Tribunal Superior de Cartagena. M.P. Martha Patricia Campo Valero

Igualmente, el estándar de buena fe exenta de culpa es exigible en relación con diferentes actos o negocios jurídicos, por medios de los cuales se transfiere el dominio, se constituyen derechos reales y cualquier tipo de afectaciones sobre las tierras y territorios colectivos objeto de restitución. Así se desprende de la lectura sistemática de la normatividad de restitución de tierras, en particular, el artículo 88 de la Ley 1448 de 2011 y los artículos 127 y 128 del Decreto Ley 4635 de 2011. En tal medida, los opositores en el proceso de restitución de tierras, que sean titulares de derechos reales, de dominio y demás derechos de exploración y explotación de tierras y territorios, deben demostrar buena fe exenta de culpa. Uno de esos derechos de exploración y explotación es, precisamente, el que deriva de los contratos de concesión minera.

En resumen, en contextos de conflicto armado, el estándar de buena fe aplicable a los opositores se refuerza en la buena fe exenta de culpa. Esta demanda que el tercero opositor demuestre que realizó tanto las verificaciones y averiguaciones específicas sobre la situación del predio y del derecho a adquirir, como todos los esfuerzos investigativos para conocer la situación contextual en la que tuvo lugar el respectivo acto o negocio jurídico¹¹. En estos casos, no es admisible que el opositor alegue como argumento de prueba de la buena fe, el desconocimiento de hechos de desplazamiento forzado, abandono, confinamiento o vaciamiento de sujetos colectivos. Esto por dos razones centrales. Primero, porque de ello se puede inferir que el opositor no actuó en la negociación como cualquier persona prudente o diligente lo hubiera hecho para descubrir los antecedentes del derecho adquiriría¹². Y segundo, porque, como lo indicaremos en la tercera sección, el contexto de violencia es un hecho notorio, es decir, un suceso públicamente conocido por la sociedad colombiana.

2.2. La buena fe exenta de culpa exigida a los opositores en procesos de restitución a sujetos colectivos

El estándar de buena fe exenta de culpa que la normatividad de restitución exige a los opositores también se aplica a casos como el presente. Por las características específicas de este tipo de procesos, donde hay opositores con contratos de concesión minera, respecto de territorios de sujetos colectivos y que se encuentran en contextos de violencia, dicho estándar adquiere unas características aún más específicas. Así, dichos opositores deben probar, al menos, que (i) no desconocieron el contexto de violencia que existía en el momento en que obtuvieron sus derechos; (ii) siguieron el trámite administrativo de solicitud y celebración de los contratos de concesión minera, contenidos en el Código de Minas y demás normas que lo reglamentan; (iii) adelantaron indagaciones específicas sobre la situación fáctica y jurídica de los territorios respecto de los cuales constituían derechos mineros, lo que incluye averiguar si tales territorios estaban siendo ocupados por sujetos colectivos étnicamente diferenciados; y (iv) cumplieron con todos los requerimientos y procedimientos que consagran tanto el Código de Minas como la Ley 70 de 1993 y el Decreto 1745 de 1995 para la protección de los derechos de las comunidades

¹¹ Vargas, Fernando, et al. Derechos patrimoniales de víctimas de la violencia: reversión jurídica y material del despojo y alcances de la restitución de tierras en procesos con oposición. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla (en proceso de publicación)

¹² Sentencia del 22 de mayo de 2013 de la Sala Civil Especializada en Restitución de Tierras del Tribunal Superior de Cartagena

afrodescendientes que ocupan los territorios que pretenden intervenir.

En seguida, desarrollamos este argumento. En ese sentido, primero, reseñamos brevemente los derechos de las comunidades afrodescendientes como sujetos colectivos, y las obligaciones estatales que de ellos se desprenden. Allí hacemos especial referencia a los derechos al territorio y a la consulta previa, libre e informada. Segundo, puntualizamos que en trámites de concesiones mineras deben aplicarse, de forma concurrente, tanto las normas del Código de Minas como las disposiciones de la Ley 70 de 1993 y del Decreto 1745 de 1995, que regulan los derechos de las comunidades afrodescendientes. Y tercero, exponemos el alcance del estándar de buena fe exenta de culpa requerido en procesos como el presente.

2.2.1. Los derechos de las comunidades negras, afrodescendientes, raizales y palenqueras, como sujetos étnicamente diferenciados.

Las comunidades negras, afrodescendientes, raizales y palenqueras en Colombia son consideradas como un grupo étnicamente diferenciado¹³. Uno de los efectos directos de este reconocimiento es que tienen dos tipos de derechos: los que se otorgan en términos individuales y los que se dan por su condición colectiva. Respecto de los derechos de las comunidades afrodescendientes que surgen en razón a su pertenencia al sujeto colectivo, el principal instrumento jurídico internacional es el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante OIT), que se incluyó dentro del sistema jurídico colombiano con la Ley 21 de 1991. Las comunidades afrodescendientes han sido incluidas dentro de la protección que creó este instrumento, porque la Corte Constitucional las consideró como pueblos tribales¹⁴. Esta clasificación ha sido posible gracias a que la Corte encontró que las comunidades afrodescendientes cumplen con los requisitos establecidos en la norma.

El Convenio 169 estableció que los pueblos tribales e indígenas, son aquellos que cumplen dos requisitos: (i) rasgos culturales y sociales compartidos –conocidos como el elemento objetivo–; y (ii) conciencia de identidad grupal que haga que sus integrantes se asuman miembros de una comunidad –conocida como elemento subjetivo–.

En palabras de la OIT, el elemento objetivo se compone de dos variables: “(i) una cultura, organización social, condiciones económicas y forma de vida distintos a los de otros segmentos de la población nacional, por ejemplo en sus formas de sustento, lengua, etc.; y (ii) tradiciones y costumbres propias, y/o un reconocimiento jurídico especial”. El elemento subjetivo se restringe, también en la valoración de la OIT, al sentido de auto-identificación colectiva¹⁵. En ese sentido, las comunidades afrodescendientes son protegidas por el Convenio 169 de la OIT, porque cumplen con los requisitos que estableció

¹³ Ver, entre otras, Corte Constitucional, Sentencias T-422 de 1996, C-169 de 2001, T-955 de 2003, T-576 de 2014.

¹⁴ Es reiterada la jurisprudencia constitucional en relación con la calidad de sujetos colectivos de las comunidades afrodescendientes. Un recuento de los pronunciamientos al respecto, se encuentran en Corte Constitucional, sentencia T-576 de 2014.

¹⁵ 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.

este instrumento para ser clasificadas como pueblos tribales.

El derecho al territorio de las comunidades afrodescendientes.

Las comunidades afrodescendientes tienen derecho a que se les titulen de manera colectiva a las tierras, de acuerdo a lo establecido en el Convenio 169 de la OIT, la Ley 70 de 1993 y la jurisprudencia de la Corte Constitucional. No obstante, el reconocimiento del derecho al territorio no hace parte de los elementos obligatorios que se han establecido para ser consideradas como una comunidad afrodescendiente. Esto es, el derecho al territorio es un derecho más que tienen estas comunidades, pero no hace parte de los requisitos que debe cumplir una comunidad para que sea reconocida como sujeto colectivo de derechos.

Así lo ha reconocido la jurisprudencia constitucional. En efecto, la Corte Constitucional en la sentencia T-576 de 2014 estableció que

[L]a relación de la comunidad con un territorio determinado es indicativa de su identidad étnica, pero no es un factor determinante para confirmar o excluir su condición de titular de derechos étnicos. Aunque las minorías étnicas suelen mantener una relación ancestral con sus territorios que, por lo general, incide en su supervivencia, el hecho de que la población afrocolombiana sea una de las más afectadas por el fenómeno del desplazamiento forzado y las falencias institucionales en la protección de su derecho a la propiedad colectiva impiden asociar la identidad étnica y los derechos que de ella se derivan a que mantengan un vínculo con sus territorios (...)¹⁶.

Estas consideraciones generan dos conclusiones preliminares. En primer lugar, la existencia de un grupo étnico no está supeditada a la existencia de un vínculo formal con la tierra que habitan, sino al cumplimiento de los parámetros establecidos por el Convenio 169 de la OIT. En segundo lugar, los derechos de los que son titulares los grupos étnico se derivan de su estatus como tal (sujeto colectivo-étnico), mas no de la formalización de su registro o de un título territorial.

El derecho a la consulta previa, libre e informada y el reconocimiento formal de los derechos territoriales.

Los derechos colectivos de las comunidades provienen del reconocimiento como sujetos étnicos. Una vez se considera que un grupo de personas cabe bajo la categoría de pueblos indígena o tribal, obtiene todos los derechos que le son reconocidos en el derecho nacional e internacional. Sin embargo, si el Estado niega uno de esos derechos, no significa que la comunidad deja de ser un sujeto colectivo.

Una consideración similar se debe realizar en relación a los derechos al territorio y el derecho a la consulta previa, libre e informada de las comunidades afrodescendientes. En el caso que una comunidad no haya obtenido el título colectivo sobre el territorio, no significa que no tiene derecho a que las acciones que lo afectan de manera directa le sean

¹⁶Corte Constitucional, sentencia T-576 de 2014, fundamento jurídico 3.40.

consultadas de manera previa, libre e informada (en adelante, CPLI).

La CPLI es el derecho que tienen los pueblos tribales a que el Estado les pregunte y tenga en cuenta su posición cada vez que quiere implementar cualquier medida administrativa o legislativa que sea susceptible de afectarlos directamente. De acuerdo al Convenio 169 de la OIT, este derecho garantiza que las comunidades afrodescendientes sean 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”¹⁷.

En el ámbito nacional, la Corte Constitucional ha definido el derecho a la CPLI en una extensa línea jurisprudencial¹⁸. La definición misma del derecho a la CPLI –por ser uno de los derechos relacionados con el derecho a la participación- no se refiere a la obligación de reconocimiento territorial, sino a su derecho a que se les pregunte en el caso que una medida los afecte.

De hecho, la Corte Constitucional ha sido enfática en reconocer que el Estado tiene la obligación de consultar a las comunidades étnicas que no se les ha entregado un título colectivo sobre su territorio. En la sentencia T-576 de 2014, la Corte definió “pretender que el derecho a la participación de las comunidades negras dependa de un título formal que, además, certifica una relación con la tierra, resulta a todas luces irrazonable, sobre todo, si se tiene en cuenta la manera en que las comunidades negras del país han sido despojadas de sus territorios y lo complejo que, en sí mismo, resulta el trámite de titulación colectiva”¹⁹.

La obligación del Estado de consultar las decisiones que afectan a las comunidades, especialmente las que se relacionan con su territorio.

Las decisiones que toman los Estados sobre los territorios que habitan las comunidades afrodescendientes deben ser consultadas con ellas mismas. De esa forma, el derecho a la CPLI obliga al Estado a consultarles a los pueblos étnicos las decisiones que se toman sobre sus territorios, sin importar si son titulados o no.

El artículo 7 del Convenio 169 de la OIT, estableció que: “[l]os pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe el proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural”. Este artículo determinó, entonces, que las comunidades afrodescendientes tienen derecho a que les sean consultadas las acciones que se realizan sobre los territorios que se han reconocido título colectivo y aquellos que no se les ha reconocido título, pero que utilizan de alguna manera.

¹⁷ Pár. A, núm. 1, art. 6, Convenio 169 de la OIT.

¹⁸ Para ver más sentencias sobre el derecho a la CPLI consultar: C-030/08, C-175/09, C-063/10, C-366/11, C-196/12, C-317/12 y C-194/13.

¹⁹ Corte Constitucional de Colombia, sentencia T-576 de 2014, M.P. Luis Ernesto Vargas.

Lo que es central en este caso es que sobre los dos tipos de territorios, el Estado tiene la obligación de consultarle a las comunidades afrodescendientes las decisiones que se toman sobre sus territorios.

Para finalizar, es importante aclarar que las comunidades afrodescendientes tienen derecho a la CPLI sobre las acciones que toman los Estados en los territorios no porque el derecho a la consulta dependa de la tierra, sino porque esas decisiones generan impactos sobre sus vidas. Frente a esto, la Corte Constitucional ha establecido que la definición del elemento de afectación directa, que es el que determina si una medida debe ser consultada²⁰ o no, debe ser definido caso a caso para no generar una violación de los derechos de las comunidades. Sin embargo, la norma general es que todas las medidas que intervienen o afectan la identidad de los pueblos étnicos deben ser consultadas.

En el caso de las medidas que afectan los territorios de las comunidades étnicas existe una presunción de la obligación que tienen los Estados de consultar esas medidas con los pueblos afectados. Lo anterior porque parte de la identidad que tienen los pueblos étnicos depende de la relación que establecen con las tierras. Frente a esto, el artículo 13 del Convenio 169 de la OIT definió que “(...) [a] aplicar las disposiciones de esta parte del Convenio, los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación”. Por ese motivo, al estar la identidad altamente cruzada con el territorio, el Estado tiene la obligación de consultar esas medidas con las comunidades.

En Colombia, las comunidades afrodescendientes tienen derecho a la CPLI. Este derecho obliga al Estado a que les consulte todas las acciones que generan un impacto sobre sus vidas. En el caso específico de las medidas que se toman sobre los territorios, el Estado no puede exponer que una decisión no fue consultada porque la medida se toma sobre un territorio no titulado. Hay dos razones para esta regla. Primero que el derecho a la CPLI recae sobre las comunidades y no sobre el territorio. Y, de esa forma, el Estado debe proteger a las comunidades para que puedan participar en las decisiones que afectan sus vidas. En segundo lugar, nacional e internacionalmente se ha reconocido el derecho que tienen las comunidades afrodescendientes, incluso, sobre las tierras que no les han sido tituladas formalmente porque son los espacios donde desarrollan su vida.

2.2.2. En los trámites de concesiones mineras aplican, de forma concurrente, el Código de Minas y la normatividad sobre comunidades afrodescendientes

Según lo hemos reiterado hasta el momento, el deber de especial diligencia exigible a los opositores con contratos de concesión minera en territorios colectivos en disputa por el conflicto armado implica, entre otras cosas, que los opositores deben cumplir, durante la solicitud y titulación de derechos mineros, con los requerimientos y procedimientos

²⁰ Los Estados que ratificaron el Convenio 169 de la OIT, tienen la obligación de “consultar a los pueblos interesados, 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” (pár. A, num. 1, art. 6).

estipulados por el Código de Minas, la Ley 70 de 1993 y el Decreto 1745 de 1995. Esto se desprende de la lectura de los artículos 3 y 4 de la Ley 685 de 2001, a la luz de los principios y derechos constitucionales de las comunidades afrodescendientes.

El artículo 3 de la citada norma dispone que “[l]as reglas y principios consagrados en este Código desarrollan los mandatos del artículo 25, 80, del parágrafo del artículo 330 y los artículos 332, 334, 360 y 361 de la Constitución Nacional, en relación con los recursos mineros, en forma completa, sistemática, armónica y con el *sentido de especialidad y de aplicación preferente*” (Subrayado fuera del original).

Por su parte, el artículo 4 establece que “[l]os requisitos, formalidades, documentos y pruebas que señala expresamente este Código para la presentación, el trámite y resolución de los negocios mineros en su trámite administrativo hasta obtener su perfeccionamiento, serán los *únicos exigibles a los interesados*. Igual principio se aplicará en relación con los términos y condiciones establecidas en este Código para el ejercicio del derecho a explorar y explotar minerales y de las correspondientes servidumbres” (Resaltado fuera del texto).

Esas normas determinan que, por una parte, los principios de especialidad y aplicación preferente del Código de Minas; y, de otra parte, la solicitud y trámite de contratos de concesión minera se rigen por las disposiciones de dicho código.

Dichas disposiciones tienen, al menos, dos interpretaciones posibles, de las cuales sólo una de ellas es constitucionalmente admisible. La primera es que los solicitantes de derechos mineros deben, exclusivamente, cumplir con los requerimientos y procedimientos estipulados en el Código de Minas, pues ésta es la norma especial y preferente para tales trámites. En ese sentido, la especialidad y aplicación preferente de la Ley 685 de 2001 son entendidas como principios interpretativos exclusivos y excluyentes, en la medida en que la mencionada ley es la única norma aplicable para asuntos mineros. Así, en procesos de celebración de contratos de concesión minera en territorios de comunidades afrodescendientes, los solicitantes de derechos mineros solamente tendrían el deber legal de reunir los requisitos consagrados en el Código de Minas, sin tener que acatar las disposiciones de la Ley 70 de 1993 y del Decreto 1745 de 1995, los cuales no serían la norma especial ni de aplicación preferente. Pero esta es una interpretación restrictiva que desconoce los principios y derechos constitucionales a favor de las comunidades afrodescendientes como sujetos colectivos, porque supondría una derogación de normas que contienen protecciones territoriales que son aplicables al caso.

La segunda interpretación, por el contrario, es constitucionalmente admisible. De acuerdo con ésta, en procesos de celebración de contratos de concesión minera en territorios colectivos de comunidades afrodescendientes, los solicitantes no sólo deben cumplir con lo dispuesto en el Código de Minas, sino que además deben cumplir con las obligaciones contenidas en la Ley 70 de 1993 y el Decreto 1745 de 1995. Ello por una razón normativa de carácter constitucional y una razón empírica.

La primera se refiere al contenido de los principios de especialidad y aplicación preferente, en términos constitucionales. La especialidad y aplicación preferente de la Ley 685 de 2001 no puede ser comprendida de forma exclusiva y excluyente, pues tal consideración partiría

de la base de que los derechos derivados de la minería son absolutos y redundaría en el absurdo de violar principios y derechos constitucionales. En efecto, los derechos a la exploración y explotación de recursos mineros tienen diversos límites y uno de ellos son los derechos constitucionales. Por este motivo, la interpretación constitucionalmente admisible de los artículos 3 y 4 de la Ley 685 de 2001 es la que entiende los principios de especialidad y aplicación preferente, a la luz de los principios y derechos constitucionales. Así, en la celebración de contratos de concesión minera rigen tanto las disposiciones del Código de Minas como las normas que protegen y desarrollan los derechos constitucionales que estén involucrados en el respectivo caso.

De esa manera lo ha entendido la Corte Constitucional, en particular, en la sentencia C-339 de 2002, en la cual analizó la constitucionalidad de los mencionados artículos 3 y 4, en relación con cargos de violación del medio ambiente como bien constitucionalmente protegido. En esa ocasión, la Corte señaló que el principio de especialidad no habilita al intérprete a desconocer los principios y derechos consagrados en la Constitución:

El principio de especialidad se aplica entre normas de igual jerarquía, en este caso entre leyes y es claro que no se aplica a normas de distinta jerarquía, esto es, entre la Constitución y la Ley ya que en este evento se aplica la norma constitucional. Desde este punto de vista, la interpretación restrictiva o la inaplicación de normas ambientales en razón al criterio temporal y de especialidad que efectúa el Código de Minas, debe enmarcarse en las normas constitucionales protectoras del medio ambiente²¹.

Esta es la misma situación de casos como el presente, por lo que el citado precedente es aplicable. La Ley 70 de 1993 y el Decreto 1745 de 1995 desarrollan derechos de las comunidades afrodescendientes, los cuales están consagrados en la Constitución, en el bloque de constitucionalidad y han sido desarrollados por la jurisprudencia constitucional, tal como lo explicamos en el aparte 2.2. de este documento. Así, el principio de especialidad y de aplicación preferente del artículo 3 del Código de Minas debe entenderse a la luz de esos derechos constitucionales de las comunidades negras, lo que supone la aplicación concurrente de las normas que regulan los derechos de estos colectivos, con la Ley 685 de 2001.

Además, en la parte resolutive de la misma sentencia, la Corte declaró exequible la expresión “únicos” del artículo 4, en el sentido de que “no excluye la aplicación de los requisitos establecidos en leyes especiales que protegen el patrimonio histórico, arqueológico o cultural de la nación y los derechos y bienes constitucionalmente protegidos”. En esos términos, la celebración de contratos de concesión minera en territorios de sujetos colectivos protegidos constitucionalmente debe igualmente respetar los requerimientos y trámites previstos por las normas específicas que desarrollan los derechos de tales sujetos colectivos.

La razón empírica, por su parte, hace relación a que en este tipo de casos concurren dos elementos fácticos que tienen su propia reglamentación, la cual debe aplicarse de forma

²¹ Corte Constitucional, Sentencia C-339 de 2002.

concurrente, a partir del principio interpretativo de especialidad (entendido en términos constitucionales, según el anterior argumento) Esos elementos fácticos son: (i) la celebración de contratos de concesión minera, (ii) sobre territorios colectivos de comunidades afrodescendientes. Esas condiciones son las que hacen singulares estos trámites, dado que no se trata de la expedición de concesiones mineras en tierras de propiedad privada. Esto, a su vez, delinea el ámbito de aplicación del principio interpretativo de especialidad. Así pues, si las particularidades de estos casos radica en que se trata del trámite de derechos mineros en territorios de sujetos colectivos y esas dos circunstancias tienen normas específicas de reglamentación, pues necesariamente deriva que, en virtud del principio interpretativo de especialidad, deben aplicarse de forma concurrente las normas especiales de este tipo de casos: el Código de Minas, la Ley 70 de 1993 y el Decreto 1745 de 1995.

2.2.3. El estándar de buena fe exenta de culpa exigible en casos como el presente

Si analizamos los derechos de las comunidades negras de cara al estándar de buena fe exenta de culpa aplicable a los opositores, encontramos que el estándar es más alto. Para que se pueda decir que se actuó de buena fe exenta de culpa, el opositor tuvo que respetar todos los derechos de las comunidades afrodescendientes, pues estas son sujetos de especial protección constitucional.

En ese sentido, si un opositor quiere ser catalogado como de buena fe exenta de culpa, no puede desconocer la presencia de comunidades negras en el territorio que quiere explotar. De haber presencia de sujetos colectivos étnicamente diferenciados debe realizarse un proceso de consulta previa con la comunidad, dado que el reconocimiento de derechos de exploración y explotación minera los afecta directamente al incidir en el territorio. De lo contrario, los actos que se realicen sin cumplir con los requisitos son inconstitucionales por violar derechos fundamentales de las comunidades negras como sujetos colectivos.

Así pues, al trasladar el precedente de la ruta ordinaria campesina de restitución y considerar los derechos de las comunidades afrodescendientes, el estándar de buena fe exenta de culpa, exigible a los opositores a la restitución, adquiere características específicas. En concreto, dicho estándar implica que los opositores que tienen títulos y concesiones mineras sobre territorios colectivos de comunidades afrodescendientes, los cuales se encuentran en contextos de conflicto armado, deben probar, al menos, que: (i) no desconocieron el contexto de violencia en el que se encontraban los territorios respecto de los que adquirirían derechos; (ii) siguieron el trámite particular de celebración de contratos de concesión minera, que establece el Código de Minas y demás normas reglamentarias; (iii) averiguaron acerca de la situación fáctica y jurídica en que se encontraban los territorios a intervenir, lo que comprende indagar si dichos territorios estaban siendo ocupados por comunidades afrodescendientes e, incluso, si aquellas ya tenían título colectivo; y (iv) cumplieron todos los requisitos y procedimientos estipulados en la Ley 70 de 1993 y el Decreto 1745 de 1995, en relación con los derechos de las comunidades afrodescendientes que habitaban los territorios en cuestión.

3. El contexto de conflicto armado y la presencia de comunidades afrodescendientes en territorios en disputa son hechos notorios

En casos como el presente, el contexto de conflicto armado y la presencia de comunidades afrodescendientes en los territorios objeto de restitución son dos elementos centrales en el análisis probatorio de la buena fe exenta de culpa de los opositores. En efecto, en la medida en que tales aspectos son hechos notorios, esto es, realidades objetivas, públicas y ampliamente conocidas, resulta evidente que los opositores debían cumplir el deber de especial diligencia que la normatividad les exige para adquirir derechos sobre territorios colectivos que están en disputa. Esto deriva en que, primero, el deber de especial diligencia aplica de plano para los opositores con derechos mineros. Segundo, ni la víctima ni el juez deben demostrar exhaustivamente que los opositores tenían la obligación de obrar con especial cuidado y diligencia cuando adquirieron los respectivos contratos de concesión minera. Tercero, aplican las presunciones de derecho y legales contenidas en el Decreto Ley 4635 de 2011. Cuarto, el opositor tiene una mayor carga probatoria para desvirtuar esas presunciones de falta de cuidado y diligencia de su parte. En seguida, profundizamos este análisis.

3.1. El contexto de violencia como hecho notorio

Los Tribunales Especializados en Restitución de Tierras han señalado que el contexto de violencia generalizada y conflicto armado, en ciertas regiones, ha tenido un extenso reconocimiento que se ha hecho público o, lo que es lo mismo, considerado como un *hecho notorio*. Este hecho es aquel que por ser cierto, público, ampliamente conocido y sabido por el juez y el común de los ciudadanos en un tiempo y espacio local, regional o nacional determinado, no requiere para su acreditación de prueba por voluntad del legislador (*notoria non eget probatione*) Esto debido a que se trata de una realidad objetiva que los funcionarios judiciales deben reconocer, admitir y ponderar en conjunto con las pruebas obrantes en la actuación, salvo que su estructuración no se satisfaga a plenitud²².

La principal consecuencia probatoria de catalogar como hecho notorio el contexto de violencia generalizada en la región es que se flexibiliza la prueba sobre su ocurrencia, por parte de las víctimas y de los funcionarios judiciales²³. Así lo ha admitido la jurisdicción de restitución de tierras, en general, y la Sala Civil Especializada en Restitución de Tierras del Tribunal Administrativo de Antioquia, en particular. Específicamente, esta Sala señala que “[n]o se exige prueba de los hechos notorios porque por su misma naturaleza son tan evidentes e indiscutibles que cualquier demostración en nada aumentaría el grado de convicción que el juez debe tener acerca de ellos”²⁴.

²² Sentencia del 28 de julio de 2015. Sala Civil Especializada en Restitución de Tierras del Tribunal de Antioquia. M.P. Vicente Landínez Lara; Sentencia del 25 de junio 2015. Sala Civil Especializada en Restitución de Tierras del Tribunal de Antioquia. M.P. Vicente Landínez Lara

²³ Al respecto ver: Sentencia del 16 de Junio de 2015. Sala Civil Especializada en Restitución de Tierras del Tribunal de Cartagena. M.P. Martha Patricia Campo

²⁴ Sentencia del 15 de marzo de 2013. Sala Civil Especializada en Restitución de Tierras del Tribunal de Antioquia. M.P. Juan Pablo Suarez Orozco.

Otra consecuencia procesal de considerar el contexto de violencia como hecho notorio es la aplicación de las presunciones de derecho y legales, que dispone el artículo 77 de la Ley 1448 de 2011, para los procesos de ruta ordinaria campesina, y los artículos 127 y 128 del Decreto Ley 4635 de 2011, para los procesos de restitución de comunidades afrodescendientes. Ello conlleva a fortalecer la calidad de víctima de las y los solicitantes, el principio de buena fe que los ampara, y a incrementar la prueba a cargo de los opositores para demostrar su buena fe exenta de culpa.

En casos como el presente, el contexto del conflicto armado en que se encontraban los territorios colectivos constituye un hecho notorio. Esto lo podemos ejemplificar con algunos sucesos concretos del presente proceso. Como lo indica la solicitud de restitución, el territorio ocupado por la comunidad afrodescendiente de Cocomopoca ha estado en disputa por el conflicto armado desde la década de los ochentas. Diferentes actores armados han incursionado en la zona. Entre ellos cuentan el Movimiento 19 de Abril – M-19 –, el Ejército Popular de Liberación – EPL –, el Ejército Revolucionario Guevarista – ERG–, las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia – FARC –, el grupo subversivo étnico Benkos Biojó, el Ejército de Liberación Nacional – ELN –, distintos grupos paramilitares como las Autodefensas Campesinas de Córdoba y Urabá – ACCU – y, desde mediados de 2007, grupos post-desmovilización como las Autodefensas Unidas del Norte del Valle, el Bloque Seguridad Minera, los Rastrojos, las Autodefensas Gaitanistas de Colombia y las Águilas Negras o Renacer.

En esa zona, las acciones armadas han tenido un significativo incremento entre 2000 y 2003, en el 2005 y entre el 2010 y 2012. Ello ha generado una grave situación de derechos humanos de la comunidad afrodescendiente que habita la región, la cual fue reconocida por la Corte Constitucional en el Auto 005 de 2009²⁵. Entre las afectaciones causadas por el conflicto armado están el desplazamiento, confinamiento, abandono y vaciamiento de la comunidad afrodescendiente. En efecto, según las cifras de la Unidad de Atención y Reparación Integral a Víctimas- UARIV²⁶, entre 1991 y 2013, en los municipios de Atrato, Lloró y Bagadó –región de influencia de la comunidad de Cocomopoca- se desplazaron 19.335 personas, de las cuales 7.071 son afrodescendientes y 955 son indígenas.

Adicionalmente, de acuerdo al informe de caracterización de la URT, en los municipios de Bagadó y Lloró se evidencia una pérdida de población rural en un 46,6% y 60%, respectivamente, desde 1993 hasta la fecha. Asimismo, indica tal informe que el 30% de los consejos comunitarios fueron abandonados totalmente, pues 13 de los 43 consejos inicialmente constituidos han desaparecido.

En estos términos, el contexto del conflicto armado en el Alto Atrato en las últimas tres décadas es un hecho notorio²⁷. De hecho, diferentes medios de comunicación,

²⁵ Al respecto, ver Corte Constitucional, Auto 005 de 26 de enero de 2009, fundamentos jurídicos 164 y 165.

²⁶ Esta información es citada por el informe de “Caracterización de afectaciones territoriales Consejo Comunitario Mayor de la Organización Campesina del Alto Atrato COCOMOPOCA”, elaborado por la URT en diciembre de 2014. Disponible en <https://www.ramajudicial.gov.co/documents/2307298/5209998/Informe+Final+Caracterizacion+de+afectaciones+COCOMOPOCA.pdf/aef0248-93cb-461b-8a17-f1876d676336>

²⁷ La situación de conflicto armado en el Alto Atrato ha sido cubierta en diferentes medios de comunicación.

organizaciones de la sociedad civil e instituciones estatales, como la Defensoría del Pueblo y la Procuraduría General de la Nación²⁸, han denunciado la grave situación de derechos humanos que ha ocasionado el conflicto en la región, en general, y las afectaciones que la violencia ha causado en la comunidad afrodescendiente de Cocomopoca.

3.2. La presencia de comunidades afrodescendientes en los territorios en disputa es un hecho notorio

La presencia de comunidades afrodescendientes en los territorios solicitados en restitución también constituye una realidad objetiva, pública y de amplio conocimiento. Diferentes disposiciones de la Ley 70 de 1993 y del Decreto 1745 de 1995 asignan funciones a entidades gubernamentales para reconocer tanto la existencia de comunidades afrodescendientes, representadas en los Consejos Comunitarios, como los procesos de titulación colectiva. Estas acciones de reconocimiento buscan revestir de mayor publicidad y oficialidad la existencia de las comunidades. Con todo, tales acciones no son un requisito de constitución de las comunidades afrodescendientes. Es decir, el reconocimiento estatal hace pública la existencia de una comunidad negra, pero no determina que las personas afrodescendientes lo sean porque son reconocidas por el Estado, sino por el cumplimiento de los criterios señalados en la sección anterior.

En primer lugar, se encuentra el Ministerio del Interior quien, a través de la Dirección para Asuntos de Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras, lleva el registro único nacional de los consejos comunitarios, organizaciones de base y representantes de las comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras. La existencia de cualquier consejo comunitario, entonces, puede verificarse a través de un derecho de petición al Ministerio del Interior, pues todos los consejos comunitarios constituidos bajo la Ley 70 de 1993 son inscritos ante esta entidad.

Por su parte, el Incoder es una de las principales instituciones estatales que publicita la existencia de procesos relacionados con territorios de sujetos colectivos. A esta entidad le corresponde recibir la solicitud de titulación, convocar a una comisión²⁹ y programar una

Ver, entre otros: <http://www.derechos.org/nizkor/colombia/doc/atrato1.html>; <http://historico.elpais.com.co/paionline/notas/Enero152004/choco.html>; <http://www.eltiempo.com/archivo/documento/MAM-1379647>; <http://www.semana.com/especiales/atrato-rio-sin-pais/index.html>; http://www.ambitojuridico.com/BancoConocimiento/N/noti-150203-07admiten_demanda_de_restitucion_etnica_para_comunidades_afroc/noti-150203-07admiten_demanda_de_restitucion_etnica_para_comunidades_afroc.asp?Miga=1; http://www.wola.org/es/comentario/rehenes_en_nuestros_propios_territorios_derechos_de_los_afro_colombianos_bajo_sitio_en_el; <http://www.verdadabierta.com/lucha-por-la-tierra/5439-demanda-de-restitucion-etnica-en-medio-de-la-fiebre-del-oro-en-el-alto-atrato-chocoano>;

²⁸ Ver informe de “Caracterización de afectaciones territoriales Consejo Comunitario Mayor de la Organización Campesina del Alto Atrato COCOMOPOCA”, elaborado por la URT en diciembre de 2014. Disponible en <https://www.ramajudicial.gov.co/documents/2307298/5209998/Informe+Final+Caracterizacion+de+afectaciones+COCOMOPOCA.pdf/aeeef0248-93cb-461b-8a17-f1876d676336>

²⁹ **ARTICULO 8 de la Ley 70 de 1993.** Para los efectos de la adjudicación de que trata el artículo 4o., cada comunidad presentará la respectiva solicitud al Instituto Colombiano de la Reforma Agraria Incora. Este podrá iniciar de oficio la adjudicación.

Una comisión integrada por el Incora, el Instituto Geográfico "Agustín Codazzi" y el Inderena o la entidad que haga sus

visita al terreno objeto de la solicitud³⁰. Todos estos actos y los resultados de los mismos deben quedar registrados en actos administrativos, de conformidad con las normas respectivas de la Ley 70 de 1993. Es más, de acuerdo con el artículo 21 del Decreto 1745 de 1995, dicha Comisión estaría integrada por el Ministerio de Medio Ambiente, el Incoder y el Instituto Agustín Codazzi. La participación de estas instituciones en el proceso hace que aquellas estén al tanto de la existencia de un consejo comunitario y del trámite de titulación colectiva de tierras. En ese sentido, si se quiere comprobar la existencia de una comunidad o de un proceso de titulación, basta con indagar en alguna de estas instituciones para saber si hay algún trámite en curso.

El Decreto 1745 de 1995, con el fin de dotar de mayor publicidad a los procesos, establece que la solicitud de titulación colectiva será publicada en una emisora radial “de sintonía en el lugar de ubicación del inmueble, o en su defecto, en la misma forma en un periódico de amplia circulación, en la región donde se encuentre ubicado el territorio solicitado en titulación.”³¹. Así mismo, corresponde a la alcaldía municipal, inspección de policía o del corregimiento y “a los que corresponda el territorio solicitado en titulación”³² fijar un aviso de la solicitud en un lugar visible. En tal forma, la solicitud de título colectivo es pública para el Ministerio de Ambiente, el Incoder, el IGAC, la alcaldía o entidad correspondiente e, incluso, la comunidad donde se publica la nota radial o el aviso de periódico.

De lo anterior deriva que, para la prueba de la buena fe exenta de culpa por opositores en procesos como el que nos ocupa, los opositores deben demostrar que (i) no desconocieron la existencia de comunidades étnicamente diferenciadas, pues verificaron a través de los diferentes mecanismos que tenían en su poder (derechos de petición al Ministerio del Interior o a cualquiera de las entidades con competencia sobre las pretensiones territoriales) y, luego de dicha verificación, (ii) realizaron un adecuado proceso de consulta previa de conformidad con los estándares nacionales e internacionales. A modo de ejemplo, analizamos algunos asuntos concretos del presente caso que permiten evidenciar que la presencia de comunidades afrodescendientes en territorios colectivos es un hecho público, el cual se puede constatar por diferentes medios expeditos.

En 1986 la comunidad afrodescendiente ubicada en el Suroriente del Chocó se agrupó en la Organización Popular y Campesina del Suroriente del Chocó (Opoca), antecesora de Cocomopoca, que se constituyó en 1994 a raíz de la Ley 70 de 1993. Desde 1986 se podía constatar por vías institucionales la existencia de una comunidad étnicamente diferenciada en la zona. Adicionalmente, en 1999 Cocomopoca presentó solicitud de titulación colectiva de su territorio ancestralmente habitado al entonces Incora³³, solicitud que estuvo suspendida por varios años debido a la situación de conflicto armado que azotaba la zona.

veces realizará, previo informe del Consejo Comunitario, una evaluación técnica de las solicitudes y determinará los límites del área que será otorgada mediante el título de propiedad colectiva.

³⁰ **ARTICULO 10 de la Ley 70 de 1993.** Radicada la solicitud el gerente regional respectivo ordenará una visita a la comunidad negra interesada, la cual no podrá exceder de sesenta días contados a partir de la radicación de la solicitud. La resolución que ordena la visita se le notificará al grupo negro interesado, a la organización respectiva y al procurador delegado para asuntos agrarios.

³¹ Artículo 21, numeral 1° del Decreto 1745 de 1995.

³² Artículo 21, numeral 2° del Decreto 1745 de 1995.

³³ Esta información está disponible en <http://www.verdadabierta.com/lucha-por-la-tierra/5439-demanda-de-restitucion-etnica-en-medio-de-la-fiebre-del-oro-en-el-alto-atrato-chocoano>

No obstante, en 2011, a través de la Resolución 02425, el INCODER reconoció la titulación colectiva del territorio a Cocomopoca. Así, durante 12 años estuvo pendiente una solicitud de titulación sobre el territorio en conocimiento de las entidades mencionadas anteriormente.

Durante esos 12 años fue solicitada la concesión minera en la zona en disputa. Entre 2008 y el 2013 se suscribieron 21 contratos de concesión minera³⁴ en territorios que se solapan con los territorios ancestrales de Cocomopoca. Esto es, nueve años después de radicada la solicitud de titulación colectiva por parte de Cocomopoca y dos años después de titulado el territorio, se suscribieron contratos que desconocieron (i) las pretensiones existentes sobre el territorio, (ii) la propiedad colectiva en cabeza de un consejo comunitario y (iii) el derecho colectivo a la consulta previa. Así pues, todas estas circunstancias constatan que la presencia ancestral de comunidades afrodescendientes es una realidad objetiva, pública, de amplio conocimiento y que se puede verificar fácilmente.

4. Conclusiones

Casos como el que ocupa a la Sala en esta oportunidad, como hemos podido ver, plantean diferentes problemas jurídicos en relación con la protección y garantía del derecho a la restitución y de los derechos territoriales de comunidades afrodescendientes. En particular, las tensiones que suscita la confluencia de intereses de exploración y explotación minera con los derechos colectivos de una comunidad afrodescendiente víctima del conflicto armado, son de gran relevancia para la jurisprudencia en materia de restitución. Esto por cuanto tales tensiones constituyen un ámbito en el cual no hay desarrollos jurisprudenciales, pero que es frecuente cuando está en disputa la restitución a comunidades negras. Además de la importancia temática y de justicia material, el presente caso caso presenta unas particularidades jurídicas que deben observarse por los jueces y magistrados de restitución de tierras y que provienen, justamente, del carácter étnicamente diferenciado del sujeto que solicita la restitución.

En virtud de lo expuesto, podemos afirmar que a los concesionarios mineros en su calidad de opositores dentro de los procesos de restitución, donde el solicitante es un sujeto colectivo étnicamente diferenciado, es exigible la buena fe exenta de culpa. Esta exigencia se predica de los procesos de restitución debido a las características especiales que estos tienen y al tipo de controversias jurídicas que buscan dirimir.

En concreto, la exigencia de buena fe exenta de culpa y de sus dos elementos, el subjetivo y el objetivo, se traducen, respectivamente, en que: (i) en virtud de la existencia de conflicto armado en el suroriente del Chocó no debió existir un aprovechamiento de esta situación, o de las circunstancias concomitantes al conflicto, para adquirir derechos sobre los predios en disputa; y (ii) en razón de la existencia de comunidades negras y teniendo en cuenta que ellas son las solicitantes, la adquisición de derechos sobre los predios debió cumplir los requisitos legales que se refieren tanto a las normas generales que rigen los trámites mineros (Código de Minas), como a las regulaciones específicas que protegen los derechos de las comunidades negras, en particular el derecho colectivo al territorio y el derecho

³⁴ Esta información se puede verificar en el Registro Minero Nacional de la Agencia Nacional de Minería

fundamental a la consulta previa, libre e informada (Ley 70 de 1993 y Decreto 1745 de 1995)

Es con motivo de lo anterior que los jueces y magistrados de restitución de tierras deben prestar especial cuidado, en virtud del carácter de sujetos de especial protección constitucional que ostentan las comunidades étnicas, a los alegatos de los opositores en los procesos de restitución. Así, los operadores judiciales deben exigir que los opositores con derechos mineros demuestren exhaustivamente que (i) no desconocieron el contexto de violencia que existía en el momento en que obtuvieron sus derechos; (ii) siguieron el trámite administrativo de solicitud y celebración de los contratos de concesión minera, contenidos en el Código de Minas y demás normas que lo reglamentan; (iii) adelantaron indagaciones específicas sobre la situación fáctica y jurídica de los territorios respecto de los cuales constituían derechos mineros, lo que incluye averiguar si tales territorios estaban siendo ocupados por sujetos colectivos étnicamente diferenciados; y (iv) cumplieron con todos los requerimientos y procedimientos que consagran tanto el Código de Minas como la Ley 70 de 1993 y el Decreto 1745 de 1995 para la protección de los derechos de las comunidades afrodescendientes que ocupan y/o son titulares de los territorios que pretenden intervenir.

Por lo tanto, si un concesionario minero, en calidad de opositor, no demuestra los dos elementos que constituyen la buena fe exenta de culpa, deben aplicarse las presunciones de los artículos 127 y 128 del Decreto Ley 4635 de 2011, con respecto a los contratos de concesión minera que recaen sobre el territorio objeto de la solicitud de restitución.

De los Honorables Magistrados,

César Augusto Rodríguez Garavito
Director de Dejusticia

Aura Patricia Bolívar Jaime
Investigadora de Dejusticia

Angy Paola Botero Giraldo
Investigadora de Dejusticia

Sara Milena Ferrer Valencia
Investigadora de Dejusticia

Carlos Andrés Baquero Díaz
Investigador de Dejusticia

Paola Fernanda Molano Ayala
Investigadora de Dejusticia

Diana Isabel Güiza Gómez
Investigadora de Dejusticia