



**BOGOTÁ D.C. 2018**

**TRABAJO DE GRADO**

**TRATAMIENTO DE LA COSA JUZGADA EN PROCESOS DE RESTITUCIÓN  
DE TIERRAS COLECTIVAS: UNA MIRADA A PARTIR DEL CASO DEL  
CONSEJO COMUNITARIO DE LOS RÍOS LA LARGA Y TUMARADÓ.**

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD JAVERIANA**

**FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS**

**DEPARTAMENTO DE DERECHO PROCESAL**

## **TABLA DE CONTENIDO**

### **INTRODUCCIÓN**

#### **1. CAPÍTULO 1: APROXIMACIÓN A LA JUSTICIA TRANSICIONAL**

1.1 FINES DE LA JUSTICIA TRANSICIONAL

1.2 UNA VISIÓN AMPLIA DE LA JUSTICIA TRANSICIONAL

1.3 REPARACIONES EN EL MARCO DE LA JUSTICIA TRANSICIONAL

#### **2. CAPÍTULO 2: COSA JUZGADA**

2.1 COSA JUZGADA EN LA LEY 1448 DE 2011

2.1.1 Cosa juzgada en restitución individual

2.1.2 Cosa juzgada en la restitución colectiva

#### **3. CAPÍTULO 3: PROPIEDAD COLECTIVA PARA LAS COMUNIDADES AFRODESCENDIENTES.**

3.1 RECONOCIMIENTO DEL DERECHO A LA PROPIEDAD COLECTIVA PARA LAS COMUNIDADES NEGRAS DE COLOMBIA

3.2 RECONOCIMIENTO DE DERECHOS TERRITORIALES A LAS COMUNIDADES ÉTNICAS POR PARTE DE LA CORTE CONSTITUCIONAL Y LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

3.3 PROBLEMÁTICAS DE LA APLICACIÓN DE LA LEY 70 DE 1993

#### **4. CAPÍTULO 4: LA SITUACIÓN DE LAS COMUNIDADES NEGRAS DE LAS ZONAS RIBEREÑAS DE LA CUENCA DEL PACÍFICO COLOMBIANO: EL CASO DEL CONSEJO COMUNITARIO DE LOS RÍOS DE LA LARGA Y TUMARADÓ**

4.1 CONTEXTO HISTÓRICO

4.2 EXPOSICIÓN DEL CASO EN SEDE JUDICIAL

#### **5. CONCLUSIÓN**

## **6. BIBLIOGRAFÍA**

6.1 DOCTRINA

6.2 JURISPRUDENCIA, PROVIDENCIAS JUDICIALES, FUENTES LEGALES Y  
ADMINISTRATIVAS

6.3 ARTÍCULOS, INVESTIGACIONES Y FUENTES OFICIALES

## **RESUMEN**

*El presente texto hace un análisis de la Ley 1448 de 2011 y de los decretos de regulación especial para comunidades étnicas, en particular el Decreto 4635 de 2011, el cual regula la restitución de tierras a comunidades afrodescendientes. Además, contextualiza este marco regulatorio por medio de las finalidades de la Justicia Transicional, para así visualizar los problemas prácticos que está teniendo la aplicación del principio de la cosa juzgada en el proceso de restitución de tierras y cómo estos han repercutido en los derechos fundamentales del caso concreto del Consejo Comunitario de los ríos la Larga y Tumaradó.*

*Palabras clave: Justicia Transicional, cosa juzgada, restitución de tierras, título colectivo.*

## **INTRODUCCIÓN**

El objeto de la presente tesis es proponer un tratamiento especial de la cosa juzgada en los procesos de restitución de tierras colectivas a las comunidades afrodescendientes de la cuenca del pacífico, para de esta forma brindar respuestas a la situación que viven los consejos comunitarios allí asentados. Específicamente, se va a tratar el caso del Consejo Comunitario de los ríos la Larga y Tumaradó por la complejidad que está teniendo este en sede judicial.

Lo anterior se abordará a partir de las herramientas que brinda el concepto de Justicia Transicional, poniéndolo en comparación con el principio de la cosa juzgada. Se tomará como fuente principal la doctrina existente que aborda de forma transversal dichos temas. Con esto, se pretende entrar en un campo más práctico en el que se expondrán dos normas procesales, la ley 1448 y el decreto 4635 del 2011, y una sustancial, la ley 70 de 1993, a partir de sus desarrollos jurisprudenciales tanto constitucionales como internacionales. Así, se develará un problema jurídico-social, para el cual se propondrán diferentes alternativas de solución a la problemática que surge a partir del contraste de las normas precitadas, la Justicia Transicional y la cosa juzgada, lo cual se analizará a través del caso concreto que se expone a continuación.

El Consejo Comunitario de los ríos de la Larga y Tumaradó es acreedor, conforme Resolución 02805 de 2000 del extinto INCORA, proferida bajo las disposiciones de la Ley 70 de 1993, de la titularidad de 107.064 hectáreas con 1760 metros cuadrados. Si bien a partir del año 2000 la comunidad ostenta la propiedad sobre los terrenos que les habían sido adjudicados, nunca pudieron hacer uso efectivo de los mismos. Esto se da como resultado de que poseedores de buena fe, campesinos y víctimas del conflicto armado

individualmente consideradas, han reclamado por vía judicial el derecho de propiedad sobre estos terrenos, generando un potencial conflicto que pone en tela de juicio el valor del principio procesal de la cosa juzgada.

Esto, debido a que el Consejo Comunitario se encuentra en un proceso de restitución de tierras colectivas, el cual está en etapa judicial y pretende alcanzar una providencia que defina la situación de la comunidad respecto de su título colectivo. Así, se deja al descubierto no solo un problema jurídico relevante, sino también una inseguridad jurídica frente a los derechos de las víctimas individuales y colectivas del conflicto armado. (Auto interlocutorio N°00181, 2014)

La Justicia Transicional, como herramienta para poner fin a estados de cosas inconstitucionales ha sido recurrente en Colombia en los últimos años, puesto que el país se encuentra implementando los acuerdos de paz con uno de los grupos guerrilleros más antiguos del mundo, que eran las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC). Las normas expedidas con ocasión de ese acuerdo no son las únicas que poseen una connotación de Justicia Transicional en la historia del país, por ejemplo las incluidas en el sistema de Justicia y Paz también representan normas de justicia en transición ya que tenían como propósito terminar el conflicto con las Autodefensas Unidas de Colombia (AUC).

De esta manera, se creó la Ley 1448 de 2011, más conocida como Ley de víctimas y de restitución de tierras, la cual fue diseñada como un mecanismo de reparación a las víctimas de violaciones a Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario en el marco de la guerra interna colombiana. Sin embargo, en el desarrollo de esta, se han dado una serie de conflictos que van en contravía de sus derechos a la verdad, justicia, reparación y garantías de no repetición.

Mediante la Ley 1448 de 2011, se creó un sistema de reparación a través del cual se atienden las demandas de víctimas individuales y colectivas, particularmente en lo que respecta a la restitución de tierras. Para alcanzar este objetivo, la ley diseñó un proceso mixto, con una fase administrativa y otra judicial, para que las víctimas puedan reclamar los predios de los cuales fueron despojadas ilegalmente.

Bajo los mismos principios procesales de la Ley 1448, se crearon tres decretos que regulan la reparación y restitución de comunidades étnicas: el Decreto 4633 de 2011 que regula dichos temas para las comunidades indígenas; el Decreto 4634 que regula la reparación de las comunidades gitanas y ROM; y el Decreto 4635 que regula la restitución y reparación de las comunidades afrodescendientes. Si bien estos procesos se dan en el marco de la Justicia Transicional, se han presentado una serie de conflictos que aún no han sido resueltos y que, si se abordaran desde una perspectiva tradicional de la justicia, desdibujarían el fin mismo por el cual se creó el proceso de restitución de tierras.

Atendiendo a lo expuesto, se pretende hacer el planteamiento sobre uno de los percances que se ha presentado con la Ley 1448 y que además es de gran relevancia para la ejecución práctica de la misma. Por esto, el principal problema que se pretende abordar está en la fase judicial, más específicamente en el valor que tendrán las sentencias emitidas por los jueces de restitución de tierras cuando el predio que se restituye corresponde a una persona individualizada y se encuentra inmerso en un territorio colectivo afro del cual también se pretende la restitución. Es aquí donde entra a jugar un papel trascendental la institución procesal de la cosa juzgada, poniendo de presente que será ésta la que determine el alcance de las sentencias que se emiten en el marco de un proceso de restitución, en cuanto a la reparación integral de las víctimas.

Por lo anterior, se analizará la institución jurídico-procesal de la cosa juzgada para posteriormente exponer si a través de una concepción tradicional de esta se puede alcanzar la reparación efectiva de las víctimas o si, por el contrario, esta es una de las instituciones que deben flexibilizarse con miras a atender a un contexto de Justicia Transicional, en el cual se emplee una visión holística de la reparación, es decir que comprenda la visión individual, colectiva y trascendental de la misma.

Es preciso reiterar que el Estado debe proteger a la población que reside en su territorio. En ese sentido, se debe entender que no solamente aquellos que han sido víctimas del conflicto armado son sujetos de especial protección. También deben incluirse las comunidades que han sido reconocidas como sujetos de protección constitucional reforzada, como es el caso de las comunidades ubicadas en las zonas rurales ribereñas de la Cuenca del Pacífico, cuyo derecho de propiedad colectiva, como se dijo, es reconocido por la Ley 70 de 1993.

Como un intento de solución a los problemas anteriormente planteados, este texto estará compuesto por cuatro capítulos: el primero, es una aproximación a la Justicia Transicional, partiendo de su exposición teórica y llegando a su aplicación práctica a partir del derecho a la reparación de las víctimas. El segundo, expone el principio procesal de la cosa juzgada vista desde su fondo teórico y aplicada en la justicia especial de restitución de tierras. El tercero, hace un análisis de la propiedad colectiva en Colombia y su concesión a las comunidades afrodescendientes en el marco de la Ley 70 de 1993. El cuarto capítulo expone el caso concreto del Consejo Comunitario de los ríos de la Larga y Tumaradó donde se devela la problemática que vive esta comunidad étnica. Para finalizar, a manera de conclusión, se pretenden exponer diferentes alternativas jurídicas que den solución a los problemas planteados a lo largo del texto.



## **CAPÍTULO 1: APROXIMACIÓN A LA JUSTICIA TRANSICIONAL**

Los conceptos de Estado de Derecho y democracia se han convertido en pilares fundamentales sobre los cuales los Estados cimientan su ordenamiento jurídico. Sin embargo, la construcción de un sistema legal que responda a estos principios no ha sido tarea fácil. Lo anterior se fundamenta simplemente con dar una mirada al pasado y encontrarse con el origen mismo de estos conceptos. En primera medida, el Estado de Derecho es uno de los elementos que le permiten a la sociedad limitar los poderes de sus gobernantes, lo que de ninguna manera ha sido una discusión pacífica, entendiendo lo que esta limitación amerita. Someter el funcionamiento de un Estado al imperio de la ley se ha convertido en la base de los Estados modernos.

Es indispensable traer a colación los componentes sobre los cuales se desarrolla el concepto de Estado de Derecho. Como se mencionó, el gobierno limitado es la hoja de ruta del imperio de la ley, así como una de las bases estructurales del Estado de Derecho, teniendo en cuenta que quien gobierne debe actuar atendiendo a unas reglas mínimas consagradas en los cuerpos normativos que rijan el funcionamiento del Estado (Díaz, 2001). Por otro lado, el reconocimiento de derechos fundamentales individuales ha sido el complemento del concepto que aquí se ha esbozado, entendiendo que estas figuras jurídicas han sido diseñadas de forma complementaria y han sido producto del desarrollo histórico de las naciones. De esta manera no existirá un gobierno limitado si previamente no se han consagrado unos mínimos de respeto a la ley que garanticen a cada individuo vivir en condiciones de dignidad (Zepeda, 1996).

Los derechos fundamentales reconocidos a cada individuo pasaron a tener relevancia en la construcción de ordenamientos jurídicos modernos. Inclusive las prerrogativas reconocidas

a cada individuo se convirtieron en un espacio inviolable, el cual debe ser protegido a tal punto que ni siquiera el propio Estado está en facultad de transgredirlo. Posteriormente emergió un nuevo movimiento en torno a los derechos fundamentales individuales, que ahora pasarían a conocerse como derechos humanos. Este movimiento tiene gran relevancia para el tema que aquí nos ocupa, si consideramos que el Estado de Derecho se diseñó como un sistema jurídico encaminado a garantizar y proteger los derechos humanos en todos los Estados que decidieran acogerlo, como lo señala el profesor Elías Díaz “los derechos humanos constituyen la razón de ser del Estado de Derecho” (Díaz, 2001).

Para enfrentar las nuevas dinámicas sociales, y respondiendo a las necesidades de los Estados, la construcción de los sistemas jurídicos dejó de tener su sustento en la voluntad de unos pocos para contar con una construcción participativa. Entendiendo esto, hay que señalar que el concepto de Estado de Derecho no puede implementarse en cualquier Estado, ya que, si bien todos los países cuentan con un ordenamiento jurídico, no todos los mecanismos de regulación social empleados responden a los principios del Estado de Derecho (Zepeda, 1996).

El concepto fundamental del Estado de Derecho es el respeto por unos derechos individuales considerados como fundamentales de los individuos. Por esta razón es necesario crear toda una normativa en torno a la protección y garantía de todas las prerrogativas que se les concedan a los miembros del Estado, para de esta forma garantizar la armonía y las condiciones de igualdad de los individuos frente a la ley (Díaz, 2001).

Así mismo, la concreción de un Estado de Derecho responde a una institucionalidad fuerte, que permita al Estado garantizar los derechos fundamentales de sus asociados, así como, velar por la inclusión de los mismos en escenarios de construcción de país. El conflicto

interno colombiano, ha sido uno de los principales obstáculos para alcanzar esta garantía de derechos y el carácter incluyente del Estado. Las dinámicas del conflicto han dominado regiones apartadas del país, espacios en los cuales las instituciones gubernamentales parecen nunca haber hecho presencia. La Cuenca del Pacífico colombiano ha sido un terreno arduo y de difícil acceso para el Estado, lo que ha hecho aún más difícil la tarea de proteger a los ciudadanos que ahí habitan y además velar por la aplicación juiciosa del ordenamiento jurídico institucional (Garavito, Sierra, & Adarve, 2009).

Cabe precisar que, si bien los Estados modernos principalmente funcionan bajo un sistema de imperio de la ley, este no es ajeno a la política. La relación entre derecho y política es estrecha, más si se pone de presente que el poder político determina la eficacia del derecho al aplicarlo, así como el derecho legitima al poder político al regularlo (Storini, 2017). En este sentido se debe resaltar que cada sistema jurídico responde a unos intereses políticos, por lo tanto, el imperio de la ley responde a una concepción de sociedad particular de quien lo imponga. Por eso, si bien el Estado de Derecho limita el autoritarismo y la arbitrariedad, no los erradica.

Al poner de presente la relación entre derecho y política, se pretende exponer que una afectación de los principios básicos del Estado de Derecho puede derivar en un rompimiento de tejidos sociales y políticos que pueden generar un conflicto armado o violento al interior del propio Estado.

En este aspecto cabe traer a colación la situación particular de las comunidades que tradicionalmente se asentaron en las zonas rurales ribereñas de la Cuenca del Pacífico. Las poblaciones tribales que han habitado esta parte del territorio han sido invisibles a los ojos del Estado (Rosas, 2013). Por tal razón han estado desprotegidos frente al goce de sus

derechos, lo que ha derivado en una limitación de acceso a los diferentes servicios del Estado, como el acceso a la propiedad. Los escenarios anteriormente descritos van en contravía de lo que persigue el derecho público internacional, si se toma como fin de este último el respeto por las sociedades democráticas que protejan y garanticen los derechos humanos de los individuos con independencia del Estado al que pertenezcan y el sistema político que los rija (Mansilla, 2013).

No son ajenas las situaciones en las que los Estados democráticos realmente no pueden funcionar como tales, producto de los conflictos internos con los que cuentan, en los cuales un grupo considerable de la población desconoce los lineamientos del Estado de Derecho, generando así pluralismos jurídicos contrapuestos basados únicamente en el desconocimiento del sistema jurídico oficial por no sentirse representados por el mismo. Estos escenarios generalmente vienen acompañados de una sistemática violación a los derechos humanos de la población civil, ya sea por actos de arbitrariedad o por contexto de violencia interna altamente perjudiciales para el reconocimiento de cualquier tipo de derechos (Garavito, Sierra, & Adarve, 2009).

Colombia es un Estado Social de Derecho que realmente no cubre la totalidad del territorio. Se hace evidente que en determinadas regiones del país, como podría ser el Pacífico, son los actores armados quienes ejercen el control social de la población (Centro Nacional de Memoria Histórica, 2013).

Para los contextos previamente descritos a partir de la década de los 80 y producto de la proliferación de contextos nacionales de este tipo surge el concepto de Justicia Transicional, el cual persigue crear un sistema jurídico paralelo que tenga como propósito único erradicar las violaciones sistemáticas y masivas de los derechos humanos, así como,

regresar a un estado de normalidad en el cual la justicia ordinaria de cada Estado pueda suplir las necesidades del mismo, las cuales en un contexto de violencia desbordarían el propio alcance y finalidad para el cual fue creada.

Si bien esta es la finalidad última en la que se sustentó el concepto de Justicia Transicional, el desarrollo de este se ha dado, como ya se había mencionado, en el campo de los derechos humanos. En este sentido es indispensable señalar que junto con la intención de crear un sistema de justicia que pueda soportar y atender los diferentes conflictos que se presentan en situaciones de violencia y anormalidad, también se pretendió extender la esfera temática de los derechos humanos, los cuales desde mediados del siglo XX se habían encargado primordialmente de desarrollar un concepto de dignidad humana.

Ahora, el contexto varía y la ampliación que se pretende mediante los criterios de una justicia alternativa es aquella que centra sus esfuerzos en el reconocimiento, garantía y protección de nuevos derechos fundamentales, particularmente relacionados con situaciones de conflicto, es decir, derechos propios de las víctimas (Greiff, 2008). En este escenario se empiezan a desarrollar las instituciones que van a regir la Justicia Transicional, las cuales estarán permeadas en cada una de sus actuaciones por la protección de los derechos a la verdad, justicia y reparación integral de las víctimas.

Respetando estas directrices se creó la Ley 1448 de 2011, un instrumento de Justicia Transicional a través del cual se pretenden garantizar los derechos de las víctimas a la verdad, justicia y reparación integral. Así mismo, este cuerpo normativo busca revertir algunas de las causas estructurales del conflicto, como es el acceso a la propiedad de la tierra (Consejo Superior de la Judicatura, 2015). A través de estos mecanismos de transición se da un reconocimiento a las víctimas, el cual parte de la satisfacción y garantía

de sus derechos, así como de la transformación de relaciones de discriminación estructural que pudieron ser causales del conflicto y que además se profundizaron a lo largo del mismo.

Habiendo expuesto los fundamentos que rigieron el desarrollo de la Justicia Transicional, es importante traer a colación la definición que ha dado el Secretario General de las Naciones Unidas sobre este mecanismo. En el año 2004 este alto funcionario realizó un informe en el cual abordaba el tema de Justicia de Transición y Estado de Derecho, donde definió al primero de estos como “toda la variedad de procesos y mecanismos asociados con los intentos de una sociedad por resolver los problemas derivados de un pasado de abusos a gran escala, a fin de que los responsables rindan cuentas de sus actos, servir a la justicia y lograr la reconciliación. Tales mecanismos pueden ser judiciales o extrajudiciales y tener distintos niveles de participación internacional (o carecer por completo de ella) así como abarcar el enjuiciamiento de personas, el resarcimiento, la búsqueda de la verdad, la reforma institucional, la investigación de antecedentes, la remoción del cargo o combinaciones de todos ellos.”

### **1.1 FINES DE LA JUSTICIA TRANSICIONAL**

Con la definición internacionalmente reconocida del concepto de Justicia Transicional, es importante abordar ahora las finalidades primordiales para las cuales este mecanismo alternativo de justicia fue diseñado. En este punto es importante hacer una breve distinción de las finalidades particulares que comprende la Justicia Transicional, ya que existen dos fines mediatos y un fin último. Cabe precisar que a lo que se hace referencia con los adjetivos que acompañan las distintas finalidades es su relación directa y necesaria con la aplicación de la institución misma de la Justicia Transicional (Greiff, 2011).

Como primer fin mediato se persigue el reconocimiento de las víctimas. La Justicia Transicional, como ya se mencionó, responde a situaciones de conflicto dentro de las cuales hay un alto margen de victimización, poniendo de presente que usualmente los conflictos internos de los países traen consigo violaciones sistemáticas de los derechos humanos de la población civil, por lo tanto, como primer fin de la Justicia Transicional, hay que propender por garantizar el reconocimiento de las víctimas. Lo anterior debe entenderse como un fin mediato de la justicia de transición, teniendo en cuenta que de la misma implementación de sus instituciones se debería dar un debido reconocimiento a las víctimas, de lo contrario no tendría sustento diseñar un modelo paralelo de justicia.

Por otro lado, es indispensable que a través de la Justicia Transicional se vele por alcanzar nuevamente la confianza de la ciudadanía en las instituciones. No es un secreto que un contexto de arbitrariedad, violencia o en general la violación sistemática de derechos degenera en una desconfianza por parte de los ciudadanos hacia las instituciones que los protegen. Lo anterior es el resultado de la falta de oferta institucional al momento de salvaguardar los derechos de la sociedad civil en contextos de violencia. También puede que sean las instituciones las que estén participando de la violación sistemática de derechos.

Por lo anterior, es indispensable hacer uso de mecanismos alternativos de justicia mediante los cuales se lleve nuevamente institucionalidad a todos aquellos que vieron transgredidas sus prerrogativas mínimas protegidas por el ordenamiento jurídico, así como también a aquellos que no, pero que por ser ciudadanos de un determinado Estado tienen interés en recuperar las instituciones para prevenir futuras confrontaciones. Esta finalidad también está intrínsecamente relacionada con la implementación de los mecanismos de Justicia Transicional. Las instituciones que implementen los programas transicionales deberán

gozar de alta credibilidad frente a la opinión pública, de lo contrario las decisiones que de estas provengan no tendrán legitimidad, haciendo poco efectivo el sistema de Justicia Transicional (Mansilla, 2013).

Esto involucra un trascendental reto para el Estado, al poner de presente que en una situación de conflicto es posible que haya territorios que no gocen de institucionalidad. Por tal motivo, además de crear confianza en las instituciones, se debe aprovechar la justicia en transición para llevar la oferta institucional a aquellos espacios del territorio que habían sido tradicionalmente dominados por las dinámicas del conflicto. A dicha situación se vieron sometidas diferentes regiones apartadas del territorio colombiano dentro de las cuales se puede destacar la zona rural ribereña de la Cuenca del Pacífico.

Como se anunció previamente la Justicia de transición también persigue un fin último, lo que no quiere decir que todo el sistema esté diseñado únicamente para alcanzar esta meta, sino, por otra parte, a lo que hace referencia es que para alcanzar este objetivo tendrán que tener un resultado satisfactorio los dos fines previamente señalados, así como deberá existir una impecable articulación en el sistema, de tal forma que se pueda alcanzar un nuevo estado de normalidad dentro del cual se propenda por el fortalecimiento del Estado de Derecho.

En este punto es indispensable resaltar el carácter transicional de este nuevo campo de las ciencias jurídicas. La Justicia Transicional como su mismo nombre lo indica, no tiene vocación de permanencia. Por otra parte, está fundamentada en la creación de mecanismos transitorios que doten de legitimidad a las instituciones que tendrán como función principal fortalecer el Estado de Derecho, en el entendido que este fue diseñado como mecanismo primordial de protección de los derechos humanos (Greiff, 2011).



El hecho de tener un carácter transicional limita el alcance mismo de este mecanismo de justicia. Es una característica propia de la justicia en transición haber sido diseñada para contextos específicos, por lo tanto, su campo de aplicación está restringido a sociedades que estén en procesos de transición. Como ya se abordó anteriormente, el concepto de Estado de Derecho entra a jugar un papel trascendental en este punto, poniendo de presente que la transición que pretendan hacer las sociedades a través de mecanismos de Justicia Transicional siempre deberá ir encaminada a garantizar el carácter democrático y el respeto a la ley por parte de los Estados (Mansilla, 2013).

Así mismo, dentro de las particularidades que vienen con los procesos de transición también se puede encontrar la importancia de los principios que ponen en tensión. Es así como la Justicia Transicional tiene que entrar a resolver y armonizar las tensiones que se producen entre lineamientos fundamentales como la paz y la justicia. Mientras por un lado se deben castigar los daños causados por quienes participaron del conflicto o quienes propiciaron un régimen autoritario, también se debe entender el complejo escenario político dentro del cual se deben producir esos castigos.

Entendiendo las particularidades que traen los contextos para los cuales se diseñó la justicia de transición es indispensable que el desarrollo de ésta parte de la búsqueda de soluciones políticamente viables que estén basadas en el diálogo y en la construcción participativa de Estado (Gómez, 2013). Sólo así se podrá garantizar que las instituciones que se pretendan alcanzar al salir del proceso de transición cuenten con el mayor grado de legitimidad posible para que así perduren en el tiempo. Adicional a lo anterior, las soluciones políticas que se adopten deben suprimir el mayor grado de impunidad, así como velar por alcanzar un régimen más democrático.

El principal desarrollo de la Justicia Transicional se ha dado en el campo del reconocimiento y protección de los derechos de las víctimas de violaciones de derechos humanos. Sin embargo, cabe advertir que la garantía de los derechos de las víctimas se ha dado a partir de los mecanismos a través de los cuales se va a castigar a los victimarios. Es decir, el enfoque predominante de la justicia de transición en sus primeros avances ha estado dirigido a proteger a las víctimas de la impunidad.

Lo anterior, conlleva a diseñar mecanismos de sanción acordes con el contexto transicional para quienes hayan cometido violaciones a los derechos humanos, así como también la creación de espacios en los cuales se vele por la construcción de la verdad y conservación de la memoria colectiva. Por último, se tendrá que optar por diseñar procesos mediante los cuales se garantice que las víctimas van a recuperar aquello que perdieron a causa del daño causado por las violaciones sistemáticas y masivas de sus derechos. De esta forma ha concebido la Justicia Transicional la satisfacción de los derechos a la verdad, justicia y reparación de las víctimas (Gómez, 2013).

Esta es una concepción holística de la Justicia Transicional. La búsqueda por crear un sistema jurídico de transición a través del cual se logren satisfacer las demandas de las víctimas, así como también las cuestiones propias de diseñar un nuevo ordenamiento jurídico que responda a las dinámicas de un contexto de paz. Desde una perspectiva finalista, la Justicia Transicional vista desde su concepción holística, pretende alcanzar la reconciliación y democratización de sociedades inmersas en conflictos armados (Sánchez N. C., 2016). Ahora bien, es necesario poner de presente si los mecanismos de Justicia Transicional están estrictamente encaminados a enmendar los daños causados por el conflicto.

Todos los instrumentos previamente enunciados, como las sanciones a los victimarios, esclarecimiento de verdad, entre otros, están dirigidos a satisfacer las demandas de las víctimas respecto al contexto de violencia. Pero en este punto, la Justicia Transicional abarca únicamente problemas que responden a escenarios en los cuales ya existe un conflicto armado. Este ha sido uno de los grandes temas de discusión en torno al alcance del concepto de Justicia Transicional. Es así que desde una visión holística de la justicia de transición es necesario que se articulen las distintas herramientas que se utilicen en la implementación de la misma, de tal forma que no funcionen de manera aislada, por el contrario, deben reforzarse entre sí.

En este sentido encontramos que la concepción de Justicia Transicional que se limita a atender los problemas causados a raíz del conflicto es limitada y puede estar lejos de ser duradera. Si el diseño de normas de transición se centra únicamente en satisfacer las demandas justificadas de las víctimas, posiblemente en un futuro se puedan generar nuevos conflictos, poniendo de presente que las causas que originalmente llevaron a la situación de alteración no han sido zanjadas y que, por el contrario, pueden permanecer.

La discusión actual en torno a las herramientas transicionales es si éstas deben tener alguna incidencia en los aspectos socioeconómicos de los Estados que deciden implementarlas, de tal forma que junto con la reparación integral a las víctimas se implementen cambios institucionales profundos que contribuyan con la solución de las causas que dieron origen al conflicto interno o al gobierno dictatorial.

## **1.2 UNA VISIÓN AMPLIA DE LA JUSTICIA TRANSICIONAL**

Ahora bien, como se mencionó anteriormente, existe una gran discusión en torno al alcance de la Justicia Transicional. Si bien parte de la transición es sancionar a los responsables y

encontrar una explicación adecuada para el conflicto en cuanto a su origen y desarrollo, ¿dónde quedan las demás situaciones desfavorables que se producen a raíz de un contexto de violencia? ¿Quién va a entrar a resolver los aspectos estructurales que dieron origen al conflicto armado?

Bajo la concepción previamente descrita la justicia ordinaria de los países tendría un papel trascendental en el alcance de los objetivos propios de un proceso transicional. Sin embargo, cabe preguntarse, ¿tiene capacidad la jurisdicción institucional de alcanzar los fines planteados en un proceso de transición hacia un Estado democrático?

Las preguntas previamente expuestas están dirigidas a cuestionar si la justicia ordinaria de un Estado puede entrar a resolver los problemas estructurales que dieron origen al conflicto, y que además se agudizaron con el desarrollo del mismo. Específicamente se pretende abordar la inquietud en torno a si la jurisdicción ordinaria es la institución idónea para resolver problemas ocasionados por el conflicto como sería el desplazamiento masivo de ciudadanos de las tierras que legítimamente les pertenecían.

Para atender estas inquietudes es indispensable exponer los principios bajo los cuales opera la justicia ordinaria, especialmente en la jurisdicción civil. La propiedad privada es uno de los derechos civiles sobre los cuales están construidas las sociedades modernas. En este sentido, nadie tiene la capacidad de transgredir la propiedad de otro salvo bajo su consentimiento. Por otra parte, el concepto de propiedad privada está intrínsecamente ligado con uno de los principios fundamentales bajo los cuales se sustenta la jurisdicción civil: la autonomía de la voluntad privada (Velázquez, 2010).

La base y el sustento de los desarrollos de la jurisdicción civil se han dado en torno a la posibilidad de que los ciudadanos contraten libremente, atendiendo a sus propias

necesidades y que la intervención del Estado en estas prácticas sea lo más reducida posible. Sin embargo, cabe advertir que la efectividad de este principio está ligada a su interrelación con otros. Es así que la autonomía de la voluntad privada responde a otro fundamento base: un orden público justo (Sánchez N. C., 2016). Habiendo expuesto esto, se puede afirmar que la justicia ordinaria está diseñada para un contexto de estabilidad social, de paz.

Las situaciones de violencia sistemática, como sería el caso de un conflicto armado, llevan necesariamente a reevaluar los principios bajo los cuales se desarrollaron ciertos negocios jurídicos. Esto, porque un escenario de confrontación armada trae unas dinámicas distintas a aquellas bajo las cuales opera el sistema jurídico en situación de normalidad. De esta forma las relaciones de poder entran a jugar un papel trascendental en la celebración de contratos y en la forma como los particulares transan sus bienes, en especial el tema que a lo largo de este escrito se ha venido tratando, la transferencia de propiedad de la tierra. Además, es importante advertir que la reinversión de los principios sobre los cuales se sustenta la regulación normativa civil también se debe dar en el marco del posconflicto.

Lo anterior, señalando que en esta etapa es donde se tendrá que entrar a evaluar la legitimidad y validez de negocios jurídicos celebrados a lo largo del contexto de anormalidad jurídica, así como también, deberá responder a las nuevas necesidades que se deriven entorno a la construcción de un Estado democrático, el cual debe garantizar mecanismos especiales de retorno a la tierra para quienes fueron desposeídos de la misma y también para aquellos que jamás tuvieron la posibilidad de acceder a la propiedad.

Ahora bien, es indispensable poner de presente que la Justicia Transicional responde a contextos particulares, motivo por el cual no existe un único mecanismo que garantice el éxito de las políticas transicionales. Por el contrario, la eficacia de los instrumentos de

transición dependerá de qué tan acordes estén al contexto en el cual entrarán a operar. De esta forma la Justicia Transicional en materia de tierras puede responder a una justicia meramente correctiva, es decir, basarse en garantizar únicamente el retorno de las víctimas a los predios de los cuales fueron despojadas. Esto respondería a la simple garantía de las víctimas a ser reparadas. Sin embargo, esta concepción puede ser problemática en contextos tan complejos de violencia como el colombiano (Sánchez N. C., 2016).

Tradicionalmente se ha reconocido como una de las fuentes del conflicto armado colombiano la distribución inequitativa de la tierra. La historia nacional ha estado permeada de constantes conflictos, es así, como un primer punto de inflexión histórico es la guerra bipartidista. El conflicto entre liberales y conservadores que se dio a mediados del siglo pasado dio como resultado alrededor de dos millones de campesinos despojados de sus tierras. Esto vino acompañado de una promesa de reforma agraria, que jamás se cumpliría, lo que llevó a que el campesinado colombiano se viera en la penosa situación de migrar a los tugurios citadinos, o peor aún se alzara en armas en contra de un sistema de propiedad ilegítimo basado en latifundios improductivos pertenecientes a caciques del Estado o tradicionales terratenientes (Restrepo M. A., 2014). A través del ejemplo anteriormente expuesto, se hace evidente que apelar en el contexto colombiano a un sistema de Justicia Transicional basado en el concepto de justicia correctiva, quizá no alcanzaría el fin último de los procesos de transición, aquel que propende por alcanzar un Estado de Derecho fuerte y democrático dentro del cual se garantice un contexto de paz estable y duradera (Ministerio de Agricultura y Desarrollo Social. , 2011).

Por otra parte, se regresaría al status quo que regía el sistema de propiedad de la tierra, el cual la mayoría de la población consideraba ilegítimo. Un proceso de este tipo no contaría

con una amplia participación de las víctimas, ni en general de la sociedad civil, lo que confirmaría la falta de legitimidad del proceso. En este escenario las víctimas no se sentirían reparadas, y dejarían de ser el centro del proceso de transición, lo que indudablemente impediría la reconciliación y la reconstrucción del Estado (Atuahene, 2010).

Si bien el concepto de justicia correctiva no puede ser el único que guíe el proceso de transición en materia de propiedad, al menos en el Estado colombiano, sí puede estar acompañado de otros mecanismos de justicia que complementen su intención. En este punto cabe traer a colación el concepto de propiedad transformadora que trae la autora Bernadette Atuahene, el cual tiene como principal objetivo alcanzar un equilibrio en la defensa de los derechos tradicionales de propiedad -justicia correctiva- y la garantía de acceso democrático a la tierra -justicia distributiva (Atuahene, 2010).

Atendiendo a esta visión transformadora de la propiedad se reconoce que el proceso de transición está en el marco de una sociedad tradicionalmente reconocida como desigual. En atención a este último aspecto, es importante que los procesos de restitución de tierras no estén encaminados a devolver, a quienes fueron desposeídos, a la condición de marginalidad en la cual se encontraban al momento de su desplazamiento y la cual se profundizó posteriormente. Por el contrario, el objetivo principal de la restitución debe ser garantizar el retorno en condiciones distintas, de tal forma que las víctimas perciban la transformación que se produjo al momento de cerrar el ciclo del conflicto.

Con estos elementos sobre la mesa, se puede llegar a la conclusión que la Justicia Transicional sí puede entrar a resolver escenarios que superan los daños causados por el conflicto y que responden a situaciones sociales que pudieron ser las causas originarias del

contexto de violencia. En respuesta a las preguntas planteadas al inicio de esta sección, se debe advertir que no es la justicia ordinaria la que tiene las herramientas adecuadas para garantizar un proceso de transición que responda a contextos en los cuales se requiera inclusión de elementos de justicia social. Esto, teniendo en cuenta que, si bien hay principios fundamentales de la justicia ordinaria que deben ser aplicados a los procesos de transición, como aquellos que propenden por la garantía del debido proceso, o la celeridad procesal, hay otros que se contraponen a los intereses propios de una transformación social que se da como respuesta a un escenario de conflicto armado.

Por estas razones, es necesario que los procesos de Justicia Transicional en los cuales se busque sancionar, esclarecer la verdad de los hechos y reparar a las víctimas, vengán acompañados de una política integral del Estado por transformar las condiciones sociales que dieron origen a tal situación de violación de derechos humanos. En consonancia con lo anterior, es indispensable que, en el marco de un contexto de desigualdad como el colombiano, la restitución de tierras responda a una política transformadora de la propiedad y no a la resolución judicial de unos conflictos aislados entorno al dominio de la tierra.

### **1.3 REPARACIONES EN EL MARCO DE LA JUSTICIA TRANSICIONAL**

En la medida en que los mecanismos de Justicia Transicional respondan a un concepto amplio de esta figura, se van a atender las necesidades propias de las víctimas, de tal forma que a través de procesos de transición alcancen una reparación integral de los daños sufridos a causa de la situación de violación sistemática de derechos humanos. La reparación integral de las víctimas es uno de los elementos transversales de los procesos de transición. Por tal razón, se investigó por qué la Justicia Transicional también debería abordar temas de conflictos civiles, poniendo de presente que mediante procesos más



flexibles se puede alcanzar el objetivo principal de un Estado en transición: entregar a las víctimas un grado tal de justicia que las haga sentir reparadas por los hechos que debieron soportar a raíz del conflicto.

Para alcanzar una reparación integral se deben reformar una serie de conceptos que sólo operarían en contextos de armonía y prevalencia de la ley. En primera medida, se debe resaltar que en procesos transicionales la reparación no responde solo a un criterio de justicia correctiva, por el contrario, es un concepto que debe estar dotado de más elementos, tales como justicia distributiva y social (Sánchez N. C., 2016).

Entendiendo esto, el eje principal de los programas de reparación debe ser el objetivo mismo del proceso de transición, de tal forma que las reparaciones se den en un marco colectivo y no individual. Con lo anterior se hace referencia a que las reparaciones deben atender el fin último de la Justicia Transicional, es decir, deben responder a la intención del Estado de alcanzar una paz estable y duradera bajo el imperio de la ley. Por tal razón, si bien los casos se atenderán individualmente y las reparaciones serán para cada víctima, el sistema diseñado para garantizar la satisfacción de las víctimas estará basado en un fin colectivo, cuyo principal objetivo es reconstruir el tejido social a partir de la reparación integral (Sánchez, Lázaro, & Perilla, 2017).

Atendiendo las observaciones previamente expuestas, se puede estipular que en un marco de Justicia Transicional las reparaciones deben ser vistas como herramientas para alcanzar un fin común y no como un fin en sí mismas. Con esto, la reparación de las víctimas no sería la suma de la satisfacción individual de cada una de las personas que debieron soportar hechos de violación masiva de derechos humanos, sino que se entendería como un

esquema diseñado para crear condiciones sociales dentro de las cuales sea viable construir un Estado en paz.

Anteriormente se hizo referencia a la búsqueda de un fin común al cual se puede llegar a través de las reparaciones. El origen de ese fin parte del concepto de bien común, teniendo en cuenta que lo que se propende con éste es alcanzar una coordinación y colaboración íntegra entre las distintas personas, recursos e instituciones que hagan parte de la sociedad, para de esta forma alcanzar el máximo bienestar de cada miembro de la comunidad.

Cabe resaltar que lo que se busca a través del concepto de bien común es la armonización de intereses colectivos y particulares, la cual sólo se alcanzará a través de la participación activa de todos los actores sociales en la construcción de los mecanismos de reparación. Es de precisar que el bien común no responde a la cantidad de personas que se vean beneficiadas, puesto que lo que persigue es crear medidas dentro de las cuales se atienda a todos los miembros de la sociedad, y que propendan por favorecer el normal y pleno desarrollo de cada una de las personas y grupos que hagan parte del Estado, atendiendo siempre a sus necesidades particulares (Greiff, 2008)

Las reparaciones en la Justicia Transicional deben, entonces, comprender la esfera individual, colectiva y una adicional que es la trascendental. Entendiendo la individual como aquella encaminada a reparar a las víctimas de violaciones sistemáticas de derechos humanos por los daños particularmente sufridos por ellas. La colectiva propende por reparar a las personas que hayan sufrido un daño por pertenecer a un grupo, como sería el caso de los afrodescendientes e indígenas, o simplemente reparar al grupo en su totalidad por haber sufrido un daño colectivo. Por último, la visión trascendental de las reparaciones está encaminada a reconocer la relevancia de la reparación a las víctimas como un camino

para restablecer el tejido social y de esta manera alcanzar la reconciliación de la sociedad para así conseguir el objetivo final: una paz estable y duradera (Sánchez, Lázaro, & Perilla, 2017).

La Ley 1448 de 2011 es uno de los cuerpos normativos que incorpora el concepto de Justicia Transicional al ordenamiento jurídico colombiano. Cabe recordar que uno de los lineamientos base de la justicia en transición es aquel que vela por la reparación integral de las víctimas. Dotar de este derecho a quienes debieron soportar las atrocidades de la violencia es de alguna forma dotarlas de reconocimiento, lo cual es la finalidad última de la Justicia Transicional.

Sin embargo, en este punto es indispensable advertir que la reparación integral no será tal si no atiende a las necesidades propias de quienes pretenden ser reparados. Lo anterior, poniendo de presente que en un escenario de contexto de violencia nacional se pueden ver afectados diferentes grupos poblacionales, algunos más vulnerables que otros. Los grupos étnicos son un ejemplo de poblaciones tradicionalmente discriminadas y a las cuales se les han violado históricamente sus derechos. Por tal razón, su reparación debe contener una serie de componentes adicionales que pretendan reconciliar a esta población con aquella de la cual se sienten diferenciados, y esto se alcanza a través de la aplicación de un concepto más amplio de justicia y es aquel que hace referencia a la justicia étnica colectiva (Lam, 2011).

El reconocimiento de Colombia como un país pluriétnico en la Constitución de 1991, es un primer acercamiento al desarrollo de la justicia étnica colectiva. Es así como ya han existido políticas públicas que se sustentan en este criterio, un ejemplo serían las titulaciones colectivas que se dieron en el marco de la Ley 70 de 1993 y a través de las

cuales se han titulado alrededor de 5 millones de hectáreas a comunidades afrodescendientes. La justicia étnica colectiva a diferencia de otros criterios de justicia como lo es la transicional o social, incorpora un elemento de suma importancia y es aquel que reconoce los derechos colectivos de un grupo poblacional, el cual es considerado sujeto de derechos. Además, tiene un factor que lo profundiza aún más, y es que se sustenta en un criterio especial de asignación de la tierra: la identidad cultural (Lam, 2011).

De esta manera, la justicia étnica colectiva se fundamenta en el reconocimiento cultural como forma de corregir inequidades históricas que fueron profundizadas por las dinámicas del conflicto, y que además llevaron a la población afrodescendiente a ser la más afectada en cuanto a violación de derechos territoriales. También lo que pretende aportar este particular mecanismo de justicia al concepto de Justicia Transicional es el enfoque prospectivo sobre el cual se fundamenta.

En otros términos, la justicia en transición centra su implementación en la reparación de situaciones pasadas a través de la restauración de las condiciones de las víctimas a aquellas que tenían antes de sufrir el daño. Aun cuando la Justicia Transicional también parte de un carácter transformador, este no está dirigido a restablecer las relaciones entre grupos étnicos. La justicia étnica colectiva sí pretende además de reparar a las víctimas colectivas, generar acciones afirmativas que las doten de reconocimiento y sean incluídas en la sociedad de la cual han sido tradicionalmente discriminadas (Lam, 2011).

La justicia étnica colectiva incorporada al sistema de Justicia Transicional a la hora de reparar sujetos colectivos no es más que la aplicación práctica del principio que consagra el artículo séptimo de la Constitución Política y es aquel de reconocer a Colombia como un país pluricultural y multiétnico (Lam, 2011).

De esta forma se puede ver cómo a través de un criterio particular de justicia se hace aplicación de una serie de principios que trae la Ley 1448 de 2011, como sería el enfoque diferencial y la reparación integral. También se subsumen otras disposiciones trascendentales a la hora de abordar la transición de una situación de conflicto a un Estado de Derecho, como sería propiciar el reconocimiento de las víctimas -fin mediato de la Justicia Transicional- a través de la propia reparación integral a la cual tienen derecho.

Lo anterior tan solo se puede alcanzar mediante la selección adecuada de criterios de asignación de la tierra que no estén basados en las instituciones tradicionales de reconocimiento de la propiedad. Por el contrario, deben atenderse criterios más amplios que velen tanto por la reparación como por la reconciliación de la sociedad, lo que al final pretende ser el producto de las sociedades en transición (Gómez, 2013).

## **CAPÍTULO 2: COSA JUZGADA**

La figura de la cosa juzgada proviene del derecho romano, el cual, otorgaba a la divinidad el poder de hacer las leyes y decidir los litigios. El mismo Derecho Romano, en su evolución posterior, redujo la cosa juzgada a una presunción de verdad. El fundamento religioso fue sustituido por uno práctico, el cual tomaba como base la necesidad de darle certeza al derecho y mantener la paz social, lo que iba en contravía con las sentencias contradictorias y la indefinida prolongación de los procesos (Ymaz, 1990).

Posteriormente, según lo dicho en la sentencia C-543 de 1992, el código de Napoleón consagró legalmente la concepción de la cosa juzgada proveniente del Derecho Romano sin admitir prueba alguna contra lo decidido en una sentencia dotada con los efectos de dicho principio. En ese orden de ideas, la sentencia mantiene su status de verdad legal pese a que en muchos casos contraría la realidad o el juez haya incurrido en error de derecho. No se descubre en esta concepción legal una explicación diferente a la ya mencionada del Derecho Romano. En este momento, el principio de la cosa juzgada se convierte en derecho positivo y es el Estado, a través la ley, el que otorga a ciertas sentencias el valor de presunción de derecho. Finalmente, será también el Estado el llamado a consagrar excepciones a dicha presunción (Aguilar & Tellería, 2015).

De igual forma, en Europa y en Estados Unidos el principio de cosa juzgada continuó su evolución durante el Siglo XIX y las primeras décadas del Siglo XX, de donde surgen dos doctrinas sobre el fundamento esencial de la institución. La primera, afirma que en ella existe una presunción de verdad y la otra que es apenas una ficción de verdad (Aguilar & Tellería, 2015).

La doctrina de la presunción de la verdad implica que la autoridad de la cosa juzgada, como principio, hace presumir verdadero y equitativo todo lo que está contenido en la sentencia, y esta presunción excluye toda prueba en contrario (Pothier, 1945). Dicha presunción está sustentada en la hipótesis según la cual la sentencia tiene poca probabilidad de contener un error. De esta forma, logra una presunción absoluta de verdad otorgada al atribuírsele el efecto de cosa juzgada a la sentencia, caso contrario sucede cuando se hace referencia a la doctrina de la ficción de verdad. (Cifuentes, 2001). La doctrina de la ficción sostiene que la autoridad de la cosa juzgada está en que se asume que lo dicho en la sentencia es cierto, por lo cual, se justifica la posibilidad de que lo contenido en esta pueda ser errada mediante la ficción de que es cierto lo allí escrito (Aguilar & Tellería, 2015).

En Colombia, la cosa juzgada fue definida por la Corte Constitucional mediante la sentencia C- 543 de 1992 como una cualidad inherente a las sentencias ejecutoriadas y tiene tres efectos sobre las mismas: inmutabilidad, obligatoriedad e inimpugnabilidad, por lo tanto, no podrán volver a debatirse dentro del mismo proceso, entre las mismas partes y con igual objeto (Cifuentes, 2001).

De igual forma, en la sentencia C-522 de 2009 la Corte especificó que, si bien no existe un artículo en concreto que contenga la figura, no implica que no esté incluida de forma implícita en el cuerpo normativo de la Constitución Política. Por el contrario, es una institución en la que se fundamentan los artículos que consagran la prevalencia del interés general (art. 1º), el debido proceso (art. 29) y el acceso a la administración de justicia (art. 229), ello por cuanto resulta imposible garantizarlos si no se cumple con el fin último de la sentencia, que es culminar con un conflicto contencioso con efectos vinculantes y obligatorios.

Según lo expuesto por la Corte en la sentencia C-548 de 1997, la firmeza de las decisiones es condición necesaria para la seguridad jurídica. Si los litigios concluyen definitivamente para las partes y tanto ellas como la comunidad tienen certeza de que a partir de ese momento la decisión judicial es inalterable, el proceso cumple un papel eficaz en la solución de los conflictos. Esta es la finalidad de la cosa juzgada, en relación con la cual la Corte ha reconocido que hace parte de las garantías del debido proceso y está implícita en la administración justicia.

Con lo anterior se puede decir que, si bien no es expreso el concepto de cosa juzgada en la Constitución Política, este es el fundamento de principios y garantías que llevan a entender la relevancia de la institución en el sistema jurídico en su totalidad, así como el fin último que este tiene frente a las providencias judiciales (Pontificia Universidad Javeriana, 2017).

Por otra parte, la referencia normativa de la cosa juzgada se encuentra en el Código General del Proceso en su artículo 303, el cual hace una aproximación al concepto de forma sencilla a partir de lo que esto implica, lo cual es la imposibilidad de iniciar o promover un proceso sobre lo ya decidido mientras se reúnan tres condiciones 1) Identidad de partes, 2) Identidad de objeto y 3) Identidad de causas.

Se ha hecho referencia a la cosa juzgada como institución jurídico-procesal en reiteradas sentencias de constitucionalidad. Así, la sentencia C-774 de 2001 la definió como “una institución jurídico procesal mediante que le otorga a las decisiones contenidas en una sentencia y en otras providencias, el carácter de inmutables, vinculantes y definitivas. Los efectos se dan con el fin de lograr la terminación definitiva de controversias y alcanzar la seguridad jurídica.”



La sentencia C-522 de 2009 se refirió a la cosa juzgada como “una cualidad inherente a las sentencias ejecutoriadas, por la cual aquéllas resultan inmutables, inimpugnables y obligatorias, lo que hace que el asunto sobre el cual ellas deciden no pueda volver a debatirse en el futuro, ni dentro del mismo proceso, ni dentro de otro entre las mismas partes y que persiga igual objeto. Como institución, la cosa juzgada responde a la necesidad social y política de asegurar que las controversias llevadas a conocimiento de un juez tengan un punto final y definitivo, a partir del cual la sociedad pueda asumir sin sobresaltos la decisión así alcanzada, destacándose la sustancial importancia para la convivencia social al brindar seguridad jurídica, y para el logro y mantenimiento de un orden justo, que pese a su innegable conveniencia y gran trascendencia social no tiene carácter absoluto.”

Por esta vía se ha llegado a entender la finalidad de la cosa juzgada, complementando así lo dicho por el Código General del Proceso. Es entonces cuando se puede entender que la cosa juzgada es una institución que responde a necesidades sociales, dándole fin a procesos contenciosos, garantizando derechos alcanzados o reconocidos por mandato judicial, de forma concluyente y sin posibilidad de ser discutidos de nuevo.

Finalmente, a partir de las fuentes jurídicas citadas previamente, se puede afirmar que la cosa juzgada es una institución jurídico-procesal, que le da a las sentencias ejecutoriadas proferidas en proceso judicial y a algunas otras providencias, tres características: 1) inmutabilidad, 2) vinculatoriedad y 3) definitividad. En la sentencia C-774 de 2001, se hace la precisión de los efectos de la cosa juzgada y resalta que se impone el mandamiento legal o constitucional sobre la libre determinación del juez y por consiguiente la inmutabilidad de las providencias judiciales según lo imponga el ordenamiento jurídico.

Adicionalmente, en sentencia C-522 de 2009, la Corte menciona la importancia de la institución que responde a la necesidad de poner punto final a las controversias que llevan los jueces. El Alto Tribunal en dicha providencia hizo referencia a que el concepto de cosa juzgada lleva implícitas varias condiciones para que se den los efectos propios de dicha institución. 1) Deben ser sentencias que decidan las pretensiones de la demanda; 2) Deben estar ejecutoriadas. 3) Dichas sentencias deben ser el resultado de un proceso contencioso, no voluntario; 4) Y, según lo dispuesto en el Código General del proceso, para que proceda la figura, además de lo anterior, se debe tener: a) Identidad de partes, que significa que en el proceso deberán volver a ser parte las mismas que inicialmente resultaron vinculadas al mismo y sobre las cuales surgen efectos *inter partes*; b) Identidad de objeto o hechos, lo cual se entiende como la imposibilidad de decidir de nuevo sobre lo ya decidido en un proceso judicial con los mismos hechos. Si surgen nuevos hechos después de dictada la sentencia, se decidirá solo sobre estos nuevos hechos; c) Identidad de pretensiones, que se refiere a la identidad en la pretensión cuando ya existe derecho reconocido, declarado o modificado sobre uno o varios elementos de la relación jurídica, de lo cual también hacen parte las consecuencias de aquel derecho que no fueron declaradas de forma expresa.

Por otro lado, la Corte ha creado dos categorías conceptuales que le dan un alcance a la cosa juzgada y garantizan tanto la seguridad jurídica como el dinamismo del sistema jurídico. Primero, la cosa juzgada formal, la cual implica la imposibilidad de reabrir un proceso por cuanto el conflicto ya está concluido, más no impide que se inicie uno nuevo, siempre y cuando varíe alguna de las circunstancias que llevaron a la controversia que ya fue resuelta. Y, segundo, la cosa juzgada material, que impide tanto la reapertura, como la

posibilidad de revisar de fondo un nuevo proceso mientras se den las tres condiciones de procedencia con respecto a las identidades (Pontificia Universidad Javeriana, 2017).

De esta manera, el Alto Tribunal ha desarrollado los efectos de la cosa juzgada en cuanto a las consecuencias, los efectos entre las partes y las funciones que cumple esta institución. Con relación a las consecuencias, la sentencia C-774 de 2001 dispone que se presentan dos principales, por un lado, impiden la libre determinación del juez, dándole un límite constitucional o legal derivado de la voluntad del Estado y consolidado por medio de la institución bajo estudio, y, por otro lado, le atribuye a las providencias judiciales la característica de inmutabilidad y definitividad, lo que se traduce en garantías y seguridad jurídica.

Frente a los jueces, se le pueden atribuir dos funciones a la cosa juzgada: una negativa y otra de connotación positiva. La primera hace referencia a la imposibilidad del juez de conocer sobre providencias que ya han sido resueltas, y la segunda, velar por que las providencias que ya han hecho tránsito a cosa juzgada, sean dotadas de la seguridad jurídica que corresponde directamente a este principio procesal. En cuanto a las partes procesales, tendrá efecto inter partes, sin embargo, excepcionalmente en casos de índole constitucional o penal, podrá tener efectos erga omnes (Pontificia Universidad Javeriana, 2017).

Al hacer un acercamiento a la cosa juzgada como principio, es necesario aproximarse a la seguridad jurídica como objeto de garantía de este mismo, ya que el fin último de la cosa juzgada es determinar y garantizar derechos evitando conflictos perpetuos, buscando la paz social por medio de la función jurisdiccional logrando la eficacia del derecho e imponiendo el poder del Estado a partir de la certeza entre las relaciones jurídicas y la estabilidad del

sistema como un todo. Como lo mencionó la Corte en la sentencia C-543 de 1992, además de poner fin a un conflicto ya resuelto, la cosa juzgada implica a su vez la imposición de un orden social y político, garantizado por la estabilidad de las decisiones judiciales y su debido cumplimiento, lo que lleva a la sociedad a lo que se ha llamado “orden justo” plasmado en el artículo 2 de la Carta Política.

Si bien la figura está ligada a la seguridad jurídica, es necesario entender también que el sistema jurídico es dinámico y debe acoplarse con una realidad social, es por eso que mientras no se cumplan con los requisitos de identidad, las sentencias podrán impugnarse por medio de recurso extraordinario de revisión, cuyo fin es posibilitar la corrección de un posible error judicial o cuestionar sobre posibles injusticias en sentencias ejecutoriadas. Así mismo, la tutela también es viable como mecanismo de defensa, pues la cosa juzgada no implica que no proceda tutela contra sentencia, según el artículo 86 de la Constitución Política y su desarrollo jurisprudencial.

El sistema jurídico está dotado de instrumentos y clasificaciones conceptuales que determinan el alcance de la cosa juzgada y permiten la revisión de providencias judiciales que garanticen la consecución efectiva de la resolución de conflictos, sin embargo, hay que determinar el grado en que no solo se vuelve ineficiente el sistema, sino que se pone en tela de juicio el principio de la seguridad jurídica (Pontificia Universidad Javeriana, 2017).

## **2.1 COSA JUZGADA EN LA LEY 1448 DE 2011**

La Ley 1448 de 2011, más conocida como la Ley de Víctimas y de Restitución de Tierras, crea un Sistema Nacional de Atención y Reparación Integral de Víctimas compuesto por varios ministerios y dos Unidades Administrativas Especiales que nacieron en el marco de esta ley, que son la Unidad de Atención y Reparación Integral de Víctimas y la Unidad de

Restitución de Tierras. La primera funge como coordinadora del sistema y la segunda es la encargada de dotar información respecto de las zonas en las que hará presencia esta política pública con el fin de restituirle los predios a aquellas personas y comunidades que fueron despojadas o abandonaron forzosamente sus tierras con ocasión del conflicto armado interno que ha vivido Colombia durante décadas.

### **2.1.1 Cosa juzgada en restitución individual**

Así, la ley crea un proceso especial de restitución de tierras, el cual tiene dos etapas procedimentales, una administrativa y otra que se adelanta ante los jueces civiles del circuito especializado en restitución de tierras o ante los magistrados del Tribunal Superior de Distrito Judicial Especializados en Restitución. Según la sentencia C-666 de 2015, las medidas de restitución adoptadas en este proceso, deben ostentar las características previstas en el artículo 73 de la Ley 1448 de 2011: 1) ser preferentes; 2) adoptarse en consideración a que el derecho a la restitución es autónomo y opera independientemente de que se haga o no el efectivo el retorno de las víctimas; 3) reconocer que las víctimas tienen derecho a retornar y ser reubicadas de forma voluntaria en condiciones de sostenibilidad, seguridad y dignidad (principio de estabilización); 4) propender por la seguridad jurídica y el esclarecimiento de la situación de los predios objeto de restitución; 5) adoptarse con el fin de prevenir el desplazamiento forzado, proteger la vida e integridad de los reclamantes y las propiedades y posesiones de las personas desplazadas; y 6) garantizar la participación plena de las víctimas en todo el procedimiento.

La etapa administrativa tiene como fin principal lograr que las víctimas puedan inscribir el predio que pretenden restituir en el registro de tierras despojadas, lo cual obra como requisito de procedibilidad para poder acudir ante los jueces especializados de restitución

de tierras. La sentencia T-244 de 2016 hace referencia a que al artículo 76 de la Ley 1448, el cual establece que la inscripción de los predios en el Registro de Restitución de Tierras Despojadas y Abandonadas Forzosamente se debe realizar de forma gradual y progresiva, teniendo en cuenta la densidad histórica del despojo, la situación de seguridad y la existencia de condiciones para el retorno. Esto fue desarrollado en el Decreto 4829 de 2011, particularmente en sus artículos 5 y 6, en los que se dispone que se adelantará un proceso de macro y microfocalización, mediante el cual se definirán las áreas geográficas en las cuales se realizará el estudio de las solicitudes recibidas que será establecido por las instancias de cooperación operativa que defina el Gobierno Nacional.

La etapa judicial comienza con la acción de restitución y formalización. Como se dijo anteriormente, este es un procedimiento especial diferente a los procesos civiles regulados por el Código General del Proceso, que tienen como fin la restitución, formalización, titulación y entrega del predio que se reputa como despojado. La misma sentencia C-244 establece que se trata de una acción real y autónoma a las demás, que garantiza la participación de todas las personas interesadas con el fin de que se llegue a la verdad de los hechos del despojo en un término corto, lo cual impide que su duración se extienda en detrimento de los derechos de las víctimas del despojo.

La competencia de los jueces es restrictiva, es decir, sobre estos procesos solo pueden conocer los jueces especializados en restitución de tierras, que llevarán el proceso y dictarán sentencia siempre que no haya oposición del demandado, si hay oposición llevarán todo el proceso y los competentes para dictar la sentencia serán los Magistrados del Tribunal Superior del Distrito Judicial Especializados en Restitución. Tanto los jueces como los magistrados especializados fueron creados por la ley, con el fin de darle una

mayor importancia y celeridad a este tipo de procesos. La competencia territorial, la tendrá el juez o magistrado del lugar donde se encuentren los predios objeto de controversia. (Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, 2012)

Al ser este un proceso garantista para aquellas personas que se reputan como víctimas, cuando se dicta sentencia que no es favorable para el reclamante existe un mecanismo de revisión oficiosa que se denomina consulta. Este no es un recurso ordinario ni extraordinario; es una facultad que tienen los Magistrados del Tribunal Superior del Distrito Judicial Especializados en Restitución para revisar de oficio las sentencias dictadas por los jueces especializados en los casos que sea desfavorable para la víctima. Lo anterior, con el fin de proteger el ordenamiento jurídico y los derechos y garantías de quienes acuden al proceso de restitución de tierras. Los Magistrados en la revisión podrán revocar la sentencia del juez y dictar una nueva, modificar la sentencia o dejar en firme el fallo. Esto hace que la cosa juzgada de las sentencias no favorables a los reclamantes sea de carácter relativo, sin embargo, no procede por petición de parte, es discrecional de los magistrados, lo cual, a pesar de relativizar la cosa juzgada, sigue dejando un alto grado de seguridad jurídica. (Consejo Superior de la Judicatura, 2015)

Por otra parte, la Corte Constitucional en la sentencia T-244 de 2016 y en distintos fallos, ha reiterado que en el proceso de restitución de tierras no se permite el desistimiento, ya que aceptarlo como una forma para terminar el proceso de restitución de tierras incentivaría a los grupos ilegales a presionar a las víctimas a renunciar al derecho de propiedad que tienen sobre sus predios y a la reparación integral que se derivan del proceso de restitución. Por el contrario, al prohibir el desistimiento se impide que dichos grupos utilicen esta figura jurídica como estrategia de presión a las víctimas, además de garantizar que el

proceso de restitución finalice con una sentencia judicial, en la que el juez dicte las órdenes necesarias para salvaguardar los derechos de las víctimas.

La restitución de tierras se desarrolla dentro de un marco de Justicia Transicional y su finalidad principal no es sólo el pronunciamiento sobre el derecho de propiedad del bien que se pretende restituir, sino garantizar a las víctimas del conflicto armado sus derechos a la verdad, a la justicia, a la reparación y a la no repetición. Por esta razón, el desistimiento no es una forma de terminación legítima en este proceso. (Consejo Superior de la Judicatura, 2015)

Todo lo anterior, conduce a que las sentencias de restitución que sean favorables a las víctimas, tengan un efecto de cosa juzgada absoluta y amplia, ya que la única forma de volver a revisar una sentencia sería surtiendo el grado de consulta, el cual inicia de oficio por los magistrados de los Tribunales Especializados en Restitución de Tierras, y sólo en los casos en que la sentencia no acoja las pretensiones principales del solicitante, o mediante un recurso extraordinario de revisión para el cual la Ley 1448 de 2011 hace una remisión expresa a las causales que el Código General del Proceso prevé para que pueda prosperar.

Por último, en la sentencia, los jueces o magistrados se pueden pronunciar sobre temas distintos a la simple restitución, esto con el fin de garantizar los derechos fundamentales de la víctima y como materialización de la reparación integral. La Corte Constitucional ha reiterado en algunos de sus fallos, que el proceso de restitución de tierras consagrado en la Ley 1448 de 2011 es un procedimiento de interés público que regula situaciones excepcionales que se apartan del ordenamiento común.

### **2.1.2 Cosa juzgada en la restitución colectiva**



En el marco regulatorio de la Ley 1448 de 2011 se expidieron tres decretos, los cuales regulan la restitución de tierras colectivas a comunidades étnicas y tienen como fin reconocerlas como víctimas del conflicto armado Colombiano y garantizarles el derecho que tienen a una reparación integral. El primero es el Decreto 4633 de 2011, mediante el cual se dictan medidas de asistencia, atención, reparación integral y de restitución de derechos territoriales a las víctimas pertenecientes a los pueblos y comunidades indígenas. El segundo es el Decreto 4634 de 2011 que dicta medidas de asistencia, atención, reparación integral y restitución de tierras a las víctimas pertenecientes al pueblo Rrom o Gitano. Y el tercero es el Decreto 4635 de 2011 mediante el cual se dictan medidas de asistencia, atención, reparación integral y de restitución de tierras a las víctimas pertenecientes a comunidades negras, afrocolombianas, raizales y palenqueras.

El procedimiento para la restitución de los territorios de las distintas comunidades es, en su esencia, el mismo que el estipulado para las víctimas individuales en la Ley 1448 de 2011. No obstante, cada decreto contiene garantías diferentes que en principio responden al nivel de vulnerabilidad de las comunidades étnicas a las cuales les es aplicable.

Así, el Decreto 4633 de 2011 que regula la restitución de tierras colectivas de los resguardos indígenas, es el que contiene mayores garantías tanto sustanciales como procesales. Entre ellas se encuentran los artículos 169, 170 y 171, que establecen la forma de resolución de controversias territoriales inter e intraétnicas, las cuales se tramitan por conciliación una vez admitida la solicitud por parte del juez especializado de restitución de tierras, o por medio de un incidente.

Sin embargo, este decreto contiene una disposición, que no se estipula en los otros decretos, en su artículo 168 y hace referencia a los efectos que tendrá la sentencia de restitución de

tierras colectivas de los resguardos indígenas frente a los demás procesos de restitución.

Esta norma establece que:

*“En concordancia con la inalienabilidad e imprescriptibilidad de los territorios indígenas, en los procesos de restitución de tierras que se adelanten en el marco de la Ley 1448 de 2011, el contenido del fallo no podrá recaer en ningún caso sobre los territorios de las comunidades indígenas, sin perjuicio del derecho a la compensación que pudiera corresponder a los terceros de buena fe.”*

Por su parte, el Decreto 4635 de 2011 que regula la restitución de tierras colectivas de las comunidades afrodescendientes, contiene también las garantías de los conflictos inter e intraétnicos entre los artículos 131 a 135 y se resuelven de la misma manera como entre los resguardos indígenas. Sin embargo, no contiene una disposición que prevea la prevalencia de la restitución de los derechos territoriales de las comunidades afrodescendientes sobre las restituciones individuales que se den en el marco de la Ley 1448 de 2011. Por esta razón, puede darse un conflicto cuando se restituya o se compense a una víctima o a un tercero de buena fe exenta de culpa, en un predio que haga parte del territorio colectivo de una comunidad afrodescendiente que también esté pretendiendo una restitución de sus derechos territoriales.

Es en este punto donde se encuentra la dificultad en la aplicación de la cosa juzgada en las sentencias de restitución de tierras, ya que, si una sentencia de restitución individual restituye un predio que se encuentra dentro de un territorio colectivo de comunidades afrodescendientes, que también va a ser restituido, no hay una norma que establezca explícita o implícitamente cuál de las dos sentencias va a primar sobre la otra. Además, la

Ley 1448 y el Decreto 4635 establecen que las sentencias de restitución van a primar sobre cualquier otro proceso en el que se esté discutiendo un derecho sobre el predio.

En contraste con el Decreto 4633 de las comunidades indígenas, este problema no sucedería, ya que, como se expuso, en este sí se encuentra una garantía de primacía de la sentencia de restitución de derechos territoriales de la comunidad sobre cualquier otra sentencia de restitución individual de predios que se encuentren dentro del resguardo indígena. Lo cual no sólo representa una garantía procesal sino una garantía de no revictimización ya que hay unas reglas establecidas de forma previa al mismo inicio del proceso, por lo que si dentro de este se demuestra que el predio se encuentra dentro de un territorio colectivo de un resguardo indígena, será un impedimento para restituir materialmente la tierra solicitada y se deberá compensar al solicitante o hacer uso de cualquier otra figura jurídica que garantice la reparación integral.

Las figuras procesales que se incorporan en el procedimiento transicional deben ser interpretadas bajo los parámetros constitucionales fijados por la Corte y la propia Carta Política. Es por esto que, si bien existen providencias judiciales que restituyen o reconocen la propiedad individual de sujetos ajenos a las comunidades afrodescendientes dentro de su territorio, el valor de la cosa juzgada de estos pronunciamientos se deberá relativizar en el momento en el cual se resuelva sobre el proceso de restitución colectiva al cual tiene derecho a acceder la comunidad.

Sin embargo, hay un principio que debe ceder frente a este escenario, y es la seguridad jurídica. Lo anterior, teniendo en cuenta que la cosa juzgada parte de la necesidad de impedir que los conflictos se perpetúen. En el marco de una sociedad en transición, la cosa juzgada no estaría cumpliendo realmente su labor, ya que si bien cerraría la disputa sobre

quien ostenta el dominio de un determinado territorio, no se estaría alcanzando la paz social a través de la imposición del poder jurisdiccional del Estado. Lo anterior, poniendo de presente el significado amplio que ostenta el título colectivo para las comunidades, las cuales jamás se sentirían reparadas si no puede retornar al territorio que ancestralmente les pertenece.

Por tal razón, es indispensable reconocer la necesidad de relativizar un principio procesal que ha sido pensado y diseñado para operar en contextos de normalidad jurídica. Este no es el escenario por el cual atraviesa la sociedad colombiana, la cual está valiéndose de un proceso de transición para recuperar la confianza de sus asociados en las instituciones, así como también se está propendiendo por crear un marco de paz estable y duradera que permita el fortalecimiento del Estado de Derecho. Para alcanzar este estadio se deben cerrar primero una serie de brechas que originan los conflictos sociales e impiden que la sociedad colombiana proteja y crea en sus instituciones.

Cabe resaltar que tampoco se estaría frente a un sistema de reparación, entendido desde su visión trascendental, si a través de la relativización de la cosa juzgada de sentencias que resuelven situaciones individuales, se desconoce la necesidad de reparar individualmente a las víctimas del conflicto que no pertenecen a un grupo étnico. Así como tampoco si se desconocen derechos de personas que han adquirido los predios de buena fe.

No obstante, el sistema jurídico sí previó tal situación, por lo que se crearon figuras bajo las cuales las personas que no pueden ser restituidas en sus predios puedan hacerse a unos de iguales o similares características en otra zona del territorio nacional. La figura anteriormente expuesta es denominada compensación y no puede operar en favor de la comunidad atendiendo los principios internacionales estipulados en los artículos 13 y 16

del Convenio 169 de la OIT, los cuales hacen referencia a la gran importancia de los territorios colectivos para las comunidades y exponen la imposibilidad de reubicar a las mismas, lo cual además no tendría un efecto positivo en la práctica, poniendo de presente la magnitud del área que comprenden.

## **CAPÍTULO 3: PROPIEDAD COLECTIVA PARA LAS COMUNIDADES AFRODESCENDIENTES.**

### **3.1 RECONOCIMIENTO DEL DERECHO A LA PROPIEDAD COLECTIVA PARA LAS COMUNIDADES NEGRAS DE COLOMBIA**

Anteriormente en la región del Pacífico se reconocía la propiedad informal, aquella que no cuenta con un título jurídico que la respalde, tan solo a aquellas personas o -grupos familiares- que individualmente hicieran actos de señor y dueño sobre una determinada parcela (Velez, Abril 2009). Esta forma de organización no daba ninguna garantía del derecho de dominio del cual gozaban los individuos o grupos familiares, lo que degeneró en que para el Estado colombiano la extensión de tierras que había en las zonas rurales ribereñas de los ríos de la Cuenca del Pacífico se entendieran como simples terrenos baldíos, cuando realmente no lo eran.

Por otro lado, la conformación social y cultural de la región requería una forma más adecuada a sus circunstancias en lo respectivo a los mecanismos mediante los cuales se reconocía la propiedad sobre la tierra. Cuando se entra a determinar la población que habita las zonas rurales se determina que la mayoría son comunidades afrodescendientes, las cuales comparten estos territorios con comunidades indígenas y pequeños campesinos como una parte minoritaria. Al ser una zona en la cual la gran mayoría de habitantes pertenecen a grupos étnicos, el reconocimiento de la propiedad individual no fue un mecanismo idóneo para que éstos tuvieran un goce efectivo de las tierras en las cuales ancestralmente han realizado sus actividades de producción (Hvalkof, August 2001).

Fue por esto que a lo largo del proceso de formación y estructuración de la Constitución Política de Colombia se entendió como uno de sus pilares fundamentales el reconocimiento de la República de Colombia como un Estado pluriétnico y multicultural. De esta manera, la Constitución Política en su artículo 7 hace referencia al reconocimiento y protección que hace el Estado colombiano de su diversidad étnica y cultural. Esto, además de traer consigo una serie de derechos y garantías para aquellos colectivos históricamente afectados por la discriminación y el olvido, incorpora una serie de obligaciones, tanto a cargo del Estado como de las mismas comunidades.

Además de su articulado general, la Constitución Política de 1991 trae una serie de normas transitorias, las cuales están encaminadas a tener un marco normativo que permita hacer efectivas las distintas estipulaciones consagradas dentro de la misma. Se hace pertinente resaltar en este punto el mandato que se le impone al Congreso de la República de expedir una ley encaminada a hacer un reconocimiento del derecho a la propiedad colectiva del cual gozan las comunidades negras, en particular aquellas que tradicionalmente han ocupado tierras baldías en las zonas rurales ribereñas de los ríos de las Cuencas del Pacífico. De esta forma el artículo 55 transitorio de la Constitución da la posibilidad a las comunidades afrodescendientes de formalizar el derecho de dominio que tienen sobre territorios tradicionalmente ocupados y explotados, siempre y cuando el titular del derecho sea la comunidad.

La anterior consagración constitucional tiene su origen en una herramienta internacional, el Convenio 169 de la OIT que entró al ordenamiento jurídico por medio de la Ley 21 de 1991 y el cual reconoce el derecho a la titulación colectiva de su territorio a las comunidades étnicas y tribales. Así, en la parte 2, en su artículo 13 dice que:

*“Al 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.”*

Igualmente, en el artículo 14 se establece que:

*“1) Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. Además, en los casos apropiados, deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia. A este respecto, deberá prestarse particular atención a la situación de los pueblos nómadas y de los agricultores itinerantes; 2) Los gobiernos deberán tomar las medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión; 3) Deberá instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados.”*

Como bien es sabido, Colombia mediante la Constitución Política de 1991 siguió la tendencia multicultural y de descentralización que se encontraba en boga en gran parte de América Latina. Los pueblos indígenas y los afrodescendientes fueron los dos grupos principales y esenciales para la construcción del nuevo Estado colombiano multicultural. La



Carta Política estableció la creación de una Comisión Especial para estudiar la situación de los afrocolombianos, cuyos resultados serían utilizados por el Congreso para expedir “una ley que les reconozca a las comunidades negras que han venido ocupando tierras baldías en las zonas rurales ribereñas de los ríos de la Cuenca del Pacífico, de acuerdo con sus prácticas tradicionales de producción, el derecho a la propiedad colectiva sobre las áreas que habrá de demarcar la misma ley”. Este cuerpo normativo fue el encargado de establecer “mecanismos para la protección de la identidad cultural y los derechos de estas comunidades, y para el fomento de su desarrollo económico y social” (Restrepo E. , 2013).

Más allá del derecho a la titulación colectiva tanto el artículo transitorio como la ley buscan promover una protección institucional a la identidad cultural de las comunidades negras. En consonancia con lo anterior, a través de esta ley se pretendía dotar a las comunidades de una serie de instrumentos jurídicos mediante los cuales puedan hacer valer los derechos que constitucionalmente les fueron reconocidos y que históricamente les habían sido violados. De esta manera, la Carta Política busca dar un amparo integral al reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural en su esfera colectiva.

Con esto, se reconoce que la tierra es ser el principal insumo de la identidad de las comunidades partiendo del hecho de que es ahí donde realizan sus actividades tradicionales de producción y bajo las cuales se va a dar el sustento de la comunidad. Así mismo dentro del territorio que las comunidades predicen como suyo, es donde se encuentran sus raíces ancestrales, ya que fue ahí donde vivieron sus ancestros. Esto sustenta los argumentos de las diferentes comunidades para permanecer en los territorios que de tiempo atrás han venido ocupando. Es por esto que, tanto la Constitución de 1991 como la Ley 70 de 1993, han buscado una estabilidad y equilibrio en la relación existente entre: titulación colectiva y

protección de la diversidad étnica y cultural. Sin embargo, las circunstancias fácticas han impedido un desarrollo armónico entre estos dos derechos en cabeza de las comunidades.

De esta manera, la Ley 70 prevé la concesión de títulos colectivos a aquellas comunidades que cumplen los requisitos establecidos dentro de la misma. El grueso de este cuerpo normativo hace referencia al derecho a la titulación colectiva, el cual estará en cabeza de las comunidades negras (Rosas, 2013). Lo estipulado a lo largo de este articulado trae una nueva organización en lo que respecta a la distribución de la propiedad.

Con esta ley, también se adopta la figura de los Consejos Comunitarios, los cuales adquirieron un rango legal y están compuestos por una Asamblea General y una Junta del Consejo Comunitario. Además, se define lo que se entiende por comunidades negras, que es el conjunto de familias de ascendencia afrocolombiana que poseen una cultura propia, comparten una historia y tienen sus propias tradiciones y costumbres dentro de la relación campo-poblado, que revelan y conservan conciencia e identidad que las distinguen de otros grupos étnicos (Garavito, Sierra, & Adarve, 2009).

La disposición reglamentaria más importante de la Ley 70, es el Decreto 1745 de 1995 por medio del cual se reglamenta el Capítulo III y se adopta el procedimiento para el reconocimiento del derecho a la propiedad colectiva de las "Tierras de las Comunidades Negras". En este decreto se define el concepto de consejos comunitarios, que es aquella persona jurídica que ejerce la máxima autoridad de administración interna dentro de las Tierras de las Comunidades Negras, de acuerdo con los mandatos constitucionales y legales que lo rigen y los demás que le asigne el sistema de derecho propio de cada comunidad.

Finalmente, el decreto regula el procedimiento de titulación colectiva a Comunidades Negras, que le correspondía al extinto Instituto Colombiano de Reforma Agraria

(INCORA), que fue reemplazado por el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural (INCODER) y este último, tras ser liquidado por el Gobierno Nacional, fue reemplazado por la Agencia Nacional de Tierras (ANT).

A pesar de lo anterior, fue a partir de la sentencia T-1105 de 2008, que la Corte Constitucional reconoce que la diversidad étnica y cultural se presenta en dos esferas, en primera medida está la individual, entendiendo a cada miembro de la comunidad como un sujeto de derecho, mientras que por otro lado está la esfera colectiva, en la cual se entiende a la comunidad como sujeto de derecho.

En este punto cabe resaltar la relación intrínseca que debe existir entre el derecho de las comunidades a la titulación colectiva y la protección de la diversidad étnica y cultural. Para este efecto se debe entender la titulación colectiva como un mecanismo jurídico idóneo para garantizar el goce efectivo de los derechos radicados en cabeza de las comunidades, así como de sus propios individuos. Las comunidades étnicas, dentro de las cuales se encuentran las comunidades negras, tienden a formar su identidad como comunidad a partir del territorio que ellas ocupan (Hvalkof, August 2001).

### **3.2 RECONOCIMIENTO DE DERECHOS TERRITORIALES A LAS COMUNIDADES ÉTNICAS POR PARTE DE LA CORTE CONSTITUCIONAL Y LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS**

No ha sido la doctrina la única que ha puesto de presente la importancia jurídica que se le debe dar a la estrecha relación que existe entre dos derechos que les han sido reconocidos a las comunidades desde la Constitución Política, hasta diferentes cuerpos normativos tanto internacionales como locales: la titulación colectiva y la protección de la diversidad étnica

y cultural. También la jurisprudencia se ha encargado de darle un contenido práctico y acorde a la coyuntura y realidad de las comunidades. Principalmente han sido las altas cortes quienes se han entregado a la tarea de dotar de contenido efectivo las garantías, que desde 1991, se les han entregado a las diferentes comunidades étnicas del país. La falta de presencia estatal previa a 1991, así como el desconocimiento del territorio comprendido a lo largo de las zonas rurales ribereñas de los ríos de la Cuenca del Pacífico, han hecho más difícil la implementación de la nueva Carta Política y en consecuencia de la Ley 70 de 1993 en esta zona del país (Hoffman, 2007).

Con la Constitución de 1991, se dotó a las comunidades de innumerables garantías para darles una protección integral a aquellos que representan el legado cultural de la Nación. Sin embargo, el desconocimiento de la organización étnica y las realidades a las que estos grupos históricamente se han visto sometidos ha impedido que estos sujetos, considerados en estado de vulnerabilidad, hagan efectivos los derechos de los cuales gozan. Por otro lado, la Constitución Política en diferentes artículos hace referencia a qué pueblos en el territorio nacional deben ser entendidos como comunidades étnicas o tribales. Se desprende del artículo 55 transitorio de la Carta que las comunidades negras deben ser consideradas como pueblos tribales.

En reiteradas ocasiones la Corte Constitucional se ha pronunciado acerca la prevalencia de los derechos que tienen los grupos étnicos sobre sus tierras, reconociendo el carácter de fundamental del derecho de propiedad colectiva del que dichas agrupaciones son titulares. Con el fin de abordar los distintos pronunciamientos de la Corte Constitucional, se tomó como metodología la realización de una línea jurisprudencial (López, 2006), la cual se

expone a continuación, y responde a la siguiente pregunta: ¿cuál es la relación jurídica de las comunidades étnicas con los territorios en los cuales habitan?

En la sentencia T-188 de 1993 le dio el carácter de derecho fundamental a la propiedad colectiva de los grupos étnicos sobre sus territorios lo cual lleva implícito, dada la protección constitucional del principio de diversidad étnica y cultural, un derecho a la constitución de resguardos en cabeza de las comunidades étnicas. El derecho fundamental de petición es aquí un presupuesto indispensable para la realización de aquellos derechos. Su desconocimiento en consecuencia, apareja necesariamente la vulneración de los artículos 7, 58, 63 y 229 de la Constitución.

Por esta razón el derecho de propiedad colectiva ejercido sobre los territorios étnicos reviste una importancia esencial para las culturas y valores espirituales de los pueblos aborígenes. Al ser esta una circunstancia reconocida en convenios internacionales donde se resalta la especial relación de las comunidades con los territorios que ocupan, no sólo por ser éstos su principal medio de subsistencia sino además porque constituyen un elemento integrante de la cosmovisión y la religiosidad de los pueblos ancestrales. Adicionalmente, el Constituyente resaltó la importancia fundamental del derecho al territorio de las comunidades indígenas. En la sentencia T-188 de 1993 se reconoció que el grupo étnico requiere del territorio en el cual está asentado para sobrevivir y para desarrollar su cultura. Esto presupone el reconocimiento al derecho de propiedad sobre los territorios tradicionales ocupados y los que configuran su hábitat.

De esta forma lo dispone el alto tribunal en la sentencia T- 955 de 2003 en la cual recuerda que las comunidades negras son consideradas pueblos tribales de la Nación colombiana y se les debe la misma protección de la cual gozan los pueblos indígenas. De la misma forma,

aclara la Corte, se debe entender que lo dispuesto en nuestra Carta Política en relación a pueblos indígenas les es extensivo a las comunidades negras, teniendo en cuenta que lo que se buscó con la Constitución era alcanzar una igualdad de condiciones de todas las culturas existentes en el territorio nacional. Con fundamento en lo anterior, agrega la Corte, todo lo dispuesto en el Convenio 169 de la OIT le es aplicable directamente a las relaciones con las comunidades negras. Es importante resaltar esto teniendo en cuenta que siguiendo lo dispuesto en el Convenio, las comunidades negras deben ser reconocidas como pueblos.

A lo anterior se suma que el Estado colombiano, al incorporar este convenio, se obligó a velar por la protección de la diversidad étnica y cultural de las comunidades negras, lo que también comprende la conservación del valor espiritual que para estas comunidades comporta su relación con la tierra y su territorio.

En otra de sus providencias la Corte Constitucional vuelve a hacer énfasis en la relación intrínseca que existe entre la protección de la diversidad étnica y cultural y la protección de los territorios colectivos de las comunidades, en este caso en particular; de las comunidades negras. Lo anterior lo trae a colación la Corte en la sentencia T- 909 de 2009, donde dispone que una de las funciones de un Estado Social y Pluralista consiste en reconocer y proteger la diversidad étnica y cultural de la Nación, y para esto debe contar con una serie de mecanismos que propendan por un amparo integral de los territorios colectivos pertenecientes a pueblos étnicos y tribales.

En un pronunciamiento más reciente la Corte resalta un aspecto trascendental en lo que respecta a la relación de las comunidades negras con su territorio. De esta manera, en la sentencia T-104A de 2010 la Corte expone la relación histórica que existe entre el territorio de las comunidades ancestrales y su propia subsistencia como pueblo. Entiende la Corte

que el derecho a la propiedad colectiva está intrínsecamente relacionado con la identidad propia de la comunidad, partiendo del hecho de que el aprovechamiento de la tierra para estos grupos de especial protección no se centra en desprender de ésta los medios de subsistencia de la comunidad, por otra parte, el territorio comprende mucho más que eso, comprende aspectos intangibles como lo son la identidad, cultura y tradiciones de las comunidades afrodescendientes.

De esta forma, la jurisprudencia constitucional le ha dado un contenido más amplio al derecho de la propiedad colectiva, ampliando su espectro más allá de la simple relación de dominio entre un espacio físico y un sujeto de derechos y dándole una connotación garantista con miras a la protección y promoción de la identidad cultural de quienes gozan del derecho a la propiedad colectiva.

Así mismo, en la sentencia T-282 de 2011 el alto tribunal reitera el carácter fundamental del derecho de propiedad colectiva de los grupos étnicos sobre sus territorios. En cuanto al reconocimiento del derecho y características del mismo, la Corte fue enfática en decir que “las notas definitorias del derecho fundamental a la propiedad colectiva del territorio por parte de las comunidades indígenas son 1) el carácter imprescriptible, inalienable e inembargable del territorio; y 2) la consideración de la ancestralidad como “título” de propiedad. Además, la Corte Constitucional ha enfatizado que 3) el concepto de territorio no se restringe a la ubicación geográfica de una comunidad o un resguardo indígena, sino que se asocia al concepto más amplio de ámbito cultural de la comunidad.

Esta misma sentencia reconoció que la posesión ancestral de las tierras que habita la comunidad es un elemento importante para la titularidad del derecho al territorio colectivo. Sin embargo, cuando la comunidad pierde esa posesión por motivos ajenos a su voluntad,

como sucede con el desplazamiento forzado, el Estado mantiene la obligación de propender por la recuperación de su territorio; velar porque se haga efectivo el derecho al retorno; y, en caso de que este no sea posible, iniciar los trámites y adoptar las medidas necesarias para que la comunidad obtenga tierras aptas para mantener sus tradiciones y desarrollar su proyecto de vida.

De igual manera, en la sentencia T-387 de 2013 la Corte Constitucional hizo referencia al Convenio 169, el cual también reconoce la especial relación que hay entre la supervivencia de los pueblos indígenas y tribales y su territorio, al establecer en el artículo 19, en su literal a, que se deberá garantizar la asignación de tierras a dichos pueblos cuando los territorios que dispongan sean insuficientes para garantizarles los elementos de una existencia normal. Y consagra, en el artículo 7.1, el derecho de los pueblos a decidir el proceso de desarrollo que afecte a las tierras que ocupan. También establece en el artículo 14 que la protección de la propiedad no se limita a las tierras habitadas por los pueblos, ya que en los casos apropiados se deben tomar medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén ocupadas por ellos, pero que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia (Ley 121 de 1991).

En cuanto al reconocimiento del derecho y falta de protección por parte del Estado, la sentencia T-387 de 2013 resaltó que “a pesar de que los territorios étnicos tienen el carácter de inembargables, imprescriptibles e inalienables, estas garantías constitucionales no han sido aplicadas adecuadamente para impedir las violaciones de los derechos de las comunidades afrocolombianas, lo cual ha facilitado las ventas ilegales y el despojo de territorios colectivos y la expulsión de territorios ancestrales que están en proceso de titulación colectiva”. Y agregó que “tampoco se han implementado instrumentos



específicos encaminados a la efectiva restitución material y a garantizar el goce efectivo de los derechos territoriales de esos grupos vulnerables, ni se han destinado recursos suficientes para el saneamiento y delimitación de esos territorios”

Por último, la Corte Interamericana de Derechos Humanos reiteró su posición respecto de la protección del territorio de los pueblos étnicos y manifestó que las decisiones que se adopten se deben basar en la relación que los integrantes de las comunidades tienen con su territorio, y existe la necesidad de proteger su derecho a ese territorio a fin de garantizar la supervivencia física y cultural de dichos pueblos”. En este sentido, dicho Tribunal ha afirmado que la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades étnicas la relación con la tierra no es solo una cuestión de posesión y producción, sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras (Caso Comunidad Indígena Xácmok Kásek Vs. Paraguay, 2010).

En esencia, conforme al artículo 21 de la Convención, los Estados deben respetar la especial relación que los miembros de los pueblos indígenas y tribales tienen con su territorio a modo de garantizar su supervivencia social, cultural y económica. Dicha protección de la propiedad, en los términos del artículo 21 de la Convención, leído en conjunto con los artículos 1.1 y 2, le asigna a los Estados la obligación de adoptar medidas para garantizar a los integrantes de las comunidades étnicas el ejercicio pleno del derecho a los territorios que han poseído tradicionalmente (Caso Comunidad Indígena Xácmok Kásek Vs. Paraguay, 2010).

Con lo anterior, se puede llegar a establecer que tanto la Corte Constitucional, como la CIDH, siguen una línea jurisprudencial definida en cuanto al reconocimiento y protección del derecho fundamental a la propiedad colectiva de las distintas comunidades étnicas (López, 2006).

### **3.3 PROBLEMÁTICAS DE LA APLICACIÓN DE LA LEY 70 DE 1993**

Como ya se ha mencionado en diferentes oportunidades, la Ley 70 se da como producto de un artículo transitorio de la Constitución Política de Colombia. Así como la Carta Política, la Ley 70 se promulgó como una ley garantista, ésta última para las comunidades negras que habitan las zonas rurales ribereñas de la Cuenca del Pacífico. Sin embargo, la garantía de los derechos fundamentales, en especial los derechos de las comunidades étnicas y tribales, se ha nublado con el paso de los años, principalmente por el escalamiento del conflicto armado y los perjuicios que este ha traído a las comunidades amparadas por esta nueva ley de la República.

Inmediatamente entró a regir la Constitución de 1991, el legislador dio inicio a las múltiples actividades legislativas que a través de la Carta se le habían exhortado. Dentro de esos avances legislativos se encontraba lo que hoy conocemos como la Ley 70 de 1993. Para la realización de este nuevo cuerpo normativo el legislador tomó como base el modelo de organización indígena social y territorial. Producto del desconocimiento sobre el contexto y las formas de organización política y social de las comunidades afrodescendientes, se estipuló que para poder acceder a la titulación colectiva, la respectiva comunidad debía haber constituido y registrado un Consejo Comunitario.

La figura del Consejo Comunitario era extraña para gran parte de las comunidades del Pacífico. Además, dentro de la ley no se determinaron explícitamente los procedimientos

que se debían seguir para la conformación de los mismos. Si bien el Estado debe velar por el reconocimiento de la forma de organización política y social tradicional de las comunidades, también debe velar porque cuenten con mecanismos coercitivos para hacer valer sus propias disposiciones (Hoffman, 2007). Es aquí donde se encuentra uno de los problemas estructurales de la Ley 70. Si bien la ley alcanzó su objetivo, es decir logró que el extinto INCORA adjudicara grandes extensiones de tierras a comunidades que ancestralmente las habitaban, hoy estos pueblos no tienen el goce efectivo de sus derechos territoriales.

El primer título de propiedad bajo la Ley 70 fue emitido en 1996. A 2006 el Estado había concedido 155 títulos colectivos en la Cuenca del Pacífico, que representan un área de más de cinco millones de hectáreas y con las cuales se cumple la meta original. Sin embargo, las promesas de la Constitución y de la Ley 70 para comunidades negras en la región han quedado en gran medida sin cumplir. En el período que va desde 1991 a 1996, algunas concesiones vigentes del Estado limitaron la cantidad disponible de tierras. Luego, el conflicto armado terminó en un desplazamiento masivo desde aquellas áreas hacia las ciudades principalmente. Proyectos ambiciosos de agroindustria se expandieron, lo que dificultó aún más el retorno a esas tierras y destruyó la biodiversidad que la ley pretendía proteger. Algunas de las disposiciones más importantes de la ley, especialmente aquellas sobre desarrollo y otorgamiento de créditos, permanecen sin implementar más de 17 años después de la publicación de la ley (Engle, 2011).

Cabe advertir que la Ley 70 de 1993 se expidió hace 25 años y aun así su ejecución sigue postergada en el tiempo. Lo anterior, se da como consecuencia de la expedición de esta norma en un contexto de conflicto armado interno, el cual tuvo como principales víctimas a

la población afrodescendiente, que ha sido el grupo poblacional tradicionalmente más afectado por el conflicto. Lo anterior, teniendo en cuenta que el 14.4 por ciento de la población afro ha sido desplazada, a diferencia de los pueblos indígenas, quienes tan solo el 1,27 por ciento de sus miembros se han visto sometidos al delito de desplazamiento forzado. Y en cuanto a la población civil colombiana no perteneciente a ninguna comunidad étnica, el 0.68 por ciento han sufrido el delito de desplazamiento (Lam, 2011).

Siguiendo con lo anteriormente expuesto, se debe tener en cuenta que las comunidades afrodescendientes han sido privadas del goce efectivo de uno de sus derechos fundamentales como grupo étnico y es aquel que les otorgó la Ley 70: la propiedad colectiva. A partir de esta situación se han desencadenado una serie de violaciones sistemáticas de otros de sus derechos fundamentales. Lo anterior ocurre debido a que la titulación colectiva a comunidades afro responde a unas particularidades en su estructura social, económica y cultural.

Por esta, entre otras razones, los terrenos adjudicados a Consejos Comunitarios de comunidades negras del Pacífico no se han respetado, afectando directamente el derecho fundamental de estos a la propiedad colectiva. Por otro lado, las comunidades negras, aparentemente, no son las únicas afectadas por la falta de regulación en lo que respecta a la distribución de tierras en esta zona del país. Si bien las comunidades ven afectado su derecho a la propiedad colectiva, hay quienes también figuran como propietarios de parcelas comprendidas dentro de los territorios colectivos. Es aquí donde se encuentra el problema sustancial que ocupa este escrito.

Con esto, a lo largo de la implementación de la nueva Constitución, así como de la Ley 70 y sus respectivos decretos reglamentarios, se han presentado una serie de conflictos entre

providencias judiciales. Lo anterior, teniendo en cuenta que jueces pertenecientes a la jurisdicción ordinaria y encargados de procesos de pertenencia y reivindicatorios han otorgado mediante sentencias judiciales el derecho de dominio sobre parcelas comprendidas en los territorios colectivos.

La práctica anteriormente descrita se ha replicado también en la jurisdicción especializada en restitución de tierras que se creó producto de la Ley 1448 de 2011. En este caso los jueces civiles especializados en restitución de tierras han reconocido como víctimas y propietarios de parcelas comprendidas dentro de los territorios colectivos, a sujetos individuales no pertenecientes a la comunidad étnica.

Es así como, a través de la violación del derecho al territorio colectivo, se está privando a la comunidad de gozar efectivamente de otras disposiciones fundamentales de las cuales son acreedores. Sin territorio colectivo no puede haber autogobierno, tampoco podrán continuar con el proyecto de vida que como comunidad se habían trazado. Además, el desplazamiento forzado lleva a que los grupos étnicos se dispersen, perdiendo así su identidad cultural, lo que atenta directamente contra su supervivencia como comunidad. Todas estas prerrogativas han sido reconocidas por la Corte Constitucional en diferentes providencias. De esta forma el alto tribunal pretende interpretar la Constitución a partir de su espíritu en lo concerniente al reconocimiento de Colombia como un Estado pluriétnico.

Con todo lo anterior, se hace evidente que existe una protección constitucional reforzada sobre pueblos que históricamente han visto vulnerados sus derechos. Además, se debe aclarar que tal protección opera en cualquier instrumento jurídico que pretenda tener algún grado de validez en el ordenamiento nacional. Es por esto que la Justicia Transicional, si bien no tiene vocación de permanencia y se rige bajo unos principios procesales

particulares, también forma parte del ordenamiento jurídico lo que hace que deba reconocer la protección constitucional reforzada que se otorgue a los diferentes actores de la sociedad colombiana.

## **CAPÍTULO 4: LA SITUACIÓN DE LAS COMUNIDADES NEGRAS DE LAS ZONAS RIBEREÑAS DE LA CUENCA DEL PACÍFICO COLOMBIANO: EL CASO DEL CONSEJO COMUNITARIO DE LOS RÍOS DE LA LARGA Y TUMARADÓ**

Después de haber expuesto la finalidad que se persigue mediante la Justicia Transicional, el análisis de la cosa juzgada como institución jurídico procesal y hacer un recuento de lo consagrado en la Constitución Política de Colombia y la jurisprudencia de la Corte Constitucional en lo que hace referencia al reconocimiento y protección de los derechos de las poblaciones afrocolombianas, es importante exponer el caso del Consejo Comunitario de los ríos de la Larga y Tumaradó, escenario en el cual confluyen todos los conceptos previamente expuestos. Antes de entrar a hacer un recuento sobre la situación que viven los miembros del Consejo Comunitario, es indispensable evidenciar el contexto histórico que motivó a las comunidades afrodescendientes de las zonas rurales ribereñas de la Cuenca del Pacífico a organizarse.

### **4.1 CONTEXTO HISTÓRICO.**

Las zonas rurales ribereñas de la Cuenca del Pacífico colombiano fueron tradicionalmente reconocidas por el Estado como terrenos baldíos, dentro de los cuales aún no se había realizado ningún tipo de proyecto productivo que hiciera de esas tierras ricas un escenario de desarrollo y explotación económica (Restrepo E. , 2013). Por tal razón, quienes tradicionalmente habitaban zonas remotas del país eran desconocidos a la luz de las políticas públicas diseñadas por el Estado para atender a su población. Al ser un territorio olvidado por el Estado, y a su vez desconocido para otros sectores poblacionales del país,

las zonas rurales ribereñas de la Cuenca del Pacífico empezaron a ser invadidas por diferentes grupos de personas que huían de sus territorios por distintas razones.

La región del Bajo Atrato es llamativa para quienes buscaban un lugar donde asentarse, ya que en esta zona del país confluyen importantes ríos como lo es el Atrato, por el cual ingresaron la gran mayoría de los migrantes negros que empezaron a poblar la zona. A mediados del siglo XIX antiguos mineros de poblaciones aledañas del Chocó como Baudó y el alto y medio Atrato, decidieron dejar esta práctica intrínsecamente ligada con su pasado de esclavitud para iniciar un nuevo proyecto de vida. Atendiendo tal escenario, se encontraron con una zona ecológicamente rica y que además contaba con un río que tradicionalmente era reconocido por el pescado que daba (Rosas, 2013).

Estos afrodescendientes no fueron los primeros en poblar la zona. Así mismo, otras poblaciones afro se sumaron a la invasión de estas tierras. Esclavos provenientes de Cartagena también se adhirieron a la llegada a finales del siglo XX. El fin que unía a quienes entraban en estas tierras era el de levantar su propio proyecto de vida basado en la agricultura y la pesca.

La migración de nuevos pobladores aumentó en el siglo XX por las dinámicas sociales que dominaron el control de la tierra en Colombia. Fue así como empezaron a aparecer en la zona viejos campesinos del departamento de Córdoba que habían sido expulsados de sus tierras por la incursión de los latifundistas, quienes se aprovechaban del débil sistema de titulación de la propiedad en Colombia para hacerse con las tierras de pequeños campesinos que no tenían ninguna vía para enfrentar a estas élites. La disputa anteriormente expuesta, además de otros factores, derivaron en el actual conflicto armado colombiano, lo que generó mayores desplazamientos en diferentes zonas del país y llevó a que dicha zona



pasara a ser un campo en el cual se concentraba una gran parte de población afrocolombiana, indígena y campesina mestiza desplazada por la violencia (Rosas, 2013).

Paralelo a la incursión de las poblaciones vulnerables previamente descritas, las zonas rurales ribereñas de la Cuenca del Pacífico fueron el atractivo de empresarios que vieron en la biodiversidad y en la riqueza ambiental de la zona un lugar para iniciar sus actividades agroindustriales. A inicios del siglo XX, según lo exponen investigaciones del CINEP/PPP, la producción azucarera de la región incrementó hasta el punto que, para el año 1919, se creó el ingenio azucarero de Sautatá, el cual estaba situado en lo que hoy se conoce como el Parque Nacional Los Katíos. El auge del azúcar fue uno de los mecanismos para dar a conocer al país la riqueza de la región, a tal punto que el ingenio tenía vías férreas, moneda propia, iglesia y estación de policía, instituciones nunca antes vistas en una región tradicionalmente habitada por personas invisibles al Estado (Guerrero, Herrera, Vargas, & Guerrero, 2012).

Sin embargo, el auge azucarero no tuvo mucho éxito. La crisis de los 30 y el precio internacional del azúcar llevaron a la caída del ingenio azucarero, motivo por el cual este producto dejó de ser la principal producción del Bajo Atrato. Se mantuvo la intención de invertir en la zona, motivo por el cual, en los años 50, se inicia un nuevo proyecto trascendental para la región. La autopista al mar, vía que conecta a Turbo y Antioquia. Esta obra de infraestructura atrajo nuevamente a personas provenientes de diferentes regiones del país que buscaban crear empresa y generar riqueza. Paulatinamente se diversificó la cultura del Bajo Atrato y aquellos que inicialmente entraron empezaron a verse relegados por aquellos que decidieron optar por la agroindustria y el desistimiento a las economías ancestrales que dominaban la zona (Guerrero, Herrera, Vargas, & Guerrero, 2012).

Desde que incursionaron en este territorio los primeros esclavos cimarrones liberados, hasta la construcción de la carretera al mar, el Estado no hizo presencia en las zonas rurales ribereñas de la Cuenca del Pacífico. Por el contrario, el desarrollo que debía traer la ejecución de tal obra de infraestructura no estaba diseñado en favor de las poblaciones que ancestralmente se habían asentado en estas tierras. Lo anterior, teniendo en cuenta que esta carretera no les traía ningún tipo de beneficio como pequeños campesinos, motivo por el cual continuaron realizando sus tradicionales actividades comerciales a través de economías de pequeña escala y la autosuficiencia como regla general.

Si bien el azúcar ya no era el producto que más producía la zona por cuenta de la crisis que vivió el sector en los años 30, la ejecución de la carretera sí tuvo consecuencias en la organización socioeconómica de la región. Fue así como con la ejecución de la carretera se dieron a conocer una serie de nuevos terrenos productivos que no habían sido explorados anteriormente. Estos terrenos gozaban de una riqueza infinita, teniendo en cuenta que eran tierras fértiles y aptas para la siembra, particularmente de banano. Este producto ha sido tradicionalmente uno de los más apetecidos por las empresas extranjeras al momento de incursionar en el país.

A finales de los años cincuenta se empezaron a incrementar las plantaciones bananeras en el Bajo Atrato, extendiéndose hasta la zona del Urabá. La fruta causó un gran revuelo en la economía de la región, la cual empezó a girar en torno a la siembra y comercialización de este producto.

En este proceso aquellos que inicialmente habían ingresado en las tierras y que posteriormente pretendían desarrollar economías de pequeña escala y vivir de la pesca y la agricultura empezaron a ser un obstáculo para quienes buscaban incrementar la producción

bananera y hacer del Bajo Atrato la región en la cual se produjera la mayor cantidad de banano del país.

La incursión de los grandes proyectos agroindustriales y su molestia con los tradicionales pobladores de las regiones aledañas a las zonas rurales ribereñas de la Cuenca del Pacífico fue el punto de inflexión para que los habitantes se empezaran a agrupar. Lo anterior, siempre en busca de reivindicar sus derechos, proteger el medio ambiente que estaba siendo ampliamente devastado por las grandes plantaciones y por no permitir el despojo de sus tierras (Rosas, 2013).

La organización que existía hasta entonces era precaria, y quienes habitaban la región se limitaban al arraigo que sentían hacia su tierra pero no se enfocaban en pensarse como una comunidad con costumbres e intereses comunes. El fortalecimiento de este proceso organizativo empezó hacia finales de los setenta y comienzos de los años ochenta, cuando incursionaron en la zona diferentes misioneros eclesiásticos. Los religiosos entraron a la zona para analizar la situación de las personas que ahí habitaban, además pretendía acercarlos a sus problemáticas y las posibles soluciones que en conjunto se pudiera concertar para incrementar la calidad de vida de esos campesinos que decidieron emprender su proyecto de vida en un territorio tan alejado del panorama nacional.

De esta manera, mediante dichas misiones se empezaron a crear las Comunidades Eclesiales de Base, la cuales estaban diseñadas para integrar a la comunidad y hacer un proceso de concientización dentro del cual los más desamparados tuvieran voz para exponer sus problemáticas y buscar algún tipo de solución (Restrepo E. , 2013).

Dentro de las vastas problemáticas planteadas, la organización de los campesinos afrodescendientes y aquellos mestizos que habían sido desposeídos de sus tierras en otras

regiones, empezaron a exponer preocupaciones ambientales, las cuales se estaban dando como producto de los gigantescos monocultivos de caña y plátano, así como mediante la incursión de la industria maderera en la región. Las concesiones a grandes empresas madereras a principios de los años ochenta fue un nuevo mensaje de invisibilización del Estado a las comunidades que habitaban esa zona del país.

Fue de esta forma como se dieron las primeras reivindicaciones de campesinos afrodescendientes y mestizos en la región las cuales giraban en torno a la protección del ecosistema que servía de sustento para sus comunidades y la protección de su territorio frente a los intentos de despojo de tierras que empezaban a acrecentarse en la zona. Las comunidades empezaron a tener un sentido de pertenencia hacia la tierra, que además los motiva para entrar en el discurso jurídico en torno a la protección de los recursos naturales y sus derechos de propiedad.

Los años ochenta son el punto de quiebre en la organización de las comunidades del Bajo Atrato, región dentro de la cual se encuentra situado lo que hoy se conoce como el territorio ancestral de COCOLATU. Nuevamente los religiosos fueron quienes tomaron la iniciativa y al ver la presencia de ingenieros foráneos, y la constante contratación de campesinos para abrir trochas y señalar los árboles maderables motivó a gran cantidad de curas a organizar a la población frente a la inminente explotación de los bosques que venían en camino.

Bajo este escenario surge la primera asociación campesina de afrodescendientes y mestizos, la Asociación Campesina Integral del Atrato. Esta organización campesina logró su cometido e impidió que el Estado otorgara la concesión de 800.000 hectáreas en favor de dos empresas madereras que ya habían acabado con los bosques de otras regiones. Además del freno que logró la comunidad a la concesión maderera también convencieron al

Gobierno Nacional del momento que la explotación de esos recursos naturales se debía dar de manera concertada entre la comunidad y el Estado (Restrepo E. , 2013).

El desarrollo de la organización de los campesinos afrodescendientes y mestizos del Bajo Atrato se fue ampliando y se crearon otras organizaciones en busca de la defensa del ecosistema y la reivindicación de los derechos de propiedad de quienes tradicionalmente habían habitado la región. Esta disputa se extendió a lo largo de la década de los ochenta, y terminó cuando en la Constitución de 1991 se incluyó un artículo transitorio mediante el cual se exhortaba al Congreso de la República a crear una ley encaminada a proteger los territorios colectivos de las comunidades afrodescendientes que habitaban las zonas rurales ribereñas de la Cuenca del Pacífico. Como se anunció en capítulos anteriores, el resultado de tal disposición fue la Ley 70 de 1993.

Con la expedición de este cuerpo normativo lo que anteriormente se conocían como asociaciones campesinas, se transformaron, adquiriendo ahora la connotación de Consejos Comunitarios, los cuales según la Ley 70 y el Decreto 1745 de 1995, eran indispensables para poder acceder a la titulación colectiva de una extensión del territorio en favor de las comunidades que ancestralmente hubiesen ocupado esta área de terreno. Así, a través de la Resolución 02805 del 22 de noviembre del año 2000, expedida por el extinto INCORA se adjudicaron 107.064 hectáreas con 1760 metros cuadrados como “Tierras de Comunidades Negras” a la comunidad reunida en el Consejo Comunitario de los ríos de la Larga y Tumaradó (Pontificia Universidad Javeriana, 2017).

Sin embargo, a pesar de ser los legítimos propietarios de esta extensión de tierra, el Consejo Comunitario COCOLATU jamás pudo disfrutar de la totalidad del predio que formalmente

les pertenecía. Lo anterior, teniendo en cuenta que la expedición de la resolución en el año 2000 se dio en el marco del conflicto armado.

Además, las zonas rurales ribereñas de la Cuenca del Pacífico siguieron siendo un botín de quienes pretendían imponer sus proyectos agroindustriales, los mismos que no aceptaron la distribución de tierras realizada en favor de las comunidades negras y continuaron irrespetando el territorio ancestral de un grupo de familias afrodescendientes. De igual forma, los actores del conflicto no fueron ajenos a la ocupación de tierras, motivo por el cual las Autodefensas Campesinas de Córdoba y Urabá se empeñaron en alejar a los miembros de la comunidad de sus predios, para que así terceros de mala fe, así como otros desplazados, se asentaran en estos (Restrepo M. A., 2014).

El escenario anteriormente expuesto, es y ha sido la rutina de las de 38 comunidades, 164 familias, y 754 personas que se vieron beneficiadas por el título colectivo otorgado por el extinto INCORA. Estadio en el cual constantemente se han visto sometidos a la sistemática violación de sus derechos fundamentales como comunidad y como individuos. También se evidencia un notable desconocimiento de las disposiciones consagradas en la Ley 70, que deberían ser garantías para las comunidades afrodescendientes que se beneficiaran de este cuerpo normativo (Pontificia Universidad Javeriana, 2017).

Con el paso del tiempo el título colectivo perdió sus atributos de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad. Esto, teniendo en cuenta que quienes se apropiaron de forma ilegítima de la tierra lo hicieron como señores y dueños, es decir, ejercieron actos de disposición sobre sus predios, contribuyendo así a la fragmentación del título colectivo, y dejando al Consejo Comunitario de los ríos de la Larga y Tumaradó sin tierras.

Para sustentar lo anteriormente expuesto, cabe resaltar las cifras establecidas por el CINEP/PPP, quienes determinaron que para el año 2012, el Consejo Comunitario de los ríos de la Larga y Tumaradó tan solo ejercía posesión y uso colectivo sobre el 3 por ciento del terreno que años atrás les había sido adjudicado, el otro 97 por ciento se distribuía entre poseedores de mala fe en su gran mayoría y una cantidad mínima de propietarios individuales, quienes habían adquirido el dominio sobre estas tierras mediante sentencias judiciales, títulos anteriores al año 2.000 y adjudicaciones. Esta situación es el reflejo de la falta de herramientas con las que cuentan los Consejos Comunitarios de hacer valer su derecho a la propiedad colectiva (Guerrero, Herrera, Vargas, & Guerrero, 2012).

#### **4.2 EXPOSICIÓN DEL CASO EN SEDE JUDICIAL**

Con la Ley 1448 y el Decreto 4635 de 2011 la comunidad volvió a ver esperanza en retornar a sus tierras y hacer valer el título colectivo que tiempo atrás les había reconocido como propietarios de la extensión de tierra en la cual desde antaño habían instaurado su proyecto de vida comunitario. Por esta razón, el Consejo Comunitario al verse sometido al confinamiento en el que se encontraban, y por las constantes represalias policivas que debieron soportar cuando intentaban retornar a sus predios, decidió acudir a la vía judicial para hacer valer su derecho. De tal forma que, a través de lo expuesto en el artículo 116 del Decreto-Ley 4635 de 2011 y a través de la Defensoría del Pueblo, solicitaron la protección de su territorio colectivo.

Las medidas cautelares solicitadas fueron posteriormente otorgadas por el Juez Primero Civil del Circuito Especializado en Restitución de Tierras de Quibdó, el cual mediante Auto Interlocutorio 181 del 12 de diciembre de 2014, estipuló que esta providencia primaria sobre cualquier otra que se encontrara vigente hasta el momento y que hiciera referencia al

derecho de dominio sobre el territorio en disputa, poniendo en tela de juicio una institución fundamental del derecho procesal, la cosa juzgada de aquellas decisiones que otorgaban el derecho de dominio de predios comprendidos dentro del título colectivo (Auto interlocutorio N°00181, 2014).

Sin embargo, esta providencia no fue suficiente, y el juez especializado en restitución debió requerir insistentemente a las entidades para que dieran cumplimiento a lo que ahí se había dispuesto. Lo más paradójico de este particular caso es que una de las entidades que más retardó el cumplimiento de la orden dictada fue la Unidad de Restitución de Tierras, dentro de la cual se debieron surtir una serie de investigaciones a sus funcionarios para que dejaran de retrasar el proceso que pretendía reivindicar los derechos de la comunidad afro.

Después de 3 años de expedido el Auto Interlocutorio 181, la Unidad por fin presentó la demanda de restitución colectiva en favor del Consejo Comunitario COCOLATU, la cual fue radicada el primero de diciembre de 2017 y admitida por el despacho el día 22 de marzo de 2018. Ahora, es la autoridad judicial competente la que entrará a resolver el presente asunto, en el cual deberá ponderar efectivamente los derechos de la comunidad con aquellos de los propietarios individuales, y así darle el alcance que considere pertinente al valor de la cosa juzgada de las sentencias que ya fueron decretadas sobre predios comprendidos dentro de las 107 mil hectáreas pertenecientes al Consejo Comunitario de los ríos de La Larga y Tumaradó.



## CONCLUSIÓN

Habiendo expuesto el caso del Consejo Comunitario de los ríos de La Larga y Tumaradó, es indispensable abordarlo ahora a partir de los conceptos desarrollados a lo largo del presente escrito. Como ya se planteó previamente, esta comunidad afrodescendiente ha sido víctima directa del conflicto armado, particularmente del delito de desplazamiento forzado. Esta situación ha traído consigo una notable violación a los derechos humanos de todos los sujetos miembros de la comunidad, así como del sujeto colectivo representado a través de su Consejo Comunitario. Por tal razón, el citado grupo étnico tiene derecho a ser reparado bajo los parámetros de la Justicia Transicional, especialmente bajo las disposiciones consagradas en la Ley 1448 de 2011 y el respectivo Decreto Ley 4635 del mismo año, mediante el cual se reglamenta el proceso de restitución colectiva a comunidades afrodescendientes.

Ahora bien, después de abordar el concepto de justicia étnica colectiva y el aporte que esta podría dar a los procesos de reparación integral de las víctimas, se debe entrar a analizar el mecanismo a través del cual se pretende alcanzar el reconocimiento y satisfacción de las necesidades propias de las comunidades que han sido tradicionalmente afectadas por el conflicto armado.

Es de conocimiento que las comunidades étnicas colombianas, en particular las afrodescendientes, tienen un amplio índice de derechos que les han sido reconocidos, dentro de los cuales se deben resaltar el derecho a acceder a la titulación colectiva de los predios que ancestralmente han ocupado y sobre los cuales asentaron su proyecto de vida como comunidad. Este derecho se ve materializado a través del artículo transitorio 55 de la

Constitución Política, el cual es desarrollado por la Ley 70 de 1993, como se ha mencionado ampliamente.

Con lo anterior, se puede concluir que hoy el Consejo Comunitario de los ríos de la Larga y Tumaradó ostenta la calidad de propietario de 107.064 hectáreas con 1760 metros cuadrados, los cuales les fueron adjudicados a través de la Resolución 02805 del año 2000. Sin embargo, y como ya se expuso, el ejercicio de los actos de señores y dueños de su tierra se vio truncado por el actuar violento de diferentes actores del conflicto armado, los cuales se hicieron a las tierras del Consejo Comunitario aprovechando el contexto de violencia imperante en la zona y desplegando así grandes violaciones a los derechos humanos de la comunidad.

Por tal razón, el Consejo Comunitario debe ser reconocido como víctima del conflicto armado como sujeto de derechos, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley 1448 de 2011. Así mismo, se debe reconocer su legitimación por activa para acudir al proceso de restitución de tierras colectivas consagrado en ese mismo cuerpo normativo y regulado a través del Decreto Ley 4635 de 2011.

Siguiendo con lo anteriormente expuesto, el proceso de restitución de tierras colectivas será el vehículo mediante el cual el sujeto colectivo varias veces mencionado hará valer sus derechos sobre el territorio ancestral que desde el año 2000 le pertenece y sobre el cual no ha podido desarrollar su proyecto de vida como comunidad. El proceso diseñado responde a los criterios propios de la Justicia Transicional, es decir, se basa en la flexibilización y diseño particular de algunos aspectos procesales con el fin de garantizar al máximo los derechos de las víctimas y atender el fin último de esta rama del derecho: la reconciliación y fortalecimiento del Estado de Derecho (Gómez, 2013).

Sin embargo, tal pretensión de esta comunidad afrodescendiente se ha visto obstaculizada por la incursión de personas ajenas a la comunidad al territorio colectivo. La anterior situación ha desencadenado una proliferación de procesos policivos en contra de los miembros de la comunidad que voluntariamente optan por el retorno. El sustento de estos procedimientos son una serie de sentencias que resuelven procesos agrarios ordinarios y que restituyen tierras individuales, las cuales están cobijadas jurídicamente bajo la figura procesal de la cosa juzgada.

Bajo los preceptos ordinarios del sistema jurídico, estas sentencias no podrían ser recurridas y estas personas ostentarían la calidad de propietarios sobre este inmueble a partir de una fecha posterior a la que figura en el título colectivo. No obstante, este tipo de conflictos se originaron a raíz de la creación de un proceso de Justicia Transicional, lo que lleva a que necesariamente deban ser resueltos a la luz de los mismos principios y procedimientos creados a partir de las normas transicionales.

La contradicción de sentencias proferidas por jueces de transición y jueces ordinarios sí se previó en la Ley de Víctimas, es así como en su artículo 77 numeral 4 se hace referencia a la presunción de debido proceso en las decisiones judiciales mediante la cual se le otorga la potestad al juez de revocar sentencias judiciales que sean contrarias al derecho de la víctima. No obstante, la ley no dispuso ningún mecanismo para solucionar la contradicción entre dos sentencias proferidas por jueces de transición, es decir jueces especializados en restitución de tierras.

A través del decreto que regula el proceso de restitución de tierras colectivas para comunidades afrodescendientes, raizales y palenqueros se trató de abordar este tema, como ya se expuso anteriormente. Sin embargo, y como también quedó esbozado antes, no se

previó el conflicto entre sentencias de procesos de restitución colectiva y procesos de restitución individual. Por su parte el Decreto 4633 de 2011 que regula el procedimiento de restitución de tierras colectivas de comunidades indígenas sí prevé el conflicto que se puede originar entre sentencias de restitución colectiva y aquellas que resuelven sobre situaciones individuales.

La disposición contenida en el decreto especializado para poblaciones indígenas se extraña en lo dispuesto para regular lo concerniente a la población afrodescendiente, raizal y palenquera. Es por esto que, atendiendo a la normatividad internacional y a la interpretación que ha hecho la Corte Constitucional sobre la misma, en la sentencia T- 955 de 2003 se puede determinar que el Convenio 169 de la OIT reivindicó los derechos de las comunidades afrodescendientes a ser reconocidas como pueblos, poniendo de presente que cuentan con costumbres, tradiciones y condiciones sociales, culturales y económicas que las distinguen del resto de la población. Por tal razón, el trato a la población afro debería equipararse al de los grupos indígenas, más tratándose de dos grupos poblacionales que asientan sus estructuras sociales, económicas y culturales a partir del territorio en el cual se asienten.

A partir de esta interpretación constitucional que ha hecho el alto tribunal, se puede argumentar que lo dispuesto en el artículo 168 del decreto especial indígena debe aplicar de forma analógica en los casos que los supuestos de hecho ahí consagrados sucedan dentro de un territorio propiedad de un Consejo Comunitario. Lo anterior encuentra fundamento, además, en los atributos con los que dota la Ley 70 de 1993 el título colectivo, el cual en virtud de su artículo 7 es inembargable, imprescriptible e inalienable. De tal forma, los territorios colectivos de comunidades afrodescendientes tienen el mismo reconocimiento

que aquel que se les brinda a los resguardos indígenas, motivo por el cual las protecciones destinadas a garantizar los derechos fundamentales sobre estos territorios deben ser las mismas.

Lo anterior, se da como producto de que en Colombia a diferencia de otros países del mundo las comunidades afrodescendientes son reconocidas como grupo étnico y cuentan con derechos colectivos (Lam, 2011). Así, el juez especializado en restitución que atienda un proceso en el que esté en disputa un territorio colectivo contará con la facultad adicional de dejar sin efectos providencias en las cuales se restituyan predios individuales dentro del área que este comprenda.

Por último, se deben relativizar los efectos de pronunciamientos que van en contravía de los derechos colectivos de comunidades. Esto, teniendo en cuenta que las comunidades afrodescendientes son poblaciones históricamente vulneradas, por lo cual requieren de una reparación integral que comprenda más allá que los daños causados a raíz del conflicto. Es necesario propender por cerrar la brecha de la discriminación y violación sistemática de los derechos colectivos de los grupos étnicos del país, más cuando la población negra ha sido la más afectada por las dinámicas creadas a raíz de la confrontación interna que vivió Colombia.

Lo anterior, sólo se puede lograr a través de la implementación de programas de reparación integral que atiendan la concepción trascendental de la misma, lo que implica reconocer la importancia de la reparación de las víctimas como herramienta para restablecer el tejido social y de esta forma llegar a la reconciliación, único camino que permite alcanzar el fin último de la Justicia Transicional, aquel encaminado a garantizar la reconciliación y el desarrollo y fortalecimiento del Estado de Derecho.

De esta manera, se puede hacer uso de la figura de la compensación estipulada en el artículo 97 de la ley 1448 de 2011, con el fin de que aquellos a quienes se les han restituído individualmente predios que hacen parte del territorio colectivo del Consejo Comunitario de los Ríos La Larga y Tumaradó, sigan siendo reparados por el derecho que les fue otorgado al ser reconocidos como víctimas de despojo o abandono forzado a raíz del conflicto armado colombiano.

Así mismo, la Ley 1448 consagra en su artículo 102 la competencia del juez especializado en restitución de tierras, la cual se mantiene hasta que se dé cumplimiento a todas las órdenes dictadas en la sentencia. A su vez, en la etapa post fallo el juez tiene la posibilidad de dictar nuevas órdenes encaminadas a garantizar el uso, goce y disposición del inmueble restituído. Por tal razón, podrá el juez transicional, dictar una orden moduladora de su sentencia, en la cual se reubique al propietario individual y garantice adecuadamente los derechos fundamentales de la comunidad afrodescendiente

Finalmente, otra solución plausible se encuentra en el reglamento del Consejo Comunitario, el cual cuenta con mecanismos a través de los cuales aquellas personas que habitaran sus territorios con anterioridad al otorgamiento del título colectivo pueden permanecer en los mismos así no hagan parte de la comunidad, siempre y cuando demuestren unos requisitos temporales y de explotación. Esto demuestra que la intención de los afrodescendientes no es aferrarse a las tierras, tan sólo pretenden el respeto por su identidad cultural y su organización social y económica, el cual se garantiza respetando su vínculo con el territorio que ancestralmente han venido ocupando.

## 6. BIBLIOGRAFÍA

### 6.1 DOCTRINA

- Antorveza, A. T. (1978). *Legislación agraria colombiana*. Bogotá: Editorial Presencia Ltda.
- Arévalo, D. P. (2000). *Los bienes, la propiedad y otros derechos reales. Tercera edición*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Benabentos, O. (2001). *Teoría general unitaria del derecho procesal*. Bogotá: Temis.
- Calamandrei, P. (1959). *Estudios de derecho procesal*. Buenos Aires: Ediciones jurídicas Europa-América.
- Caso Comunidad Indígena Xácmok Kásek Vs. Paraguay (Corte Interamericana de Derechos Humanos 24 de Agosto de 2010).
- Cifuentes, O. (2001). *Cosa Juzgada*. Mexico D.F.: Biblioteca Jurídica de Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
- Díaz, E. (2001). *Estado de derecho y democracia. 10 palabras clave sobre derechos humanos*. Instituto Federal Electoral.
- Gatti, E. (1984). *Teoría general de los derechos reales. Tercera edición*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- López, D. (2006). *El derecho de los jueces*. Bogotá: Legis.
- Machado, A. (1998). *Economía campesina y desarrollo*. Bogotá.
- Ochoa, R. H. (2009). *Propiedad y dignidad*. Bogotá: Editorial Temis.

- Oquist, P. (1978). *Violencia, conflicto y política en Colombia*. Bogotá: Biblioteca del Banco Popular.
- Pothier. (1945). *Obligaciones*. Buenos Aires.
- Ymaz, E. (s.f.). *La esencia de la cosa juzgada y otros ensayos*. Buenos Aires: Arayú.
- Zea, A. V. (2007). *Derechos reales 11ª Edición*. Bogotá: Editorial Temis.
- Zepeda, J. R. (1996). *Estado de derecho y democracia*. Instituto Federal Electoral.
- Storini, C. (2017). *Carta Magna y nuevo constitucionalismo latinoamericano ¿Ruptura o continuismo?* Quito: Corporación Editorial Nacional.
- Velázquez, L. G. (2010). *Bienes*. Bogotá: Editorial Temis S.A.

## **6.2 JURISPRUDENCIA, PROVIDENCIAS JUDICIALES, FUENTES LEGALES Y ADMINISTRATIVAS**

- C-774/2001, M.P.:Rodrigo Escobar Gil (Corte Constitucional 25 de julio de 2001).
- Auto interlocutorio N°00181 (Juzgado Primero Civil del Circuito Especializado en Restitución de Tierras de Quibdó 12 de diciembre de 2014).
- C/052-2012, MP: Juan Carlos Henao Pérez (Corte Constitucional 8 de febrero de 2012).
- C-099/2013, M.P.: Maria Victoria Calle Correa (Corte Constitucional 27 de febrero de 2013).
- C-522/2009, M.P.: Nilson Pinilla Pinilla (Corte Constitucional 4 de agosto de 2009).



C-543/1992, M.P.: José Gregorio Hernández Galindo (Corte Constitucional 1 de Octubre de 1992).

C-715/2012, M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva (Corte Constitucional 13 de septiembre de 2012).

Código General del Proceso [Ley 1564] (Congreso de la República de Colombia Julio de 12 de 2012).

Congreso de la República de Colombia. (2011). Ley de víctimas y restitución de tierras [Ley 1448].

Constitución Política de Colombia. (1991). Bogotá D.C.: Legis.

INCORA, Resolución 028005 (2000).

Ley 121 de 1991 (Congreso de la República de Colombia).

T-909 de 2009, MP: Mauricio González Cuervo (Corte Constitucional 7 de diciembre de 2009).

T-244/2016, M.P.: Gloria Stella Ortiz Delgado (Corte Constitucional 16 de mayo de 2016).

T-666/2015, MP: Gloria Stella Ortiz Delgado (Corte Constitucional 26 de octubre de 2015).

T-679/2015, M.P.: Luis Ernesto Vargas Silva (Corte Constitucional 3 de noviembre de 2015).

T-955/2003, M.P.: Alvaro Tafur Galvis (Corte Constitucional 17 de octubre de 2003).

T-1105/2008.: M.P.: Humberto Sierra Porto (Corte Constitucional 6 de noviembre de 2008).

### 6.3 ARTÍCULOS, INVESTIGACIONES Y FUENTES OFICIALES

Aguilar, B. A., & Tellería, A. M. (2015). *La cosa juzgada en materia civil*. Managua: Universidad Centroamericana.

Atuahene, B. (2010). Property and transitional justice. *UCLA L. Rev. Discourse*, 58, 65-85.

Betancourth, D. R. (2017). Cosa juzgada, justicia transicional y justicia contencioso administrativa. Una justificación de su relativización. En I. C. Procesal, XXXVIII Congreso Colombiano de Derecho Procesal (págs. 571-586). Bogotá: Departamento de Publicaciones, Universidad Libre.

Centro Nacional de Memoria Histórica. (2013). *¡Basta ya! Colombia: memorias de guerra y dignidad*. Bogotá: Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación.

Comisión Colombiana de Juristas. (2007). *Anotaciones sobre la ley de justicia y paz. Una mirada desde los derechos de las víctimas*. Bogotá D.C.: Armada electronica e impresión.

Consejo Superior de la Judicatura. (2015). *Introducción al concepto de justicia transicional y al modelo de transición Colombiano*. Bogotá: Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla".

Consejo Superior de la Judicatura. (2015). *La restitución de derechos territoriales de pueblos indígenas*. Bogotá: Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla".

Consejo Superior de la Judicatura. (2015). *Restitución de tierras en el marco de la justicia transicional civil*. Bogotá: Escuela Judicial "Rodrigo Lara Bonilla".

- Defensoría del Pueblo. (2015). *Justicia transicional*. Bogotá: Defensoría del Pueblo.
- Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit . (2012). *Colombia: un nuevo modelo de justicia transicional*. Bogotá: ProFis.
- Engle, K. (Enero - Junio de 2011). La esquiwa promesa de desarrollo para las comunidades afrodescendientes: el futuro de la Ley 70. *Universidad de los Andes Facultad de Derecho Revista de Derecho Público No 26 ISSN 1909-7794*.
- Garavito, C., Sierra, T. A., & Adarve, I. C. (2009). *El desplazamiento afro: tierra, violencia y derechos de las comunidades negras en Colombia*. Bogotá: Universidad de los Andes, Facultad de Derecho, CIJUS. .
- Gómez, G. I. (2013). Justicia transicional “desde abajo”: Un marco teórico constructivista crítico para el análisis de la experiencia colombiana. . *Co-herencia*, 137-166.
- Greiff, P. d. (2008). *Justicia y reparaciones: Reparaciones para las víctimas de la violencia política*. Bogotá: Centro Internacional para la Justicia Transicional.
- Greiff, P. d. (2011). Algunas reflexiones acerca del desarrollo de la Justicia Transicional. *Anuario de Derechos Humanos*, 17-39.
- Hoffman, O. (2007). *Comunidades negras en el Pacífico Colombiano*. Lima: Instituto Francés de Estudios Andinos.
- Hvalkof, R. P. (August 2001). *Land titling and indigenous people*. Washington: Inter-American Development Bank.
- Jaramillo, J. U. (1968). *Ensayos sobre historia social de Colombia*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.

- Javeriana, S. d. (2017). *Cosa juzgada y restitución de tierras: el caso de las comunidades de los ríos La Larga y Tumaradó*. Bogotá.
- Juan Pablo Guerrero, L. Á. (2012). *Programas por la paz Módulo 2*. Bogotá: CINEP.
- Lam, C. R. (2011). *Etnorreparaciones: la justicia colectiva étnica y la reparación a pueblos indígenas y comunidades afrodescendientes en Colombia*. Bogotá: DeJusticia.
- León, N. C. (2016). *Tierra en transición: Justicia transicional, restitución de tierras y política agraria en Colombia*. Bogotá: Centro de estudios de Derecho, Justicia y Sociedad–DeJusticia–UNIFEM.
- Mansilla, I. T. (2013). *La Justicia de transición: concepto, instrumentos y experiencias*. . Universidad del Rosario.
- María Carmelina Roa Sánchez, M. D. (2017). El papel de las reparaciones en la justicia transicional colombiana: aportes desde una visión teleológica. *International Law* (30), 119-150.
- Ministerio de Agricultura y Desarrollo Social. . (2011). *Política integral de tierras: un viraje trascendental en la restitución y formalización de la propiedad agraria*. Bogotá: Ministerio de Agricultura y Desarrollo Social. .
- Restrepo, E. (2013). *Etnización de la negridad: la invención de las' comunidades negras' como grupo étnico en Colombia*. Popayán: Editorial Universidad del Cauca.
- Restrepo, M. A. (2014). *La tierra en la historia de Colombia*. Bogotá: Academia Colombiana de Ciencias Económicas.

Rodríguez, R. U. (2010). *Justicia transicional desde abajo y con perspectiva de género*.

Bogotá.: Centro de estudios de Derecho, Justicia y Sociedad–DeJusticia–UNIFEM.

Rosas, E. M. (2013). Conflictos interétnicos en la subregión del Bajo Atrato (Chocó) y ruptura de procesos comunitarios. *Criterio Jurídico Garantista*, 80-91.

Rural, M. d. (Enero de 2012). *ABC para jueces en materia de restitución de tierras*.

Obtenido de:

<https://www.restituciondetierras.gov.co/documents/10184/227457/ABC.pdf/96b6eb53-16c4-42bc-8a0f-8be383c05c58>

Unidad de Restitución de Tierras. (2014). *La restitución de tierras en Colombia: del sueño a la realidad*. Bogotá: Unidad de Restitución de Tierras.

Velez, M. A. (Abril 2009). Sistemas complejos de gobierno local. Reflexiones sobre la titulación colectiva en el Pacífico vallecaucano. *Revista de Estudios Sociales*, 74-85.