

Bogotá, D.C., quince (15) de marzo de dos mil veinticuatro (2024).

Honorable magistrada:

NATALIA ÁNGEL CABO

Sala Novena de Revisión

Corte Constitucional de Colombia

E.S.D.

Expediente: T-8.090.405

Referencia: Acción de tutela formulada por Jose Kenedy Caicedo Sinisterra, en representación del Consejo Comunitario de Comunidades Negras Esfuerzo Pescador, parte baja del río Iscuandé, municipio de Santa Bárbara (región pacífica de Nariño) en contra de la Agencia Nacional de Tierras - ANT-.

Asunto: Respuestas a las preguntas formuladas en el Auto de 23 de febrero de 2023.

Rodrigo Uprimny Yepes, Kelly Quilcué, Carlos Quesada, Edgar Valdeleón Pabón, Sergio Pulido Jiménez y Fabián Mendoza Pulido, investigadoras (es) del Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad -Dejusticia- mediante este escrito presentamos nuestras respuestas preliminares a algunas de las preguntas formuladas en el Auto del 23 de febrero de 2024, que dictó la honorable Magistrada Sustanciadora dentro del proceso de la referencia.

En particular nos enfocamos en dos preguntas del eje 3 de la sesión técnica que se llevará a cabo el 12 de abril de 2023. Estas preguntas son: *i) cuál es el alcance de la prohibición establecida en el literal a) del artículo 6° de la Ley 70 de 1993, que excluye de la adjudicación de propiedad colectiva de comunidades negras a los bienes de uso público; y ii) si existen otras alternativas equivalentes para proteger los derechos al territorio y la identidad étnica del pueblo accionante, como, por ejemplo, el reconocimiento del derecho de prelación.*

De manera general, consideramos que la Sala de Revisión de la Corte está ante un caso de suma trascendencia histórica y jurídica por las implicaciones que tiene para los derechos territoriales de las comunidades negras y porque inclinará la balanza sobre el siguiente dilema constitucional: *¿debe prevalecer el derecho a subsistir y preservar la integridad que tiene una comunidad negra del pacífico colombiano, que hace presencia ancestral hace más de 150 años en su territorio y que ha sido víctima del conflicto armado*

interno, o debe prevalecer el dominio en abstracto del Estado bajo el argumento de que los terrenos que ocupan son bienes de uso público?

Frente a este dilema y para responder a las preguntas formuladas por la honorable Corte, sostenemos la siguiente tesis: la regla que establece el literal “a” del artículo 6° de la Ley 70 de 1993, mediante la cual se prohíbe titular bienes de uso público como propiedad colectiva de comunidades negras, admite excepciones (es un caso típico de derrotabilidad de una norma) pues la Constitución de 1991 en su artículo 63 establece que los “*bienes de uso público*” tienen exactamente la misma protección constitucional que las “*tierras comunales de los grupos étnicos*” que son tituladas como propiedad colectiva, es decir, son inalienables, inembargables e imprescriptibles; es por esto que el artículo 7° de la Ley 70 dice exactamente lo mismo: “*la parte de la tierra de la comunidad negra destinada a su uso colectivo es inalienable, imprescriptible e inembargable*”. Por esta razón, es plenamente razonable que la Corte reconozca, como lo ha hecho en casos similares de otros grupos étnicos y de especial protección constitucional, como indígenas y campesinos, que en un mismo territorio pueden concurrir simultáneamente las categorías protegidas por el artículo 63 de la Constitución (T-384A de 2014 y T-090 de 2023). En este caso particular, algunos terrenos compartirían la naturaleza tanto de “bien de uso público” como de “tierras de las comunidades negras” (artículo 4° de la Ley 70 de 1993), pues como en casos similares, excepcionalmente, dos categorías protegidas por el artículo 63 pueden coincidir o traslaparse en una misma área o terreno. Y, debido a ese traslape, si la Corte lo considera pertinente, bien puede establecer restricciones legítimas al uso de ese territorio, precisamente, por su carácter concurrente como bien de uso público; como, por ejemplo, que ciertos terrenos traslapados, al ser bienes de uso público, no puedan ser objeto de transacciones (artículo 7° de la Ley 70 de 1993) dentro del territorio colectivo titulado, pues pertenecen a toda la comunidad como “bien de uso público”.

La anterior interpretación es constitucionalmente admisible y plenamente razonable por al menos dos razones. La primera porque la norma que establece que los territorios de baja mar son bienes de uso público es preconstitucional (artículos 166 y 167 del Decreto 2324 de 1984), razón por la que requiere actualizar su interpretación con base en los mandatos constitucionales que irradian el caso. Y, la segunda, porque luego de la Constitución de 1991, y con base en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CorteIDH), así como de la propia Corte Constitucional, se han desarrollado y ampliado los derechos y mandatos constitucionales que se relacionan con problemas como los de este caso, particularmente, el concepto de *territorio*, lo que permite comprender de manera amplia, distinta y más adecuada el alcance de la regla de prohibición, respecto de su momento de expedición en 1993.

Una interpretación que privilegie el dominio público ignorando una posesión ancestral, como existe en este caso, incurriría en una injusticia histórica, cultural y racial, pues prevalecería el imperio del poder en abstracto de un Estado que no hace mayor presencia en ese territorio. Ello resulta problemático si se tiene en cuenta que el caso involucra el derecho a subsistir que tienen las comunidades y sus integrantes, quienes han hecho

presencia histórica y ancestral en el territorio. En suma, la decisión de la Corte se resume en, o bien garantizar la integridad de una población débil y marginada que lucha por preservar su forma de vida, o bien darle prevalencia al ejercicio del poder de propietario que en abstracto tiene el Estado.

Para explicar nuestro argumento, este escrito se divide en cuatro partes: en la primera planteamos cómo los bienes de uso público y las tierras de las comunidades negras tienen, en esencia, la misma protección constitucional; en la segunda, explicamos cómo se ha ampliado el concepto de territorio, en la jurisprudencia de las Cortes Constitucional e IDH; en la tercera, argumentamos cómo el caso concreto constituye un ejemplo típico de derrotabilidad (posibilidad de excepción) de una regla -de prohibición-, que se debe solucionar mediante una interpretación constitucionalmente conforme; finalmente, en la cuarta parte señalamos algunas alternativas.

1. Según el artículo 63 de la Constitución los bienes de uso público y las tierras comunales de las comunidades negras, comparten la misma protección constitucional

Tanto los bienes de uso público, como los territorios de las comunidades negras (que son los titulados como colectivos), tienen la misma protección constitucional: son “inalienables, imprescriptibles e inembargables”. Según el artículo 63 de la Constitución existe un listado de bienes y territorios con esa especial protección: (i) los **bienes de uso público**, (ii) los parques naturales, (iii) las **tierras comunales de los grupos étnicos**, (iv) las tierras de resguardos, (v) el patrimonio arqueológico de la nación, y (vi) los demás bienes que determine la ley. Y, con base en el artículo 4° de la Ley 70 de 1993, los terrenos titulados como propiedad colectiva por el procedimiento dispuesto en esa misma ley se denominan “tierras de las comunidades negras”, lo que equivale a las “tierras comunales de los grupos étnicos” de las que habla precisamente el artículo 63.

Según ha reconocido la propia Corte Constitucional, un mismo territorio puede ser simultáneamente varias de las categorías enlistadas por el artículo 63 de la Constitución. Por ejemplo, en la sentencia T-384A de 2014, la Corte aceptó que un mismo territorio puede ser (i) un parque nacional y también (ii) un resguardo indígena, el cual señaló es “propiedad colectiva indígena”, lo que lo hace inalienable, imprescriptible e inembargable.¹ Y, de manera más reciente, en la sentencia T-090 de 2023, la Sala Novena de Revisión aceptó que puede suceder que en un mismo territorio se traslapen categorías de bienes protegidos por nuestro ordenamiento jurídico. En ese caso particular, en unos territorios que se solicitaban como Zonas de Reserva Campesina también había presencia

¹ En ese caso, sentencia T-384A de 2014, la Corte señaló que “siendo precisamente la figura de Área de Reserva Forestal una de las limitaciones a la propiedad y, siendo el resguardo indígena una forma de propiedad colectiva que por mandato constitucional resulta inalienable, imprescriptible e inembargable, se hace posible compaginar las dos estipulaciones”. Y concluyó que: “dada la viabilidad de preservar el territorio de las comunidades en Parques Naturales, no hay razón para afectar la identidad de los pueblos nativos cuando se da esta última figura.”

de territorios ancestrales de los pueblos indígenas, todo esto en áreas que, además, constituyen Parques Nacionales.

Bajo ese entendido, no existe un riesgo de que el territorio sea propiedad privada de particulares, como en materia civil, y tampoco se puede hacer una errada equivalencia con lo que sucede cuando se adjudica un baldío a un particular. Si bien en la titulación colectiva se pueden adjudicar bienes, no se trata de una titulación que traslade el dominio a un particular que pueda enajenarlo libremente. El bien hace parte de la comunidad, como propiedad colectiva, y su utilización está sujeta a las condiciones que ella acuerda para su uso y goce. Y, si bien es cierto que el artículo 7° de la Ley 70 de 1993 establece que pueden enajenarse internamente áreas del título colectivo entre familias o miembros de la comunidad, si la Corte lo considera pertinente, bien podría establecer algunas restricciones legítimas derivadas, precisamente, del carácter concurrente como bien de uso público del territorio. Así por ejemplo, podría disponer que ciertos terrenos traslapados, al ser también bienes de uso público, no podrían ser objeto de las transacciones establecidas en el inciso 2° del artículo 7° de la Ley 70 de 1993, pues pertenecen a toda la comunidad como propiedad colectiva -y son “bienes de uso público”-

En suma, la honorable Corte ha admitido la posibilidad de que de manera simultánea un mismo terreno -o área- sea parte de dos de las categorías protegidas por el artículo 63 de la Constitución. Sin embargo, es necesario determinar si esa simultaneidad es predicable de un terreno que sería tanto “bien de uso público” como “territorio de comunidades negras”. Consideramos que esto es efectivamente posible si se acude a una interpretación sistemática y conforme con el concepto amplio de territorio que ha desarrollado la jurisprudencia de las Cortes Constitucional e IDH.

2. El concepto -amplio- de territorio en la jurisprudencia de la propia Corte Constitucional y de la Corte IDH

La protección constitucional reforzada de las tierras comunales de los grupos étnicos, consagrada en el numeral 3° del artículo 63 de la Constitución Política, de la mano del reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural, consagrada en el artículo 7° constitucional, así como la protección del derecho a la propiedad, amparado por el artículo 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), que se ha extendido a la protección de la propiedad colectiva², han llevado a la jurisprudencia constitucional e interamericana a proteger los territorios de las comunidades y pueblos étnicos en un sentido amplio.

Esta protección en sentido amplio tiene dos dimensiones: una conceptual y una normativa. La dimensión conceptual implica el reconocimiento de que el concepto de “territorio” no

² Consiste en el reconocimiento de la relación que existe entre la comunidad y los territorios en los que se encuentran asentados y su permanencia en los mismos. Este derecho se encuentra reconocido en el Convenio 169 de la OIT, artículos 13-1 y 14. Asimismo, en los artículos 58, 329, 330 y 55 transitorio de la Constitución Política de Colombia y reglamentado en la Ley 70 de 1993 y el Decreto 1745 de 1995.

se identifica exclusivamente con la dimensión física de la tierra. Por el contrario, el “territorio” representa la especial relación cultural que tienen las comunidades con el espacio geográfico³. De allí que a nivel normativo se haya reconocido también la protección del territorio “amplio”, entendido como las zonas que habitualmente han ocupado las comunidades étnicas, al igual que los lugares en donde tradicionalmente han desarrollado sus actividades sociales, económica, espirituales o culturales⁴.

A nivel interamericano, en protección del derecho a la propiedad (artículo 21 de la CADH), la Corte IDH ha advertido que en el caso de las comunidades y pueblos étnicos existe un estrecho vínculo entre la tierra, la cultura, la espiritualidad, la integridad de la colectividad, la supervivencia futura y el *ethos* colectivo, lo que justifica la especial protección del derecho a la propiedad colectiva de estos pueblos y comunidades sobre sus territorios. Esto ha sucedido en casos tales como: Comunidades de Mayagna (sumo) Awás Tingini vs Nicaragua⁵; Yakye Axa vs Paraguay⁶; Sawhoyamaxa vs Paraguay⁷; Xákmok Kásek vs Paraguay⁸; Moiwana vs Surinam⁹; Saramaka vs Surinam¹⁰; Kichwa de Sarayaku vs Ecuador¹¹; Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros vs Honduras¹²; y Kaliña y Lokono vs Surinam¹³.

La protección territorial amplia que la Corte IDH ha determinado para las comunidades y pueblos étnicos es concordante con el Convenio 169 de la OIT sobre Pueblos Indígenas y Tribales. Éste, en su artículo 13 reconoce el vínculo cultural y espiritual de los mencionados pueblos con sus tierras y territorios, entendiendo por territorio “la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera.” Además, en su artículo 14 protege el derecho de “propiedad y de posesión sobre

³ Corte Constitucional. Sentencia S-123 de 2018. M.P. Rodrigo Uprimny Yepes y Alberto Rojas Ríos.

⁴ *Ibíd.*

⁵ Corte IDH. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awás Tingini vs Nicaragua. Sentencia de 1 de febrero de 2000. Excepciones Preliminares. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_66_esp.pdf

⁶ Corte IDH. Caso Comunidad indígena Yakye Axa vs Paraguay. Sentencia de 17 de junio de 2005. Fondo, Reparaciones y Costas. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_125_esp.pdf

⁷ Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs Paraguay. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_146_esp2.pdf

⁸ Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs Paraguay. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Fondo, Reparaciones y Costas. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_214_esp.pdf

⁹ Corte IDH. Caso de la Comunidad Moiwana vs Suriname. Sentencia de 15 de junio de 2005. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_124_esp1.pdf

¹⁰ Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka vs Surinam. Sentencia del 28 de noviembre de 2007. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_172_esp.pdf

¹¹ Corte IDH. Caso de Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs Ecuador. Sentencia de 27 de junio de 2012. Fondo y Reparaciones. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_esp.pdf

¹² Corte IDH. Caso de la Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus Miembros vs Honduras. Sentencia de 8 de octubre de 2015. Fondo, Reparaciones y Costas. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_305_esp.pdf

¹³ Corte IDH.- Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs Surinam. Sentencia de 25 de noviembre de 2015. Fondo, Reparaciones y Costas. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_309_esp.pdf

las tierras que tradicionalmente ocupan" y el derecho a utilizar aquellas que no estén exclusivamente ocupadas por ellos.”

Y a nivel constitucional, la Corte ha reconocido esta dimensión ampliada del territorio, entre otras, en las sentencias: SU-123 de 2018 (en la que se decide una tutela presentada en protección del pueblo Awá La Cabaña); SU-121 de 2022 (en la que se decide una tutela interpuesta por los gobernadores de los resguardos de la Sierra Nevada de Santa Marta en protección de su territorio ancestral); T-547 de 2010 (en la que se decide una tutela presentada por los gobernadores de la Sierra Nevada de Santa Marta en protección del derecho a la consulta previa), T-849 de 2014 (en la que se decide una tutela presentada por el gobernador del resguardo del pueblo Arhuaco ante un licenciamiento ambiental dentro de su territorio ancestral) y T-436 de 2016 (en la que se decide una tutela formulada por representantes de las parcialidades indígenas en protección del derecho a la consulta previa ante un licenciamiento ambiental).

3. El caso concreto constituye un ejemplo típico de derrotabilidad (posibilidad de excepción) de una regla -de prohibición- que se debe solucionar mediante una interpretación conforme y sistemática de la Constitución

Como explicamos, tanto los bienes de uso público como las tierras de las comunidades negras tienen la misma protección constitucional, esto es, son inalienables, imprescriptibles e inembargables. Además, señalamos cómo la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la Corte IDH ha entendido que el concepto de territorio es más amplio que su concepción clásica e incluye zonas ocupadas habitualmente por comunidades y lugares donde tradicionalmente han desarrollado actividades sociales, económicas, espirituales o culturales.

Con base en estos elementos, así como en los precedentes sentados en casos similares (T-384A de 2014 y T-090 de 2023), consideramos que se trata de una regla que admite excepciones (es “derrotable”¹⁴). Por esta razón la Corte debe interpretar el alcance del literal “a” del artículo 6° de la Ley 70 de 1993 en el entendido que, *excepcionalmente*, una misma porción de terreno puede tener la naturaleza tanto de “bien de uso público” como de “tierra de una comunidad negra” (que es una “tierra comunal de un grupo étnico”), protegida por el artículo 63 de la Constitución, cuando se trate de zonas usadas colectivamente por comunidades negras, en los términos del artículo 7° de la ley 70 de 1993, y lugares donde tradicionalmente han desarrollado actividades sociales,

¹⁴ Una regla es “derrotable” (puede admitir excepciones) porque una situación jurídica regulada por el Legislador no puede prever todas y cada una de las hipótesis posibles que pueden surgir en el futuro frente a esa regla. Si ese fuera el caso, sería posible establecer un ordenamiento jurídico perfecto que regulara todas y cada una de las conductas y eventos a los que está sometida la convivencia humana. Por esta razón, en buena parte de la teoría jurídica contemporánea se ha aceptado el carácter “derrotable” de las normas cuando no es claro si se debe aplicar o no a un supuesto de hecho, situación en la que requiere necesariamente de un ejercicio de interpretación. Como señala Ricardo Guastini: “A veces estamos de acuerdo en que el texto normativo T expresa la norma N1, pero nos preguntamos si tal norma es «derrotable» (*defeasible*), es decir, sujeta a excepciones implícitas no especificadas”. GUASTINI, Riccardo. *Interpretar y argumentar*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2014, p.58.

económicas, espirituales o culturales, que es el concepto de *territorio amplio* reconocido por la jurisprudencia constitucional e interamericana. Adicionalmente, si lo estima necesario, la Corte puede establecer algunas limitaciones derivadas de la particularidad del traslape con un bien de uso público. Así por ejemplo, puede disponer que terrenos traslapados no sean objetos de transacciones entre miembros de la comunidad (inciso 2, artículo 7° de la Ley 70 de 1993), pues pertenecen a toda la comunidad como propiedad colectiva -y como “bien de uso público”-.

Con base en lo anterior, la regla de prohibición se podría formular de la siguiente manera: *“está prohibido titular bienes de uso público, a menos que una parte del territorio o área que es bien de uso público (como un terreno de baja mar) sea al mismo tiempo destinado al uso colectivo de la comunidad y, por tanto, deba ser considerado parte del territorio amplio en que realiza sus prácticas sociales, económicas, espirituales o culturales ancestrales.”* Así, la regla general permanece incólume porque no cualquier bien de uso público se puede titular, pero se reconoce una excepción que tiene pleno fundamento constitucional al salvaguardar los derechos a la integridad, propiedad colectiva, así como a la identidad étnica y cultural de los pueblos (arts. 1, 7, 8, 9, 10, 63, 68, 70 y 72).

4. Algunas alternativas que pueden ser exploradas

Como hemos argumentado, la decisión que consideramos correcta consiste en aceptar que algunas partes del territorio que la comunidad accionante solicita como parte de su titulación colectiva son también bienes de uso público, pero es posible aceptar, *excepcionalmente*, que esas dos categorías de bienes se traslapan. En ese escenario el derecho de prelación sería un elemento complementario que permite entender que, precisamente, la comunidad ha hecho presencia histórica y ancestral, razón por la que tiene una facultad preferente para desarrollar sus prácticas en su territorio, tal y como dispone el artículo 19 de la Ley 70 de 1993. Sin embargo, se podrían explorar otras alternativas.

Excepción de inconstitucionalidad: En la sentencia T-680 de 2012 que reconoció la propiedad colectiva en las Islas del Rosario y ordenó titular terrenos que también se consideraban prohibidos porque constituían “baldíos reservados de la nación”, la Corte aceptó esta posibilidad. Al respecto, señaló que: *“si existen restricciones derivadas de la vigencia de normas jurídicas de carácter legal que impidan la plena efectividad de los derechos fundamentales de una comunidad étnica, y con ello la cabal observancia de la Constitución Política, se haría necesario que en aplicación del artículo 4° se remuevan tales obstáculos, aplicando preferentemente las disposiciones superiores”*. Con base en esa decisión el Incoder efectivamente utilizó la excepción de inconstitucionalidad, respecto de la categoría de “bienes baldíos reservados de la Nación” prevista en el numeral 9 del artículo 19 de la Resolución 1745 de 1995, y tituló el territorio colectivo. Todo esto en un caso en que se consideraba que las islas, según el literal b del artículo 45 y 107 de la Ley 110 de 1912 eran territorios baldíos y, por tanto, propiedad nacional inajenable.

Derecho de prelación: Se podría optar por reconocer el mero derecho de prelación (inciso 3° del artículo 19 y artículo 27 de la Ley 70 de 1993) pero constituiría un retroceso en la garantía del derecho al territorio de las comunidades negras, pues no garantizaría que en el futuro, bajo el pretexto de que se ocupa un “bien de uso público”, alguna autoridad pública pueda expulsar a la comunidad del territorio que lo ocupa ancestralmente. Esta situación de inseguridad, además es contraria a instrumentos de derecho internacional como la Observación General 26 del Comité DESC, que llaman al Estado a proteger a tenedores legítimos por encima de restricciones de orden legal, esto debido a que privar de la tenencia de sus tierras a estas comunidades significa para ellas una grave e intensa violación de sus derechos a la vivienda, alimentación, agua, salud y a la vida cultural.

Titulación colectiva y derecho de prelación: la Corte finalmente podría reconocer el derecho a la titulación colectiva en aquellas áreas que no se encuentren enmarcadas dentro de la prohibición establecida en el literal “a” del artículo 6° de la Ley 70 de 1993; y, además, insistir en el derecho de prelación declarado por el artículo 19 de la Ley 70 de 1993 frente a aquellas que presuntamente están prohibidas. Sin embargo, de nuevo, la comunidad podría estar expuesta a las medidas o a la expulsión del territorio por parte de una autoridad que considere que se trata exclusivamente de un bien de uso público.

Cordialmente,

RODRIGO UPRIMNY YEPES

KELLY JHOANA QUILCUÉ VIVAS

FABIAN MENDOZA PULIDO

EDGAR VALDELEÓN PABÓN

SERGIO PULIDO JIMÉNEZ

CARLOS ERIN QUESADA TOVAR