

La resolución de la controversia entre la propiedad registral y la propiedad ancestral en el sistema jurídico colombiano

The resolution of the controversy between registry property and ancestral property in the Colombian legal system

Autor: William Jiménez Gil

DOI: <https://doi.org/10.25058/1794600X.2466>

La resolución de la controversia entre la propiedad registral y la propiedad ancestral en el sistema jurídico colombiano*

The resolution of the controversy between registry property and ancestral property in the Colombian legal system

A resolução da controvérsia entre propriedade registral e propriedade ancestral no sistema jurídico colombiano

William Jiménez Gil^a

Fecha de recepción: 20 de junio de 2024
Fecha de revisión: 1 de agosto de 2024
Fecha de aceptación: 5 de agosto de 2024

DOI: <https://doi.org/10.25058/1794600X.2466>

Para citar este artículo:

Jiménez Gil, W. (2024). La resolución de la controversia entre la propiedad registral y la propiedad ancestral en el sistema jurídico colombiano. *Revista Misión Jurídica*, 17, (27), 187-206.

RESUMEN

El presente artículo efectúa un análisis de la propiedad registral reconocida en el Código Civil Colombiano y las normas que lo complementan, enfrentada a un nuevo tipo de propiedad reconocida por vía jurisprudencial de la Corte Constitucional Colombiana, denominada Propiedad Ancestral, estableciendo sus características, requisitos para ser reconocida, ámbito de aplicación y concluyendo que en el sistema jurídico colombiano la propiedad ancestral tiene prelación y una protección reforzada frente a la propiedad registral.

PALABRAS CLAVE

Propiedad; dominio; registro; posesión; propiedad registral; propiedad ancestral; propiedad privada; propiedad colectiva; uso; goce; disposición; consulta previa; inscripción; tradición.

* Artículo de reflexión.

a. Abogado de la Universidad Santo Tomás de Aquino, especialista en Derecho Comercial de la Universidad Externado de Colombia, Magister en Derecho Puro de la Universidad Nacional de Colombia, Doctor en Derecho de la Universidad Santo Tomás. Profesor Universitario en las maestrías de Derecho Comercial y Financiero de la Universidad Santo Tomás y de Derecho Comercial y de los Negocios de la Universidad Libre, actualmente se desempeña como Gerente de Litigios del Banco Davivienda.

ABSTRACT

This article analyzes registered property as enshrined in Colombian Civil Code and its complementary regulations, in the face of a new kind of ownership jurisprudentially acknowledged by Colombian Constitutional Court, called Ancestral Property. We establish its characteristics, requirements to be acknowledged, scope of application, so as to conclude that ancestral property has priority and a reinforced protection over registered property in Colombian legal system.

KEYWORDS

Property; control; registry; ownership; registered property; ancestral property; private property; collective property; use; usufruct; provision; prior consultation; registry; tradition.

RESUMO

Este artigo analisa a propriedade registrada, conforme prevista no Código Civil Colombiano e suas regulamentações complementares, em contraste com um novo tipo de propriedade reconhecido jurisprudencialmente pelo Tribunal Constitucional da Colômbia, denominado Propriedade Ancestral. São estabelecidas suas características, requisitos para reconhecimento e âmbito de aplicação, concluindo que a propriedade ancestral possui prioridade e proteção reforçada em relação à propriedade registrada no sistema jurídico colombiano.

PALAVRAS-CHAVE

Propriedade; controle; registro; posse; propriedade registrada; propriedade ancestral; propriedade privada; propriedade coletiva; uso; usufruto; provisão; consulta prévia; registro; tradição.

INTRODUCCIÓN

La resolución de la controversia entre la propiedad registral y la propiedad ancestral en la legislación colombiana es un tema complejo que pone en discusión dos modelos contrapuestos de entender y aplicar la noción de la propiedad raíz o inmobiliaria.

En la legislación colombiana, tanto la propiedad registral como la propiedad ancestral son reconocidas y protegidas. Sin embargo, en caso de conflicto, la decisión con base en la jurisprudencia de la Corte Constitucional (Sentencia T-601 de 2016) se ha orientado a darle un valor preponderante y de mayor peso a la propiedad ancestral por encima de la propiedad registral. En la práctica ha implicado que la seguridad jurídica que generaba la propiedad registral desaparezca ante la incertidumbre de que grupos indígenas, comunidades afrodescendientes o grupos de campesinos planteen derechos derivados de una propiedad ancestral colectiva, propongan ante los jueces prioridad respecto a los registros de propiedad inscritos en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos, y esto conduzca a que se dejen de reconocer derechos de propiedad inscritos en la Oficinas de Registro de Instrumentos Públicos.

Este artículo de reflexión pretende definir cada tipo de propiedad reconocida por la legislación colombiana, la propiedad registral enfrentada a la ancestral, establecer su evolución normativa, los requisitos para que se reconozcan y, fundamentalmente, por qué una propiedad tiene preponderancia sobre la otra y qué consecuencias genera.

LA PROPIEDAD REGISTRAL EN EL RÉGIMEN LEGAL COLOMBIANO

El artículo 669 del Código Civil, siguiendo muy de cerca la tradición francesa de la propiedad o dominio, la define como:

El dominio (que se llama también propiedad) es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella, no siendo contra ley o contra derecho ajeno.

La propiedad separada del goce de la cosa, se llama mera o nuda propiedad.

Se trata de un derecho real que permite a su titular obtener contra toda persona el respeto de una situación de privilegio que le asegura ventajas particulares, que es lo que (Ripert & Boulanger, 1987) denominan **oponibilidad absoluta**. Implica que quien funge como propietario de un inmueble, ejerce derechos plenos sobre ese

predio o fundo, esencialmente poder usar, gozar y disponer del inmueble, correlativamente conlleva que todas las demás personas deben respetar esos derechos y que frente a cualquier perturbación o limitación al dominio que sea contraria a la ley, el Estado garantizará y protegerá la propiedad privada.

La doctrina distingue tradicionalmente, los conceptos de dominio y propiedad:

El concepto ordinario de dominio se explica como “poder que uno tiene de usar y disponer libremente de lo suyo” y de propiedad como “Derecho o facultad de gozar y disponer de una cosa con exclusión del ajeno arbitrio y de reclamar la devolución de ella si está en poder de otro” coincide plenamente con el significado que jurídicamente se da a esos términos. (Arteaga, 1999, p. 27).

La propiedad registral se refiere a la propiedad de la tierra que está registrada oficialmente en el Registro de la Propiedad. Este registro proporciona una prueba legal de la propiedad y protege los derechos del propietario. Esto indica que, en Colombia, para demostrar que una persona es propietario de un inmueble debe aportar el certificado de libertad y tradición del predio donde aparezca inscrito como propietario, teniendo una cadena ininterrumpida de tradición.

En este sentido, el artículo 756 del Código Civil señala que:

Se efectuará la tradición del dominio de los bienes raíces por la inscripción del título en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos.

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, en Sentencia del 30 de julio de 1996, referencia 4514, precisó:

Esta consideración jurídica por sí sola le sigue prestando suficiente apoyo a la sentencia impugnada, pues, ciertamente, de acuerdo con los artículos 756 del C.C. y 70 del Decreto 1250 de 1970, la tradición del dominio de bienes raíces se efectúa “por la inscripción del título en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos”, y dicha inscripción debe cumplirse en la primera columna, destinada para anotar el propietario del inmueble como fruto del

registro del respectivo título de adquisición de propiedad.

El Libro IV, título XLIII, del Código Civil consagra el sistema “del registro de instrumentos públicos” (artículos 2637 a 2682). El título XLIII insta que el objeto del registro es servir de medio de tradición del dominio de los bienes raíces y de los otros derechos reales, es decir, identificar al propietario del inmueble. Así mismo, pretende dar publicidad a los actos y contratos, y ofrecer mayores garantías de autenticidad y seguridad a los títulos (art. 2637).

El artículo 2641 del estatuto civil, determinó que el Registrador de Instrumentos Públicos llevaría 3 libros: uno, para la inscripción de los títulos que trasladen, modifiquen, graven o limiten el dominio de los bienes; otro, para la inscripción de títulos actos y contratos que deban registrarse y que no estén contemplados en el libro anterior y, finalmente, un libro de anotación de hipotecas. Varias reformas legislativas han modificado el número de libros que debía llevar el registrador, de manera que se aumentó a tal punto que “la cantidad de libros que debían consultarse hacía dispendioso conocer la situación real de un inmueble y la expedición de certificados. El sistema de libros múltiples o sistema personal imperó hasta 1970” (Caicedo, 2001, p.p. 199-200)

Con la expedición de la Ley 40 de 1932, “sobre reformas civiles”, se pretendió modificar el sistema de registro y fortalecer la figura de la matrícula inmobiliaria para la propiedad en Colombia, buscando sistematizar la información inmobiliaria rural y urbana. Ahora bien, la Ley 40 de 1932 no derogó la regulación vigente hasta ese momento, lo que implicó que el sistema de libros múltiples se siguiera utilizando. En la práctica subsistieron dos modelos de registro de la propiedad, el previsto en el código civil basado en anotaciones individuales de libros y el establecido en la Ley 40 de 1932 basado en la matrícula inmobiliaria.

En Colombia, hasta la entrada en vigor del Decreto Ley 1250 de 1970, se presentaron duplicidad de registros, titulaciones paralelas donde a la vez sobre un mismo predio aparecieron dos o más propietarios y el problema más complejo, referente a predios que se traslapan por falta de claridad de los linderos, lo que implica que en Colombia se generen discusiones sobre quién es el verdadero y único propietario.

Como si todo lo atrás descrito no generara un sistema de registro de la propiedad inmobiliaria caótico y desordenado, la existencia de bienes baldíos que en los términos del artículo 675 del Código Civil hace referencia a los bienes de la Nación. Las tierras que estando situadas dentro de los límites territoriales y carecen de otro dueño, ha sido foco de conflictos por obtener la propiedad de la tierra, especialmente entre colonos, aparceros e invasores, especialmente impulsados por los grupos armados irregulares —guerrillas que pretenden tomarse el poder por las armas, grupos paramilitares que se oponen a estas guerrillas pero que se mezclan con bandas armadas de delincuencia común dedicadas a la minería ilegal o al narcotráfico—, lo que genera un convulsionado y problemático universo que no se ha resuelto. Esto, precisamente, por no desarrollarse en Colombia una verdadera y estructurada reforma agraria que dé solución al problema de la falta de títulos de propiedad en cabeza de los campesinos que explotan la tierra.

En ese sentido, el Decreto Ley 1250 de 1970 pretendió resolver los problemas de la coexistencia de dos sistemas paralelos de registro de la propiedad raíz en Colombia, y el artículo 79 estableció: “(...) la descripción del elemento jurídico en el catastro consistirá en la indicación de los derechos reales constituidos sobre los inmuebles, su situación y atestación, según los datos de la matrícula en el registro”. Adicionalmente se señaló la obligatoriedad de compartir información entre las oficinas de catastro municipal y la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos, “dentro de los primeros 10 días de cada mes”.

Sin embargo, solo hasta la entrada en vigor de la Ley 1579 de 2012 “*por la cual se expide el estatuto de registro de instrumentos públicos y se dictan otras disposiciones*”, se atacó formalmente el problema de la existencia de dos sistemas contrapuestos de registro de la propiedad raíz en Colombia. Es así como el artículo primero determinó la naturaleza del registro así: “El registro de la propiedad inmueble es un servicio público prestado por el Estado por funcionarios denominados Registradores de Instrumentos Públicos, en la forma aquí establecida y para los fines y con los efectos consagrados en las leyes”.

La misma ley estableció en su artículo segundo los objetivos básicos del registro de la propiedad inmueble a saber:

1. Servir de medio de tradición del dominio de los bienes raíces y de los otros derechos reales constituidos en ellos de conformidad con el artículo 756 del Código Civil;
2. Dar publicidad a los instrumentos públicos que trasladen, transmitan, muden, graven, limiten, declaren, afecten, modifiquen o extingan derechos reales sobre los bienes raíces;
3. Revestir de mérito probatorio a todos los instrumentos públicos sujetos a inscripción.

En el artículo tercero de la norma en mención, se establecieron los principios fundamentales de la actividad de registro, a saber:

- a. Rogación. Los asientos en el registro se practican a solicitud de parte interesada, del Notario, por orden de autoridad judicial o administrativa. El Registrador de Instrumentos Públicos sólo podrá hacer inscripciones de oficio cuando la ley lo autorice;
- b. Especialidad. A cada unidad inmobiliaria se le asignará una matrícula única, en la cual se consignará cronológicamente toda la historia jurídica del respectiva bien raíz.
- c. Prioridad o rango. El acto registrable que primero se radique, tiene preferencia sobre cualquier otro que se radique con posterioridad, aunque el documento haya sido expedido con fecha anterior, salvo las excepciones consagradas en la ley;
- d. Legalidad. Solo son registrables los títulos y documentos que reúnan los requisitos exigidos por las leyes para su inscripción;
- e. Legitimación. Los asientos registrales gozan de presunción de veracidad y exactitud, mientras no se demuestre lo contrario;
- f. Tracto sucesivo. Solo el titular inscrito tendrá la facultad de enajenar el dominio u otro derecho real sobre un inmueble salvo lo dispuesto para la llamada falsa tradición.

Para solucionar el problema anacrónico, de la traslación del sistema registral en Colombia, el doble registro sobre un mismo predio, el artículo 6º de la ley 1579 de 2012 unificó los dos sistemas existentes de registro y estableció:

ARTÍCULO 6o. UNIFICACIÓN DEL SISTEMA Y LOS MEDIOS UTILIZADOS EN EL REGISTRO DE INSTRUMENTOS PÚBLICOS. La información de la historia jurídica de los inmuebles que se encuentran en los libros múltiples o sistema personal, en el folio de matrícula inmobiliaria documental, en medio magnético y en el sistema de información registral; los índices de propietarios y de inmuebles **y los antecedentes registrales deben ser unificados utilizando medios magnéticos y digitales mediante el empleo de nuevas tecnologías y procedimientos de reconocido valor técnico para el manejo de la información que garantice la seguridad, celeridad y eficacia en el proceso de registro**, en todo el territorio nacional a través de una base de datos centralizada, para ofrecer en línea los servicios que corresponde al registro de la propiedad inmueble.

PARÁGRAFO 1o. La Superintendencia de Notariado y Registro podrá diseñar otros sistemas distintos a los enunciados de acuerdo al desarrollo tecnológico, cuando por razones del servicio se requiera.

PARÁGRAFO 2o. A partir de la entrada en vigencia de la presente ley, la Superintendencia de Notariado y Registro tiene un término de cinco (5) años para la sistematización o digitalización de la información contenida en los libros del Antiguo Sistema de Registro. (negrillas fuera de texto)

Puede concluirse que el sistema registral de propiedad en Colombia, dadas las problemáticas descritas, no ha cumplido cabalmente la función de otorgar seguridad y certeza jurídica a quienes alegan derechos de propiedad sobre la tierra. En este sentido es importante establecer que (en la medida en que la función registral esta encargada a funcionarios cuyo nominación no es técnica sino política), se ha prestado para que en determinados territorios del país: Costa Atlántica, Choco, Meta, Casanare, Vichada, Vaupés, Putumayo, por solo mencionar algunos, la tenencia de la tierra sea caldo de cultivo de conflictos; disputas por establecer quién es el

verdadero titular de la propiedad, pero en general los certificados de libertad y tradición no sean un documento que garantice de manera clara y contundente la condición de propietario, pues muchas veces estos documentos son expedidos mediando corrupción, sustentados en escrituras falsas o, peor aún, basados en resoluciones del antiguo Incora que no tienen un origen lícito.

Adicionalmente, nuestra Carta Política, en su artículo 58, establece que la propiedad privada tiene una función social y ecológica, y la edifica como derecho de todos que supone responsabilidades. El artículo reza del siguiente tenor:

Artículo 58. Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, **el interés privado deberá ceder al interés público o social.**

La propiedad **es una función social** que implica obligaciones. Como tal, le es inherente una función ecológica.

El Estado protegerá y promoverá las formas asociativas y solidarias de propiedad.

Por motivos de utilidad pública o de interés social definidos por el legislador, podrá haber expropiación mediante sentencia judicial e indemnización previa. Esta se fijará consultando los intereses de la comunidad y del afectado. En los casos que determine el legislador, dicha expropiación podrá adelantarse por vía administrativa, sujeta a posterior acción contencioso-administrativa, incluso respecto del precio" (negrillas fuera de texto).

La Corte Constitucional, en Sentencia C-595 de 1999 con ponencia de Carlos Gaviria Diaz, desplegando el contenido del citado artículo 58 de la Carta, señaló:

La función social de la propiedad presenta diversas y matizadas caracterizaciones, las cuales están determinadas por la naturaleza

de los bienes, su clase, y la entidad que es titular de los derechos que de ella emanan, así como también por la posición económica de las personas que la poseen. **La función social tiene, por una parte, el significado de moderar y restringir el alcance del derecho de propiedad, mientras que, por otra parte, le corresponde el de implicar una mayor afirmación de ciertas clases de propiedad.** (...) La propiedad, en tanto que derecho individual, tiene el carácter de fundamental, bajo las particulares condiciones que ella misma ha señalado. Justamente **los atributos de goce y disposición constituyen el núcleo esencial de ese derecho**, que en modo alguno se afecta por las limitaciones originadas en la ley y el derecho ajeno pues, contrario sensu, **ellas corroboran las posibilidades de restringirlo, derivadas de su misma naturaleza, pues todo derecho tiene que armonizarse con las demás que con él coexisten, o del derecho objetivo que tiene en la Constitución su instancia suprema.** Por esas consideraciones, la Corte procederá a retirar el término arbitrariamente (referido a los atributos del derecho real de propiedad en Colombia) del artículo 669 del Código Civil, demandado. (negrillas fuera de texto).

En este sentido, la propiedad privada y, especialmente la que recae sobre bienes inmuebles, no tiene un carácter absoluto, sino que se relativiza, en la medida en que al ser una función social, el interés general prima sobre los intereses particulares. Adicionalmente, en ejercicio de la interpretación dada por la Corte Constitucional (1999), ciertas modalidades de propiedad como, por ejemplo, la ancestral, puede y debe ser potenciada y recibir una protección reforzada, enfrentada a la clásica y formal propiedad registral, sin que esto implique una discriminación o un menoscabo de los derechos de los propietarios individuales inscritos en el Registro de Instrumentos Públicos. Lo anterior, pues se interpreta que la propiedad registral de carácter colectiva predicada en cabeza de las comunidades indígenas, los afrodescendientes y algunas asociaciones de campesinos, dada la atávica condición de discriminación y desconocimiento de sus derechos sobre la tierra, amerita un tratamiento diferencial que le dé preponderancia a esta modalidad de propiedad.

LA PROPIEDAD ANCESTRAL EN EL RÉGIMEN LEGAL COLOMBIANO

La propiedad ancestral se refiere a los derechos de las comunidades indígenas y afrodescendientes sobre las tierras que han ocupado tradicionalmente. Excepcionalmente se extiende a grupos de campesinos que demuestren que han ocupado inmemorialmente las tierras sobre las cuales ejercen posesión colectiva, pero respecto de las cuales no tienen un título de propiedad inscrito ante la oficina de registro de instrumentos públicos. En Colombia, este derecho está protegido por la Constitución, la ley y los tratados internacionales.

La Constitución Política de 1991, estructura las bases para reconocer una propiedad colectiva de rasgos diferentes a los de la propiedad registral, individual y formal.

El artículo 70 de la carta política reconoce la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana y sobre esta diversidad construye los principios de **inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad** de las tierras comunales de grupos étnicos y de las tierras de resguardo (CP, art. 63),

(...) donde conceptos de normas constitucionales como el artículo 329 (CP) facultan la conformación de entidades territoriales indígenas y reconocen los resguardos como territorios de propiedad colectiva no enajenable. Por estar íntimamente relacionado con la propiedad comunitaria de la tierra, se recoge la disposición constitucional del artículo 330 (CP), el cual condiciona la explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas a la conservación cultural, social y económica de estas comunidades y a la participación de los representantes de las respectivas colectividades en las decisiones que el Gobierno nacional adopte sobre dicha explotación (Delgado, 2016)

La Carta Política reconoce el derecho a la protección y respeto de la cultura y valores espirituales de los pueblos indígenas y afrodescendientes en relación con su **territorio**. Predica **la imprescriptibilidad, inembargabilidad e inalienabilidad** de los territorios colectivos de las comunidades étnicas; y el reconocimiento y protección efectiva del

derecho de propiedad y de posesión de las tierras que tradicionalmente han ocupado, así lo señalan los Artículos 13 y 14 del Convenio 169 de la OIT; 329 de la Constitución; y 4 y 6 de la Ley 70 de 1993.

El Convenio 169 de la OIT, en su artículo 14 establece expresamente que

(...) deberá reconocerse a los pueblos interesados **el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan**", luego de lo cual agrega que "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. (negritas fuera de texto).

Los artículos constitucionales 58, referente al deber del Estado de promover las formas asociativas y solidarias de propiedad; 63 que establece las garantías de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad para "las tierras comunales de los grupos étnicos y las tierras de resguardo"; y el 64, que aunque desde una perspectiva más genérica, habla del deber del Estado de "promover el acceso progresivo a la propiedad de la tierra de los trabajadores agrarios, en forma individual o asociativa"; constituyen el conjunto de principios de rango constitucional que sustentan la existencia de una propiedad colectiva sobre la tierra, que no se origina en un registro instrumental, sino que deviene de la tradición de los grupos indígenas y afrocolombianos e incluso de los campesinos que han explotado la tierra sin contar con un título de propiedad, de haber ocupado por centenas estos territorios y haber desarrollado en íntima relación con la posesión de la tierra, su cultura, su etnia y ser este un factor de cohesión para representarse como miembros de una misma unidad sociológica asentados en un territorio.

Los derechos territoriales de los pueblos afrodescendientes, negros, palenqueros o raizales se derivan concretamente del artículo 55 transitorio de la Constitución y de sus posteriores desarrollos legislativos y reglamentarios, a través de los cuales, se consagró la obligación de reconocer a las negritudes, el derecho fundamental a la propiedad colectiva de las tierras

ancestralmente ocupadas por ellas. Mandato cumplido con la Ley 70 de 1993 y el Decreto 1745 de 1995.

La Ley 89 de 1890, anterior a la Carta del 91, es el antecedente legislativo de los resguardos indígenas regulados por la Ley 160 de 1994; uniforma el acceso a la tierra por el mercado y lo relativo a los terrenos baldíos de propiedad de la nación. El capítulo XIV se refiere a los resguardos indígenas, su creación, ampliación y saneamiento, la distribución de estos territorios que tienen carácter comunitario entre los miembros del respectivo resguardo. La Ley 160 de 1994 compara la categoría de tierra comunitaria de grupos étnicos a las antiguas reservas indígenas (Ley 135 de 1961) y, mediante el Decreto Reglamentario 2164 de 1995, sistematiza la entrega y la titulación de tierras a las comunidades indígenas. Esta Ley y su decreto reglamentario reconocen por primera vez en la legislación colombiana, que la propiedad colectiva goza de las mismas prerrogativas y derechos de la propiedad privada y que, en caso de requerirse la realización de obras de infraestructura de interés nacional o regional en esos territorios, su construcción únicamente podrá efectuarse previa concertación con las autoridades de la comunidad indígena.

La Ley 70 de 1993 complementa el marco normativo donde se encuadra la propiedad colectiva que originará la propiedad ancestral, y regula el derecho a la propiedad colectiva de las tierras baldías ubicadas en las zonas rurales ribereñas de la cuenca del Pacífico, donde hay comunidades negras, que es el reconocimiento a otra modalidad de propiedad colectiva originada en ser los habitantes de estos territorios afrodescendientes. Esta ley regula la propiedad comunitaria, de la que excluye la propiedad sobre los recursos naturales de dichos territorios, asimismo asume gestionar la protección de la identidad cultural, y el desarrollo económico y social de los afrocolombianos.

El Decreto 2333 de noviembre 19 de 2014 busca proteger el derecho de posesión del territorio ancestral y/o tradicional, adopta medidas administrativas enderezadas a garantizar el goce efectivo de los derechos territoriales de los Pueblos Indígenas, mientras se adelantan los procesos de constitución, ampliación, saneamiento o reestructuración de resguardos indígenas. Incluye medidas conducentes a:

1. Proteger la posesión ancestral y/o tradicional.
2. Revocatoria directa de las resoluciones de adjudicación de baldíos a particulares donde estén establecidas comunidades indígenas.
3. Prevenir la adjudicación de tierras baldías a particulares, donde estén establecidas comunidades indígenas o afrodescendientes o que constituyen su hábitat, tierras que serán adjudicadas para la constitución de resguardos.
4. Suspensión de procesos policivos por parte del INCODER a solicitud de parte, siempre que haya una solicitud de ampliación, constitución, saneamiento o reestructuración de un resguardo, hasta tanto se culmine el proceso de titulación.
5. Titulación y demarcación de los territorios de los Pueblos Indígenas en situación de aislamiento.
6. Crear una coordinación interinstitucional para unificar información relacionada con el predial de los territorios indígenas y aspectos poblacionales.

La propiedad ancestral en Colombia está regulada principalmente en el contexto de los derechos de los pueblos indígenas y afrodescendientes a sus territorios tradicionales. Según el Decreto 1071 de 2015, la posesión del territorio tradicional y/o ancestral de los pueblos indígenas se entiende como la ocupación y relación ancestral y/o tradicional que estos mantienen con sus tierras y territorios, de acuerdo con sus usos y costumbres. Esta posesión tradicional y/o ancestral debe ser probada mediante procesos y procedimientos específicos incluidos en el decreto, y el Estado tiene la obligación de reconocerla mediante acto administrativo registrado, mientras se tramita la expedición del título de propiedad colectiva (Sentencia T-530-2016).

Además, el Decreto 1071 de 2015 establece un sistema de coordinación interinstitucional para la unificación de información predial de los territorios indígenas, con el fin de garantizar la seguridad jurídica sobre la propiedad colectiva indígena. Este sistema está integrado por varias entidades gubernamentales y tiene como resultado la creación de un sistema de información administrado por el Ministerio del Interior.

La Corte Constitucional de Colombia ha reconocido el derecho a la propiedad colectiva de la tierra por parte de los pueblos indígenas y afrodescendientes, destacando la importancia de los territorios para la subsistencia y la integridad de la identidad étnica y cultural de estas comunidades. Este derecho es considerado fundamental y está protegido tanto por la Constitución Política de Colombia como por instrumentos internacionales, como el Convenio 169 de la OIT.

En el caso de las comunidades afrodescendientes, la Universidad de Antioquia ha argumentado ante la Corte Constitucional que estas comunidades deben recibir una protección similar a la de las comunidades indígenas en cuanto a su autonomía y autodeterminación cultural y de costumbres, y que la normativa no debe discriminar entre los dos grupos en el reconocimiento y protección de sus prácticas ancestrales.

Finalmente, la Corte Constitucional ha enfatizado que la posesión ancestral del territorio, más que los títulos otorgados por el Estado, constituye el fundamento del derecho a la propiedad de los pueblos indígenas. Además, ha señalado que la tardanza en la titulación constituye una violación a este derecho preexistente y que se debe tener especial precaución frente a comunidades que han sido víctimas de despojo y desplazamiento.

ELEMENTOS QUE CONFIGURAN LA PROPIEDAD ANCESTRAL

Los elementos que configuran la propiedad ancestral en Colombia, según la jurisprudencia y la normatividad aplicable, incluyen varios aspectos clave que reflejan la relación especial y colectiva que tienen los pueblos indígenas y tribales con sus tierras y territorios ancestrales. Estos elementos son:

1. “Recuperación de Tierras Ancestrales”:

La jurisprudencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) establece que el punto de partida para la demarcación y titulación de tierras debe ser la recuperación de las tierras ancestrales de los pueblos indígenas. Esto implica que la existencia de tradiciones legítimas de propiedad y títulos

registrados no justifica la falta de reconocimiento del derecho a la propiedad y recuperación territorial de los pueblos indígenas y tribales y así lo reconoce la corte constitucional colombiana (Sentencia T-530-2016).

2. “Inalienabilidad, Imprescriptibilidad e Inembargabilidad”:

La Constitución colombiana establece que las tierras de resguardo y las tierras comunales de grupos étnicos son inalienables, imprescriptibles e inembargables, lo que significa que no pueden ser vendidas, perdidas por el paso del tiempo, ni sujetas a embargo (Sentencia T-530-2016).

3. “Propiedad Colectiva”:

Los resguardos son de propiedad colectiva y no enajenable, lo que refleja la naturaleza colectiva de la propiedad ancestral y su diferencia con la propiedad privada individual (Sentencia T-530-2016).

4. “Reconocimiento de Formas Consuetudinarias”:

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha señalado que históricamente se ha discriminado a los pueblos indígenas al no reconocer sus formas consuetudinarias de posesión y uso de las tierras. Por lo tanto, los Estados deben establecer mecanismos legales para proteger el derecho a la propiedad comunal de los pueblos indígenas y tribales (CIDH - Compendio Igualdad No Discriminacion.pdf pag.110).

5. “Relación Especial con la Tierra”:

Los pueblos indígenas y afrodescendientes tienen una relación especial, colectiva y multidimensional con la tierra y el territorio, que es integral a su cultura, espiritualidad y subsistencia (JEP - Auto SRVR ADHC 03 05 julio 2023.pdf pág., 559).

6. “Derecho a la Libre Determinación”:

La CIDH reconoce la relación directa entre la libre determinación y los derechos sobre la tierra y los recursos naturales, lo que implica que los pueblos indígenas y tribales tienen el derecho a determinar libremente y disfrutar su propio

desarrollo social, cultural y económico (CIDH - Informe anual 2022.pdf pag,2097).

7. “Ancestralidad como Título de Propiedad”:

La Corte Constitucional de Colombia ha explicado que la posesión ancestral del territorio constituye el fundamento del derecho a la propiedad para los pueblos indígenas, más allá de los títulos formales que concede el Estado (Sentencia T011-2019.pdf pag, 41).

8. “Consulta Previa”:

Cuando un programa, proyecto, política, plan o medida afecta el territorio de los pueblos indígenas, se debe realizar una consulta previa, ya que cualquier medida que incida en un derecho de los pueblos indígenas o que impacte su modo de vida requiere su participación y consentimiento.

Estos elementos reflejan un enfoque que reconoce y protege la propiedad ancestral como un derecho colectivo, culturalmente arraigado y esencial para la identidad y supervivencia de los pueblos indígenas y tribales.

La regulación de la propiedad ancestral en Colombia ha experimentado un cambio significativo, especialmente después de la Constitución de 1991, que marcó un cambio de paradigma legal en el reconocimiento de la identidad étnica y cultural de las comunidades afrodescendientes y otras minorías étnicas en Colombia. Antes de esta Constitución, la propiedad era un derecho generalmente inaccesible para los afrodescendientes, y cualquier derecho de propiedad que pudieran tener era susceptible de ser desconocido tanto por el Estado como por particulares sin mayores consecuencias (Sentencia T-601 de 2016). Posteriormente, la legislación se ha enfocado en legalizar la posesión de tierras baldías habitadas por colectividades afrodescendientes, reconociendo la ocupación colectiva de las comunidades negras como grupo étnico y ordenando la titulación colectiva de los terrenos que ocupan con sus prácticas tradicionales de producción (Sentencia T-117 de 2017). Además, la titulación colectiva impone a los titulares un conjunto de obligaciones en materia ambiental, buscando la conservación y protección de ecosistemas frágiles y especies amenazadas o en peligro de extinción (Sentencia T-117 de 2017).

En cuanto a los pueblos indígenas, la regulación incluye el reconocimiento de su identidad cultural y la protección de su territorio ancestral, que va más allá del título de propiedad y abarca la relación espiritual y ancestral con la tierra, donde desarrollan sus actividades culturales, religiosas y económicas de acuerdo con sus tradiciones y costumbres (Sentencia T-005 de 2016). El Estado tiene el deber de proteger a estas comunidades frente a perturbaciones y adoptar medidas para evitar que conductas de particulares afecten sus derechos, siendo la consulta previa el mecanismo idóneo para garantizar la protección de sus territorios ancestrales. El reconocimiento de las comunidades indígenas y la protección de sus territorios ancestrales se realiza a través de estudios etnológicos en campo, liderados por la Dirección de Asuntos Indígenas, Rom y Minorías del Ministerio del Interior, que caracterizan etnográficamente la organización interna de las comunidades y exploran su relacionamiento externo (Sentencia T-739 de 2001). En términos generales, la propiedad ancestral en Colombia se regula a través de un marco legal que reconoce y protege los derechos territoriales de las comunidades afrodescendientes e indígenas, asegurando su identidad cultural y la conservación de sus prácticas tradicionales y ecosistemas.

LA CONSULTA PREVIA

La figura de la consulta previa, señalada en el artículo 103 de la Carta Política de 1991 como una de las formas de participación democrática, se establece como requisito previo en la explotación de la tierra y del subsuelo, especialmente cuando se trata de la exploración y sísmica en la industria de hidrocarburos y la explotación minera que afecte los territorios de propiedad comunitaria de indígenas y comunidades negras. Para reglamentar la consulta previa, se emitió la Ley 21 de 1991, la cual aprueba el Convenio 169 de la OIT sobre pueblos indígenas y tribales adoptado en Ginebra en 1989 siendo este parte integrante del bloque de constitucionalidad. Con esta ley, el Estado colombiano se compromete a fomentar la participación de los pueblos indígenas y tribales en las decisiones legislativas o administrativas que los afecten y a procurar llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento de dichos pueblos sobre las medidas propuestas por el Estado.

En este mismo orden de ideas la Ley 99 de 1993, protegiendo el medio ambiente, señala

que la explotación de los recursos naturales no puede realizarse en desmedro de la integridad social, cultural y económica de las comunidades indígenas y negras tradicionales.

El Decreto 1320 de 1998 establece el procedimiento requerido para llevar a cabo la consulta previa y se precisa que el objeto de esta es, analizar el impacto económico, social, ambiental y cultural de la explotación de recursos naturales dentro del territorio de la comunidad indígena o negra, bien sea que éste se encuentre titulado conforme a la normatividad vigente o que, sin estarlo, se halle habitado por dichas comunidades.

El Decreto 2363 de 2015 *“Por el cual se crea la Agencia Nacional de Tierras, ANT, y se fija su objeto y estructura”*, prevé en su artículo 26 que corresponde a dicha entidad a través de la Dirección de Asuntos Étnicos, concertar con las comunidades indígenas el plan de atención a las comunidades étnicas, entre otros, lo referente a los programas de titulación colectiva, constitución, ampliación, saneamiento y restructuración de resguardos.

El artículo 2.14.20.2.1. del mencionado decreto dispuso la creación de un sistema de coordinación interinstitucional para la unificación de la información predial de los territorios indígenas, integrado por:

1. Ministerio del Interior;
2. Ministerio Agricultura y Desarrollo Rural;
3. Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible;
4. Instituto Geográfico Agustín Codazzi (IGAC);
5. Superintendencia de Notariado y Registro;
6. Instituto Colombiano de Desarrollo Rural – Incoder (ahora la Agencia Nacional de Tierras ANT);
7. Comisión Nacional de Territorios Indígenas.

Para tales efectos, tendrán en cuenta los aspectos relacionados con el territorio, población, georreferenciación, registros catastrales, resguardos constituidos, solicitudes de constitución, ampliación y saneamiento, resguardos de origen colonial o republicano, posesión ancestral y/o tradicional de los pueblos y comunidades indígenas. Como resultado de los trabajos adelantados por este sistema de

coordinación, se creará un sistema de información con todas las variables mencionadas, y las que identifique, que administrará el Ministerio del Interior. Los contenidos servirán para ser consultados en todas las actuaciones administrativas de las instituciones públicas en relación con los territorios indígenas.

En el artículo 2.14.20.3.1. se explica el procedimiento para adelantar la medida de protección de la posesión de territorios ancestrales y/o tradicionales, el cual comprende las siguientes etapas:

ARTÍCULO 2.14.20.3.1. PROCEDIMIENTO DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN DE LA POSESIÓN DE TERRITORIOS ANCESTRALES Y/O TRADICIONALES. El procedimiento para adelantar la medida de protección de la posesión de territorios ancestrales y/o tradicionales será el siguiente:

1. Solicitud: El trámite se iniciará de oficio por el Incoder, o a solicitud del Ministerio del Interior, de otra entidad pública, de la comunidad indígena interesada, a través de su cabildo o autoridad tradicional, o de una organización indígena.

La solicitud de protección de la posesión de territorios ancestrales y/o tradicionales deberá acompañarse de una información básica relacionada con la ubicación, vías de acceso, un croquis del área a proteger, el número de familias que integra la comunidad y la dirección donde recibirán comunicaciones y notificaciones.

Esta solicitud podrá presentarse junto con la solicitud de constitución de resguardos de que trata el artículo 2.14.7.3.1 y siguientes del presente decreto.

2. Validación de la información y apertura de expediente: Recibida la solicitud por el Incoder y revisados los documentos aportados, dentro de un término no mayor a 20 días se procederá a abrir un expediente, al cual se le asignará una numeración. Dicho expediente contendrá las diligencias administrativas adelantadas en el presente procedimiento. El Incoder revisará si adicionalmente existe una solicitud de procedimientos de constitución, ampliación, saneamiento de resguardos

o clarificación y/o reestructuración de la vigencia legal de los títulos de origen colonial o republicano y podrá usar esta información para el procedimiento de protección del objeto del presente título.

3. Una vez se realice la solicitud y abierto el expediente de protección de los territorios ancestrales y/o tradicionales de los pueblos indígenas, el Incoder expedirá inmediatamente una Certificación de Apertura de Expediente e Inicio de Proceso de Protección, la cual será notificada a la comunidad y a quien esta lo solicite.

4. En caso de que existan estudios socioeconómicos y levantamientos topográficos adelantados dentro de los procedimientos de constitución, ampliación, saneamiento, o reestructuración de resguardos de origen colonial o republicano que hayan avanzado, el Incoder podrá emitir inmediatamente la medida de protección basado en la información y estudios que reposen en dichos expedientes.

5. El Incoder emitirá un auto donde se determinen los responsables, funcionarios, y fechas para realizar la visita técnica tendiente a recopilar la información para la elaboración del estudio socioeconómico y levantamiento topográfico. El auto que ordena la visita se comunicará al Procurador Agrario, a las comunidades ocupantes interesadas y a quien hubiese formulado la solicitud. También se notificará personalmente a los titulares de derechos inscritos en los folios de matrícula inmobiliaria y se fijará un edicto que contenga los datos esenciales de la petición en la secretaría de las alcaldías donde se halle ubicado el territorio ancestral y/o tradicional, por el término de diez (10) días, a solicitud del Incoder, el cual se agregará al expediente.

6. Visita técnica: En la visita técnica se levantará un acta suscrita por las autoridades indígenas y funcionarios y las personas que han intervenido en ella, la cual deberá contener los siguientes datos: a) Ubicación del territorio, b) Linderos generales, c) Área aproximada, d) Número de habitantes que hacen parte de la comunidad, e) Número de colonos o terceros establecidos, indicando el área aproximada que ocupan y la explotación

que adelantan. La visita deberá realizarse en un plazo no mayor a 12 meses después de emitido el auto. En los casos en que exista riesgo de despojo territorial, la visita se hará con carácter urgente y prioritario.

7. Entrega de estudio socioeconómico y levantamiento topográfico. Dentro de los 30 días hábiles siguientes a la culminación de la visita técnica, el Incoder elaborará el estudio socioeconómico y levantamiento topográfico con su plano correspondiente. Se compulsará copia del mismo a la comunidad respectiva y se realizará socialización cuando esta lo requiera.

8. Expedición de la resolución de protección provisional de la posesión del territorio ancestral y/o tradicional: con base en el estudio socioeconómico y levantamiento topográfico, el Incoder expedirá, en un plazo no mayor a 15 días siguientes a la elaboración de este, una resolución motivada decidiendo sobre el reconocimiento y protección provisional de la posesión del territorio ancestral y/o tradicional. **En caso de que resulte procedente tal reconocimiento y protección, en la misma resolución se solicitará a las Oficinas de Registro de Instrumentos Públicos la inscripción de la medida provisional en los folios correspondientes. En los casos en que no existan folios de matrícula inmobiliaria se solicitará la apertura inmediata de uno nuevo a nombre del Incoder, con la anotación provisional respectiva de su carácter de territorio ancestral y/o tradicional indígena,** en favor de la respectiva comunidad, así como la inscripción de la mencionada resolución.

Si el Incoder constata que existe superposición de ocupaciones o de posesiones entre pueblos y comunidades indígenas, la medida de protección se extenderá a todas ellas. En todo caso, se entenderá que el acto administrativo de protección tiene carácter provisional, sujeto por ende a la titulación definitiva de la propiedad colectiva que realice el Incoder mediante el acto administrativo correspondiente, de conformidad con la legislación vigente.

PARÁGRAFO 1o. En expedientes de procesos de clarificación de vigencia de los títulos de origen colonial o republicano que hayan avanzado y en cuyos folios repose un estudio socioeconómico este podrá ser tomado como insumo para la medida de protección de territorio ancestral y/o tradicional.

PARÁGRAFO 2o. En virtud de las medidas provisionales de protección señaladas, los notarios y registradores de instrumentos públicos, así como los funcionarios del Incoder, adoptarán las medidas propias de su competencia para evitar cualquier acción de adjudicación de los predios cobijados por la medida de protección, a personas o comunidades distintas a las cobijadas por la misma. La omisión del cumplimiento de sus funciones acarreará las sanciones a que haya lugar de acuerdo con la normatividad vigente.

PARÁGRAFO 3o. A partir de la presentación de la solicitud de ampliación, constitución o saneamiento de resguardos o de reestructuración de títulos de origen colonial y/o republicanos, o de la solicitud de protección de posesión de los territorios ancestrales y/o tradicionales, el Incoder a petición de parte, podrá solicitar al inspector de policía de la jurisdicción correspondiente, la suspensión de los procesos policivos que se adelanten en tierras pretendidas en estos procedimientos, hasta tanto se culmine el proceso de titulación. (negrillas fuera de texto)

Las normas enunciadas resultan reforzadas por una serie de sentencias dictadas por la Corte Constitucional que reconocen la existencia en el derecho colombiano de la propiedad colectiva originada en la identidad étnica de los pueblos indígenas y afrodescendientes.

JURISPRUDENCIA QUE RECONOCE LA PROPIEDAD ANCESTRAL

En la Sentencia C-169 de 2001, en la cual se estudió la definición legal de comunidades afrodescendientes consignada en el artículo 2° de la Ley 70 de 1993, la Corte Constitucional indicó:

Esta definición, así como el establecimiento de un régimen especial de protección de la cultura e identidad de tales comunidades, constituyen tan sólo el **reconocimiento jurídico de un proceso social que ha**

cobrado fuerza en años recientes, y que es ampliamente observable en varias regiones del país, a saber, la consolidación de un grupo poblacional que se autodenomina "negro", a partir de distintos tipos de organizaciones locales que, partiendo de la base de unas condiciones compartidas de existencia y de una creciente identidad colectiva, han resuelto darse a la tarea de promover mancomunadamente la defensa de sus intereses, históricamente desconocidos, cuando no vulnerados frontalmente, por la sociedad mayoritaria.

Se trata, así, de un actor social emergente, no en el sentido de ser un fenómeno exclusivo de esta época -puesto que **las comunidades negras se comenzaron a configurar desde los primeros tiempos de la esclavitud en nuestro país**, cuando se establecieron los "palenques", pueblos de esclavos fugitivos o "cimarrones", y se sentaron las bases para lo que hoy aparece como una cultura propia-, sino en cuanto se trata de un grupo que sólo en las últimas décadas ha podido asumir la tarea de organizarse más allá del ámbito local o regional. (negrillas fuera de texto).

La Sentencia T-909 de 2009, estudió la procedencia de una acción de tutela instaurada por la Comunidad Afrodescendiente de la Cuenca del Río Naya, por la cual buscaba la protección a su derecho al debido proceso administrativo, que fue quebrantado por la dilación injustificada en decidir sobre la titulación colectiva de una propiedad ancestral, cuya solicitud llevaba más de 10 años tramitándose, en dicho fallo señaló la Corte Constitucional:

La jurisprudencia constitucional ha hecho hincapié en la necesidad de que la Administración actúe de manera diligente y sin dilaciones injustificadas, así como en lo imperioso que resulta que responda de fondo las peticiones elevadas por los ciudadanos y por las ciudadanas. Ha acentuado, de la misma manera, que cuando las entidades estatales se han abstenido de dictar las medidas indispensables para obtener una protección inmediata y eficaz de los derechos constitucionales fundamentales y han mantenido en el tiempo la vulneración negándose a aplicar las normas legales y reglamentarias pertinentes, **procede el**

amparo en sede de tutela así todavía no se hayan agotado los mecanismos ordinarios de protección. (negrilla fuera de texto)

La Sentencia T-011/19 de la Corte Constitucional es importante porque, por primera vez, reconoce que existiendo conflicto ente una propiedad registral individual y una propiedad ancestral colectiva, prima la segunda; en este caso, una comunidad indígena, la comunidad indígena Mokaná, consideró que su derecho al debido proceso estaba siendo vulnerado, ya que estaban siendo despojados de las tierras que tradicionalmente habían ocupado. La Corte Constitucional amparó el derecho fundamental al debido proceso y dejó sin efectos las sentencias dictadas por los Juzgados Civiles del Circuito de Barranquilla, en las que se declaró la prescripción extraordinaria de dominio en cabeza de colonos blancos. La corte precisó:

Con todo, la Sala encuentra en el caso sub examine que el proceso de clarificación solicitado por la comunidad indígena Mokaná del Resguardado Colonial de Tubará, Puerto Colombia, Bajo Ostión, Juarúco, Morro Hermoso, Puerto Caimán, Corral de San Luis, Cuatro Bocas y Guaimaral ha tomado un tiempo irrazonable al pasar 20 años desde que dicha comunidad radicó la documentación pertinente ante el Ministerio del Interior (asuntos indígenas) y el INCORA (ahora ANT), para iniciar la petición de los estudios de revisión de los linderos del resguardo, sin que a la fecha se le hubiera dado trámite alguno.

La Sentencia T-680 de 2012 ordena al INCODER resolver la solicitud de titulación colectiva y se dictamina que hasta que dicha solicitud no se resuelva, se suspende la celebración de nuevos contratos de usufructo y arrendamiento con poseedores privados sobre los terrenos de las Islas, así como la prórroga o adición de los que ya han sido celebrados amparando el derecho del Consejo Comunitario de Comunidades Negras de la Unidad Comunera de Gobierno Rural de Isla del Rosario – Caserío Orika, en dicho fallo se precisó:

Adicionalmente, en el caso de la realización de proyectos de exploración y explotación de recursos naturales y/o de la construcción de obras públicas en áreas total o parcialmente coincidentes con el territorio de comunidades indígenas (y/o afrodescendientes, según lo

ha precisado la jurisprudencia), el párrafo del artículo 330 superior prevé de manera específica la necesidad de proteger la integridad cultural de aquéllas, razón por la cual este principio ha sido fundamento esencial de varias de las más importantes decisiones en las que esta corporación ha tutelado los derechos de estas colectividades frente a la amenaza resultante de ese tipo de proyectos, ordenando en la mayoría de los casos la previa realización de consultas con las comunidades afectadas.

Por otro lado, en la Sentencia T-485 de 2015, un grupo de ciudadanos promovieron tutelas — de forma separada—, con el objeto de obtener el amparo de los derechos fundamentales que el Ministerio del Interior, el Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo (FONADE), la Alcaldía de Cartagena de Indias y la Defensoría del Pueblo les habrían vulnerado a la Asociación de Trabajadores del Turismo de Playa Blanca (Asotuplab) y al Consejo Comunitario de Negritudes de Playa Blanca. Esto al excluirlos del proceso de consulta previa relativo a la ejecución de un proyecto turístico y hotelero que la empresa Playa Blanca Barú S.A.S estaría realizando en sus territorios. En esta Sentencia la Corte Constitucional reiteró que:

Las comunidades étnicas son titulares de derechos fundamentales específicos, que deben ser especialmente protegidos en razón de considerarse como sujetos de especial protección constitucional. Esta comprobación ha llevado a la Corte a definir un grupo de derechos de las comunidades diferenciadas, todos ellos relacionados con la preservación de su diversidad étnica y cultural, así como los demás derechos fundamentales que se adscriben a sus miembros.

En todo caso, la Corte recalca que la protección que se otorga a las comunidades indígenas y especialmente a los afrodescendientes, no obedece a un criterio de raza, sino que se justifica en la consideración de ser grupos étnicos que históricamente han estado marginados, se encuentran en estado de debilidad y por ende ameritan una protección especial. En este sentido, la Sentencia C-169 de 2001, señaló:

En este punto es importante aclarar que ni las acciones afirmativas, ni los reconocimientos jurídicos que se otorgaron a las comunidades

afrodescendientes a partir de la Constitución de 1991, tienen como fundamento el criterio “raza”. Así esta Corte precisó **que “el reconocimiento de derechos especiales a las comunidades negras no se hace en función de su “raza”,** puesto que ello implicaría presuponer que, en un país con un grado tan alto de mestizaje como lo es Colombia, existen aún “razas puras”, lo cual es a todas luces inaceptable, y llevaría a efectuar futuras distinciones (odiosas) entre quiénes se deben considerar de “raza negra” y quiénes no, para efectos de acceder a los beneficios que otorga esta ley; con ello, se retrotraería al Estado colombiano a la época de las grandes clasificaciones coloniales basadas en los distintos grados de mezcla de sangres, que sustentaban un verdadero sistema de castas excluyentes, algo frontalmente incompatible con una democracia constitucional. Por ese motivo, debe quedar claro que **los derechos colectivos de las comunidades negras en Colombia son una función de su status en tanto grupo étnico, portador de una identidad propia que es digna de ser protegida y realzada, y no del color de la piel de sus integrantes.** (Negrillas fuera de texto)

Para la Corte Constitucional colombiana (Sentencia T-188 de 1993), el territorio indígena es el lugar donde los grupos étnicos ejercen el derecho fundamental de propiedad colectiva. Como hemos descrito, al coexistir multiplicidad de reglas en relación con una misma institución la propiedad, no se obtiene la unidad suficiente para que la propiedad comunitaria de la tierra evolucione hacia la propiedad privada. A partir de la Ley 89 de 1890, se buscó la disolución de los resguardos y la liberalización de dichas tierras. Adicionalmente, tanto la Ley 200 de 1936 como la 135 de 1961 fomentaron el desarrollo de la producción agrícola entregando la tierra al sector campesino, en menoscabo de la propiedad indígena y comunitaria de la tierra, pues en la cosmovisión de los indígenas, el concepto de explotación económica de la tierra no es una prioridad. Esto explica por qué el Incora titulaba colectivamente las tierras recuperadas, en cabeza de las cooperativas de campesinos, que buscaba que dichas tierras no fueran incorporadas formalmente a los resguardos indígenas. Sin embargo, los viejos comuneros continuaron manteniendo sus modalidades de

vida comunitaria, aunque la parcelación efectuada por el Estado les hubiera impuesto un sistema de propiedad privada.

La Sentencia T-601 de 2016 por medio de la cual la señora Edelmira Ortega de Marrugo, en calidad de integrante de la Comunidad de Copropietarios de la Hacienda Arroyo Grande, que a finales del siglo XIX fue una hacienda de esclavos libertos por sus amos españoles, quienes además de otorgarles la libertad, les registraron mediante escritura pública, la propiedad colectiva de la tierra a 113 familias, presentó acción de tutela en contra de la Procuraduría General de la Nación, el Ministerio del Interior, el Instituto Colombiano para el Desarrollo Rural INCODER, la Inspección de Policía de Arroyo Grande, la Personería Distrital de Cartagena y demás autoridades que sistemáticamente negaron los derechos sobre estas tierras, pese a contar con una escritura pública debidamente registrada, alegando que los predios habían sido adjudicados y registrados a varios colonos blancos. La Corte consideró que en este caso se presentó una vulneración de los derechos de petición y al debido proceso administrativo debido a la dilación injustificada en el trámite de las solicitudes de clarificación de la propiedad y de titulación colectiva efectuadas por miembros de la comunidad de copropietarios y/o por los Consejos Comunitarios de La Europa, Arroyo Grande y Amanzaguapos. En esta sentencia la Corte señala:

(...) a partir de la Constitución de 1991, el Estado colombiano “reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la nación”. Manifestación que parte del entendimiento de que **la pérdida de la historia y la identidad multicultural, si bien afecta mayoritariamente a los grupos étnicos, implica a su vez la pérdida de identidad para todos los colombianos como tal**”.

(...) Esa circunstancia propia, no sólo fue advertida por el constituyente colombiano, sino que tuvo expresa mención en el Convenio 169 de la OIT, cuando indicó que “... 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 ocupen o utilicen de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación”.

Siguiendo con lo estipulado en el Convenio, su artículo 14 establece directamente que **“deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan”**, luego de lo cual agrega que “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. (negrilla fuera de texto)

En todos estos fallos, se recalca que los Consejos Comunitarios son titulares de derechos como colectividades y son merecedores de especial protección constitucional, debido a su importante papel en la recuperación y fortalecimiento cultural de la identidad indígena y afrocolombiana, enfatizando que este tipo de organizaciones tienen un notable valor como quiera que este tipo de procesos organizativos han sufrido demoras y retrasos generados por la ya referida discriminación estructural.

Estos casos muestran cómo los tribunales colombianos han abordado la controversia entre la propiedad registral y la propiedad ancestral, reconociendo los derechos de las comunidades indígenas y tomando medidas para proteger su propiedad ancestral. Sin embargo, cada caso es único y puede requerir un enfoque diferente dependiendo de las circunstancias específicas.

En algunos casos, las sentencias judiciales han favorecido a las comunidades indígenas que reclamaban la usurpación de tierras, haciendo referencia a las propiedades ancestrales y los derechos de las comunidades indígenas de poseer personalidad jurídica y tierras comunales (Astudillo, 2018).

En el derecho internacional, la propiedad ancestral igualmente se reconoce como un hecho que debe producir consecuencias jurídicas en los Estados. Esta propiedad ancestral se refiere a la posesión de tierras y territorios por parte de los pueblos indígenas desde tiempos inmemoriales (Astudillo, 2018).

Sin embargo, puede haber discordancia entre el Registro de la Propiedad y la realidad jurídica extra registral (CIDH, 2007).

Es importante tener en cuenta que cada caso puede tener particularidades y puede requerir la intervención de expertos legales para su resolución.

En caso de conflicto entre la propiedad registral y la propiedad ancestral, los tribunales colombianos han tendido a favorecer el reconocimiento de la propiedad ancestral. Por ejemplo, en la Sentencia T-387 de 13, la Corte Constitucional de Colombia amparó el derecho fundamental al debido proceso de una comunidad indígena que estaba siendo despojada de las tierras que tradicionalmente había ocupado. La Corte en el fallo aludido señaló:

El territorio de los pueblos indígenas y tribales tiene una protección reforzada en el Convenio 169, al cual le dedica un Capítulo. Al respecto, establece que los Estados partes se encuentran especialmente obligados a respetar el carácter colectivo de los territorios de estos pueblos (art. 13). Así como el lugar “especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras”. El Convenio 169 también reconoce la especial relación que hay entre la pervivencia de los pueblos indígenas y tribales y su territorio, al establecer que se deberá garantizar “la asignación de tierras adicionales a dichos pueblos cuando las tierras de que dispongan sean insuficientes para garantizarles los elementos de una existencia normal o para hacer frente a su posible crecimiento numérico” (art. 19 a.). Y consagra el derecho de los pueblos a decidir el proceso de desarrollo que afecte a las tierras que ocupan (art. 7.1). También establece que la protección de la propiedad no se limita a las tierras habitadas por los pueblos ya que 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” (art. 14). En suma, el Convenio 169 contempla una especial preocupación por proteger los territorios indígenas, los cuales se encuentran relacionados muy especialmente con su pervivencia colectiva y

con su cosmovisión. Para tal fin, el Convenio establece: (i) la obligación del Estado de proteger el territorio colectivo contra actos de terceros, (ii) el deber de consultar las medidas que afecten su territorio; (iii) y que su propiedad debe comprender bajo ciertas circunstancias un territorio mucho más amplio del que habitan.

LOS PROCESOS DE CLARIFICACIÓN DE LA PROPIEDAD EN COLOMBIA

De conformidad con el artículo 48 de la Ley 160 de 1994, el procedimiento de clarificación de la propiedad tiene como objeto determinar si unas tierras han salido o no del dominio del Estado; el inicio del procedimiento puede llevarse a cabo de oficio por el INCODER (hoy en día la Agencia Nacional de Tierras ANT), o por solicitud de los procuradores agrarios, otras autoridades, las comunidades u organizaciones campesinas, o cualquier otra persona natural o jurídica, quienes pueden además intervenir dentro del procedimiento.

Este procedimiento comienza con una etapa previa en la que el Instituto debe conformar un expediente con la información necesaria para identificar la situación física, jurídica, cartográfica, catastral, de ocupación y de explotación del inmueble. Para ello debe (i) solicitar a las autoridades competentes información sobre el inmueble; (ii) estudiar los documentos que presenten los presuntos propietarios, los que alleguen los interesados en que se adelante el proceso y los que obtenga de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 160 de 1994; y (iii) practicar una visita previa, si lo considera necesario.

Una vez surtida esta etapa, el INCODER (ahora Agencia Nacional de Tierras ANT) debe decidir qué tipo de procedimiento adelantará. Por ejemplo, si del análisis de títulos se infiere sin lugar a duda que el terreno en disputa es baldío –por no existir títulos que acrediten propiedad privada-, debe adelantarse el proceso de recuperación de baldíos, pero si existe duda sobre la propiedad del terreno, deberá adelantarse el de clarificación.

Si en la etapa previa se encuentra que existe mérito para iniciar el procedimiento debe expedirse la resolución inicial. Ésta debe ser inscrita en la respectiva Oficina de Registro de Instrumentos

Públicos para efectos de publicidad ante terceros; notificada al procurador ambiental y agrario, a los presuntos propietarios y quienes consideren tener derechos reales, a los propietarios de predios colindantes, entre otros; ejecutoriada la resolución inicial, las partes pueden solicitar y aportar pruebas. En la etapa probatoria, se debe practicar además una inspección ocular con intervención de peritos.

El artículo 51 *ibidem* señala que, en materia de procedimientos de clarificación, deslinde y recuperación de baldíos, el INCODER (ahora ANT) puede "... requerir de las Oficinas de Registro de Instrumentos Públicos, Catastrales, del Instituto Geográfico 'Agustín Codazzi' y demás dependencias del Estado, **toda la información que posean sobre la existencia de propietarios o poseedores de inmuebles rurales**, así como las fotografías aéreas, planos y demás documentos relacionados con los mismos". (Resaltado propio).

Finalmente, el artículo 48 de la Ley 160 dispone que para demostrar la propiedad en los procesos de clarificación, solamente es posible acreditar:

(...) el título originario expedido por el Estado que no haya perdido su eficacia legal, **o los títulos debidamente inscritos otorgados con anterioridad a la vigencia de esta Ley**, en que consten tradiciones de dominio por un lapso no menor del término que señalan las leyes para la prescripción extraordinaria. (negrilla fuera de texto)

Lo anterior, salvo que se trate de terrenos no adjudicables, que estén reservados o destinados para cualquier servicio o uso público, respecto de los cuales no es posible declarar el dominio privado.

El acto que da fin al procedimiento de clarificación debe determinar (i) la suficiencia o insuficiencia de los títulos de propiedad aportados por el particular que reclama dominio sobre el inmueble materia de controversia, así como (ii) si el bien se halla reservado o está destinado al uso público.

Una vez ejecutoriada la resolución final, el INCODER (ahora ANT) debe (i) remitir el acto administrativo a la Oficina de Registro para que se efectúe la respectiva inscripción; (ii) remitir copia

del acto al Instituto Geográfico Agustín Codazzi para que lleve a cabo la actualización de la cédula catastral.

Contra la resolución con que inicia el procedimiento en comento, de conformidad con el artículo 64 de la Ley 160, proceden el recurso de reposición por la vía gubernativa y las acciones contencioso-administrativas.

Contra la resolución que define el fondo, procede el recurso de reposición dentro de los cinco días siguientes a la notificación de esta. Finalmente, es posible interponer la acción de revisión en los 15 días hábiles siguientes a la ejecutoria de la resolución.

Los procedimientos agrarios descritos en esta ley se reglamentaron por los decretos 2663, 2664 y 2665 de 1994. Ese decreto fue reemplazado por el Decreto 1465 de 2013[104] (compilado en el Decreto Único Reglamentario 1071 de 2015).

CONCLUSIONES

La propiedad registral y la propiedad ancestral en el sistema jurídico colombiano son dos conceptos que se debaten en la legislación de Colombia.

1. Controversia entre Propiedad Registral y Ancestral:

Como quedo expuesto, la disputa entre propiedad registral y ancestral involucra dos modelos opuestos de entender la propiedad inmobiliaria. Ambos tipos de propiedad están reconocidos y protegidos en la legislación colombiana. Sin embargo, en situaciones de conflicto que terminan con fallo judicial, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha dado mayor peso a la propiedad ancestral sobre la registral. Esto ha afectado la seguridad jurídica de la propiedad registral, especialmente cuando grupos indígenas o comunidades afrodescendientes reivindican derechos sobre tierras ancestrales.

2. Definición de Propiedad Registral:

La propiedad registral se refiere a la tierra oficialmente registrada en el Folio de Registro de Instrumentos Públicos. El registro proporciona prueba legal de propiedad y protege los derechos del propietario. Para demostrar la propiedad en Colombia, se requiere un certificado de

libertad y tradición del predio con una cadena ininterrumpida de tradición. Con todo, en los eventos de propiedad registral, la propiedad no se demostrará con este registro, sino con pruebas que demuestren actos de arraigo sobre un territorio, que vincule a un grupo indígena, o afrodescendiente o excepcionalmente un grupo de campesinos que estén asentados y vinculados con dicho territorio.

3. Concepto de Dominio y Propiedad:

El artículo 669 del Código Civil define el dominio (también llamado propiedad) como el derecho real sobre una cosa corporal para usar y disponer de ella. La propiedad separada del goce se llama “mera o nuda propiedad”. La doctrina distingue entre dominio (poder de usar y disponer libremente) y propiedad (derecho a gozar y disponer, excluyendo a otros).

4. Oponibilidad Absoluta y Protección Estatal:

La propiedad registral implica oponibilidad absoluta: el propietario ejerce derechos plenos sobre el inmueble. El Estado garantiza y protege la propiedad privada frente a perturbaciones o limitaciones contrarias a la ley.

5. Inscripción y Tradición:

La inscripción del título en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos efectúa la tradición del dominio de bienes raíces. La Corte Suprema de Justicia ha respaldado esta consideración jurídica en sus sentencias. Sin embargo, el estudio objeto del presente escrito, demuestra que este registro de propiedad es relativo, pues coexistiendo con el registro de propiedad, la situación fáctica de que en un determinado territorio se encuentren pruebas fehacientes que vinculen esta tierra a grupos indígenas, o afrodescendientes, o incluso grupos de campesinos que, pese a no contar con un título registrado de propiedad, demuestren arraigo histórico a este territorio, cohesión cultural, etnográfica y vivencial, dará lugar a que puedan alegar ante las autoridades administrativas y judiciales respectivas, un derecho de propiedad ancestral, que es prevalente y prima sobre la propiedad inscrita, lo que dará lugar a que este derecho sea objeto de protección reforzada, poniendo obviamente en crisis el concepto clásico de propiedad registral.

REFERENCIAS

- Alessandri Rodriguez, A. Y. (1982). *Liniamientos de derechos reales*. Imprenta Universal.
- Arteaga Carvajal, J. (1995). *Derecho inmobiliario*. Ediciones Rosaristas / Biblioteca Jurídica Dike.
- Arteaga Carvajal, J. (1999). *De los bienes y su dominio* (Segunda Edición ed.). EFD Editorial Facultad de Derecho.
- Astudillo Becerra, L. F. (15 de 01 de 2018). *Reconocimiento de la propiedad ancestral de los pueblos indígenas un derecho fundamental*. Obtenido de <https://red-idd.com/files/2018/GT2/Anais%202018%20GT%202%20-%20Fernando%20Astudillo.pdf>.
- Barragan, A. (1979). *Derechos Reales*. Bogotá : Editorial Temis.
- Caicedo Escobar, E. (2001). *Derecho Inmobiliario*. Editorial Temis.
- CIDH, C. I. (28 de JUNIO de 2007). *OEA/Serr.L/V/II,Doc.34*, 28 de junio de 2007,.
- Delgado Castaño, P. S. (2018). *Estado crítico de la propiedad rural colectiva en Colombia*. Editorial Universidad de Rosario.
- Gatti, E. (1984). *Teoría General de los Derechos Reales*. Abeledo-Perrot.
- Gomez, J. J. (1983). *Bienes*. Universidad Externado de Colombia.
- Ochoa Carvajal, R. H. (1995). *Bienes*. Medellín: Librería Jurídica Sánchez.
- Peña Quiñones, E. (1995). *El derecho de*

bienes. Bogotá D. C.: Librería Jurídicas Wilches.

- Ripert, G., & Boulanger, J. (1987). *TRATADO DE DERECHO CIVIL* según el tratado de Planiol (Vol. TOMO VI). Buenos Aires, Argentina: Ediciones La Ley. Recuperado el 22 de enero de 2024
- Valencia Zea, A. (1983). *Derecho Civil Tomo II DERECHOS REALES*. Editorial Temis.

Jurisprudencia Citada:

- CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia C-595 de 1999 dieciocho (18) de agosto de mil novecientos noventa y nueve (1999). M. P. CARLOS GAVIRIA DIAZ.
- CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia C-169 de 2001 catorce (14) de febrero de dos mil uno (2.001). M. P. CARLOS GAVIRIA DIAZ.
- CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia C-739 de 2001 de 2001 once (11) de julio del año dos mil uno (2001). M.P. ALVARO TAFUR GALVIS.
-
- CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia T-485 de 2015 cinco (5) de agosto de dos mil quince (2015). M. P. MYRIAM AVILA ROLDAN.
- CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia T-005 de 2016 de diecinueve (19) de enero de dos mil dieciséis (2016).
- M. P. JORGE IVÁN PALACIO PALACIO.
- CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia T-530 de 2016 de veintisiete (27) de Septiembre de dos mil dieciséis (2016). M. P. LUIS ERNESTO VARGAS SILVA.
- CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia T-601 de 2016 de dos (2) de noviembre dos mil dieciséis (2016). M. P. GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO.
- CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia T-011 de 2019 de veintidós (22) de enero de dos mil diecinueve (2019) M. P. CRISTINA PARDO SCHLESINGER.
- CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA. Sentencia T-117 de 2019 de dieciocho (18) de marzo de dos mil diecinueve (2019) M. P. CRISTINA PARDO SCHLESINGER.
- Sentencias de la Sala Civil de la Honorable Corte Suprema de Justicia:
- CSJSC, sentencias de 30 de julio de 1996, CCXLIII, pág. 154 ss., 15 de agosto de 2001, expediente N.º. 6219, 12 de septiembre de 1994, citada el 28 de febrero de 2011, radicación N.º. 1994-09601-01.
- CSJSC, Sentencia 040 de 25 de abril de 2000, expediente 5212, citando LXXXVIII-504.
- CSJSC. Sentencia SC3671-2019 Radicación: 11001-31-03-005-1996-12325-01 once (11) de septiembre de dos mil diecinueve (2019) M. P. LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA.