



MINISTERIO PÚBLICO
PROCURADURÍAS 38 Y 21 JUDICIALES DE RESTITUCIÓN DE TIERRAS

Medellín, 19 de julio de 2021
Oficio N° 392-2021/PASG **Citar al contestar**
Oficio N° 163-2021/HLQG **Citar al contestar**

Doctora

NATALIA ADELFA GÁMEZ TORRES

Juez Primera Civil del Circuito Especializada en Restitución de Tierras de
Quibdó

E. S. D.

Referencia: Medida Cautelar para Protección de Territorio Colectivo
Solicitante: Consejo Comunitario General del San Juan – ACADESAN-
Radicado: 27-001-31-21-001-**2018-00001**-00

Asunto: Traslado Recurso de Reposición y en subsidio
Apelación.

PAULA ANDREA SARASTY GUERRERO y HARVEY LEÓN QUINTERO GARCÍA, Procuradora 38 Judicial I de Restitución de Tierras y Procurador 21 Judicial II de Restitución de Tierras, respectivamente, con fundamento en el numeral 7° del artículo 277 de la Constitución Política¹, en concordancia con el artículo 89 de la ley 1448 de 2011, sus Decretos reglamentarios y los Decretos Leyes 262 de 2000 y 2246 de 2011, respetuosamente nos permitimos pronunciarnos frente al recurso de reposición y en subsidio de apelación interpuesto por la Representante Legal del Consejo Comunitario General del San Juan –ACADESAN-, en contra de la providencia N° 149 del 25 de junio de 2021, mediante el cual se negó el decreto de algunas medidas cautelares.

I. LA PROVIDENCIA RECURRIDA

La representante Legal del Consejo Comunitario General del San Juan (ACADESAN), interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación en contra de la decisión del Despacho plasmada en la providencia N° 149 del 25 de junio de 2021, de acceder a la solicitud de ampliación de las medidas cautelares en favor del Consejo

¹ Constitución Política de Colombia Art. 277, numeral 7°: *“Intervenir en los procesos y ante las autoridades judiciales o administrativas, cuando sea necesario en defensa del orden jurídico del patrimonio público, o de los derechos y garantías fundamentales ...”*



Comunitario ACADESAN, pero negando a su vez algunas de las solicitudes elevadas.

Como argumentos principales del Despacho para negar el decreto de algunas medidas cautelares, se encuentra:

“Frente a las pretensiones PRIMERA, TERCERA Y CUARTA este estrado no accederá por cuanto si bien es cierto puede existir un posible despojo material, la medida cautelar no es la llamada a tomar decisiones que son del resorte del proceso especial de Restitución de derechos Territoriales; ello como quiera que, si bien es cierto, el Juez de Restitución de Tierras puede de conformidad con lo establecido en el Decreto 4635 de 2011, entre otras, tomar las medidas que considere necesarias para cesar un daño o riesgo inminente en los territorios colectivos de los Afrocolombianos, ello no significa que en un trámite cautelar se pueda convertir en un verdadero proceso judicial, pues con las cautelas se busca suspender o evitar un daño actual e inminente hasta tanto se tome un decisión final dentro del proceso de Restitución de Tierras, pues realizar un estudio de legalidad o no de un título de propiedad como consecuencia de un proceso administrativo de adjudicación, requiere un esfuerzo probatorio y procesal que no es posible adelantar dentro de este trámite cautelar.”

II. DEL RECURSO Y SUS ARGUMENTOS

Mediante escrito del 13 de junio de 2021, del cual esta delegada no recibiera traslado por parte del Despacho, se tuvo conocimiento que el Consejo Comunitario representado por Elizabet Moreno Barco, presentó y sustentó en debida forma Recurso de Reposición y subsidiariamente de Apelación, contra Auto Interlocutorio 149 del 2021, mediante el cual negó algunas pretensiones para la ampliación de la medida cautelar radicada el 24 de mayo del 2021. Como pretensión el recurrente, solicitó:

“Primero: Conceder la solicitud del numeral quinto de las pretensiones de la solicitud de ampliación de medidas cautelares radicado el 24 de mayo de 2021. Ordenando la compulsas de copias a la Fiscalía General de la Nación...se inicie las investigaciones pertinentes ante estas las irregularidades del presunto título registrado en el FMI 184-9929.

Segundo: Revocar el numeral octavo del Auto Interlocutorio No. 149 de 2021, en lo que respecta a la denegación de las solicitudes de ampliación de medida cautelar numerales primero, tercero y quinto, y en ese lugar conceder las mismas.”



Como argumentos principales de los recurrentes se tiene entre algunos:

- (i) Falta o indebida notificación de las decisiones judiciales y procedencia del recurso.
- (ii) Reiteración de la necesidad y urgencia de medidas cautelares que eviten el despojo material entre otros.
- (iii) Rol del Ministerio Público y la UAEGRTD en el trámite de la solicitud de aplicación de medidas 2021.
- (iv) Solicitud quinta de ampliación de medidas cautelares radicada el 24 de mayo de 2021.
- (v) Necesidad, pertinencia y oportunidad de las solicitudes negadas por el Despacho.

En el referido escrito, el recurrente pone de presente la presunta vulneración del debido proceso y específicamente las irregularidades en el trámite de notificación del Auto 149 de 2021, lo que habría dejado al petente sin la posibilidad de la interposición del recurso en tiempo oportuno, advirtiendo que nunca recibió comunicación de la decisión adoptada y que solo se habría enterado a través de la Unidad de Restitución de Tierras, con lo cual insiste en que a pesar del tiempo transcurrido desde la fijación del estado, no es posible predicar válidamente que se haya surtido en debida forma la notificación respectiva y por ende la providencia aún no se encontraría ejecutoriada.

Como sustento del recurso insiste el recurrente, que a pesar de haber sido parcialmente favorable por la judicatura, guardó silencio sobre otros aspectos que en su sentir también debieron ser considerados y resueltos favorablemente, como por ejemplo la compulsa de copias por la presunta existencia de una conducta punible en la adjudicación de un título, así como en la limitación de la explotación de los predios objeto de medida.

III. PROBLEMA JURÍDICO

Corresponde determinar si es factible acceder a la ampliación de las medidas cautelares decretadas en favor del territorio colectivo del Consejo Comunitario de ACADESAN, en cuanto principalmente: (i) a la prohibición de todo tipo de uso y explotación por parte de personas naturales y jurídicas ajenas a las comunidades negras de ACADESAN; (ii) la conformación de una Mesa Técnica coordinada por la ANT, para la investigación sobre la presunta ilicitud de la Resolución N° 01326 de



fecha 10 de febrero de 1990 y (iii) la compulsa de copias a la Fiscalía General de la Nación.

IV. PETICIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO

Consideran estos Agentes del Ministerio Público, que esta petición está llamada a prosperar, toda vez que nos encontramos frente a que las medidas que se solicitan son medidas cautelares nominadas e innominadas, las cuales prevé y regula el legislador, otorgándole no solo una determinada nomenclatura, sino que precisa la manera de consumarlas y los casos en que procede. Como se entra a considerar seguidamente.

V. ARGUMENTOS QUE SUSTENTAN LA SOLICITUD DEL MINISTERIO PÚBLICO

Para resolver el problema jurídico planteado, se hace necesario previamente hacer unas apreciaciones de orden jurídico conceptual, que nos servirán para resolver el asunto que nos convoca, para lo cual se esbozarán los siguientes asuntos: 5.1. aspectos generales de las medidas cautelares y 5.2. sobre los mecanismos de protección y prevención de comunidades negras víctimas y de sus territorios, para finalmente abordar el caso en concreto.

5.1. Aspectos generales de las Medidas Cautelares

Uno de los fines esenciales del Estado es garantizar la efectividad de los derechos consagrados en la Constitución (C. Pol., art. 2º), lo que se traduce un compromiso real y cierto con la tutela jurisdiccional efectiva que va parejo con el reconocimiento de los derechos que tienen todas las personas a un debido proceso (art. 29) y a acceder a la administración de justicia (art. 229), para lograr, precisamente, la materialización de los derechos sustanciales que han sido conculcados. No en vano la ley 270 de 1996, estatutaria de la administración de justicia, puntualiza en su artículo 1º que “La administración de justicia es la parte de la función pública que cumple el Estado encargada por la Constitución Política y la ley de hacer efectivos los derechos, obligaciones, garantías y libertades consagrados en ellas, con el fin de realizar la convivencia social y lograr y mantener la concordia nacional.”

Desde esta perspectiva, las medidas cautelares se ofrecen como una valiosa herramienta para garantizar la materialización de los derechos, cualquiera que sea su linaje: fundamentales, reales, patrimoniales, etc.,



diseñadas a la medida de una constitución que va más allá de su mero reconocimiento, para comprometerse con su realización.

Sin duda alguna, las medidas cautelares tienen una estrecha relación con los derechos y las garantías fundamentales, lo mismo que con los fines esenciales del Estado, uno de ellos, se repite, “garantizar la efectividad de los derechos ... consagrados en la Constitución”.

De acuerdo con la Doctrina, las medidas cautelares tienen soporte en los siguientes principios:

5.1.1. Principio de Legalidad

No existe una medida cautelar sin una ley previa que la autorice, es decir, corresponde al legislador establecer si en un determinado proceso caben o no medidas cautelares, y eventualmente cuales.

La codificación se encarga no sólo de tipificarlas sino de señalar el proceso dentro del cual proceden, requisito que no se puede confundir con el de que sean o no nominativas, porque también en el evento de que se permitan las medidas cautelares que el juez estime pertinentes opera la predeterminación, entendida en el sentido de que siempre una norma debe contemplarlas de antemano.

5.1.2. Apariencia de buen derecho

Por regla general toda medida cautelar tiene como fundamento la plausibilidad del derecho objeto de la pretensión (*fumus boni iuris*), es decir, permite medir por anticipado la conveniencia de la medida cautelar a partir del posible resultado del proceso, o sea de la suerte probable de la pretensión.

5.1.3. Peligro de mora judicial

Este principio busca principalmente evitar que la demora judicial, justificada o injustificada, impida la materialización del derecho sustancial, el cual como se sabe, debe prevalecer en toda actuación.

Dicho riesgo es el que justifica que se adopten precauciones encaminadas a evitar que la alteración estorbe el cumplimiento de la sentencia. De no existir tal riesgo, quizás no sería necesario ni útil practicar medidas cautelares.

5.1.4. Sospecha del deudor



Otro fundamento objetivo de las medidas cautelares es el recelo hacia el demandado, la desconfianza que genera frente al cumplimiento de la decisión judicial. Es la llamada *suspectio debitoris*. En el derecho Colombiano suele pasar inadvertido este principio porque el legislador sin decirlo expresamente, lo presume de manera general.

Es importante igualmente resaltar los objetivos de las medidas cautelares, es decir, para que sirven las medidas cautelares, que persigue el legislador con su decreto, en últimas cual es el objetivo específico de estas.

Tal como se señalaba al inicio, las medidas cautelares tienen como propósito principal el de contribuir a la materialización del derecho fundamental a obtener una tutela jurisdiccional efectiva, por lo que las cautelas responden a varios objetivos y no a uno solo.

El primer objetivo que ha señalado la doctrina de las medidas cautelares es el de preparar la ejecución de la sentencia para el caso de ser ella favorable al demandante, es decir, es adoptar medidas que posibiliten el cumplimiento de la providencia respectiva.

El segundo objetivo, es anticipar el fallo o asegurar su cumplimiento, este es considerado como uno de los objetivos más valiosos de algunas medidas cautelares, porque permiten la protección inmediata del derecho conculcado, aun cuando no se haya dado la discusión propia del proceso.

El tercer objetivo, es reparar el daño causado o en curso de causarse, de manera alguna se anticipa la decisión, por cuanto el demandado, aunque no medie sentencia, deberá cumplir con la obligación que le imponga el Juez en la medida.

El cuarto objetivo, está el de restarle efectos a un acto inconstitucional o ilegal, toda vez que se evidencia desde el mismo comienzo del proceso que el acto cuestionado es manifiestamente contrario a la Constitución, a la Ley o a los estatutos que gobiernan una determinada persona jurídica.

Y como quinto objetivo, tenemos el mantener un determinado *statu quo*, trata de impedir la modificación de un estado de cosas que, con posterioridad, si se esperara la sentencia, sería imposible revertir o de difícil transformación.



5.2. Sobre los mecanismos de protección y prevención de comunidades negras víctimas y de sus territorios

Mediante Auto 266 de 2017, la Corte Constitucional se pronunció sobre la situación de vulneración a los derechos territoriales de las comunidades étnicas, y determinó que el Estado de Cosas Inconstitucional en materia de desplazamiento forzado y graves vulneraciones a los derechos humanos para el caso de las comunidades negras, no solo no ha cesado, sino que, en buena medida se ha incrementado.

Uno de los factores identificados como generadores de presión sobre los territorios y las comunidades negras es la “realización de obras de infraestructura y transporte en territorios étnicos, en las que se omite o hay fallas en la consulta previa” (Auto 266, 2017, pág. 37) Esta es una de las acciones que persiste en varias comunidades afrocolombianas de las que se concluyó un impacto desproporcionado del desplazamiento forzado y del confinamiento en el auto 005 de 2009.

Conviene poner de presente que en el mencionado Auto 005, la Corte Constitucional identificó expresamente la ocurrencia de hechos que continúan poniendo en grave riesgo y situación de vulnerabilidad los territorios de las comunidades negras del Urabá chocoano y antioqueño, particularmente de aquellas asentadas en los municipios de Apartadó, Turbo, Carepa, Chigorodó, entre otros. (Corte Constitucional, Auto 005, 2009, numerales 165, 264 y Anexo II)

A través del Auto 266 de 2017, y “por encontrar que los riesgos y afectaciones identificadas en los autos 004 y 005 de 2009, no solo persisten, sino que se han agudizado, debido principalmente a los *bloqueos institucionales* y las *prácticas inconstitucionales (...)*” la Corte resolvió mantener su competencia para hacer seguimiento al ECI en relación con los pueblos étnicos y mantener asimismo la declaración de estado de cosas inconstitucional, atendiendo al hecho de que estos bloqueos y prácticas inconstitucionales se han traducido en una vulneración masiva de los derechos a la autonomía, la identidad cultural, el territorio y el registro de los grupos étnicos que han sido desplazados forzosamente o se encuentran en riesgo de estarlo.

En el diagnóstico realizado por la Corte en el Auto 266, ese Tribunal advirtió que “no se reportan acciones concretas ni la implementación de los planes ordenados por la Corte Constitucional en las citadas providencias, por parte del Gobierno Nacional.”

Teniendo en cuenta la solicitud objeto de estudio en el marco del presente proceso cautelar, el Ministerio Público considera oportuno



traer a colación lo advertido por la Sala Especial de Seguimiento al Estado de Cosas Inconstitucional declarado por la sentencia T-025 de 2004. En algunos apartados del citado Auto 266 de 2017, la Corte Constitucional se pronunció respecto de la inseguridad material en la tenencia de los territorios étnicos y de su relación con el ejercicio de las garantías de protección y restitución de derechos territoriales contenidas en el Decreto Ley 4635 de 2011.

Entre los factores que contribuyen a mantener una situación de inseguridad material, el Tribunal encontró dos razones fundamentales. Por un lado, la situación de invisibilidad de estos sectores de la población y por el otro, un trato discriminatorio que, *“se puede presentar incluso de manera perceptible, pero la administración las adopta ‘a pesar de los costos que sobre los derechos fundamentales van a tener’”*.

Al respecto, la Corte precisó:

“En este sentido, la Sala Especial de Seguimiento observa cómo la actuación del Ministerio del Interior, la Unidad de Restitución de Tierras (URT) y la Unidad para las Víctimas (UARIV), en el marco de sus responsabilidades de prevención, protección y restitución de derechos territoriales, así como el INCODER (en liquidación), ahora la Agencia Nacional de Tierras, la Superintendencia de Notariado y Registro y el Instituto Geográfico Agustín Codazzi – IGAC–, que participan en la ejecución de estas medidas, ubican en una situación de invisibilidad a las comunidades étnicas que no están focalizadas en el trámite de restitución de derechos territoriales, a pesar de presentar fuertes afectaciones producto de las emergencias o situaciones de inminente riesgo asociadas al desplazamiento forzado o las restricciones a la movilidad, y en razón del desarrollo de actividades de economía lícita o ilícita en sus territorios, son víctimas de confinamiento, abandono o despojo territorial.

La Corte Constitucional quiere llamar la atención en el déficit de protección injustificado que hay sobre estos grupos, principalmente en los siguientes escenarios:

- a) *Cuando las comunidades étnicas tienen riesgos prevenibles pero no se adoptan las medidas ni hay resultados de las rutas de protección de derechos territoriales étnicos, señaladas en el Decreto 4633 de 2011 (art. 50) para los pueblos indígenas, y en los autos 005 de 2009 y 073 de 2014, para las comunidades*



afrodescendientes." (Corte Constitucional, Auto 266 de 2017. Cursiva fuera de texto).

Así las cosas, en su pronunciamiento, la Sala reconoció el avance significativo que trajo para la garantía de los derechos territoriales de los pueblos indígenas y afrodescendientes las medidas de restitución con carácter diferencial étnico. No obstante, también señaló que, "en la actualidad, la falta de activación y la acción descoordinada entre el Ministerio del Interior, la Unidad de Restitución de Tierras y la Unidad para las Víctimas, para alcanzar resultados en los mecanismos dispuestos para prevenir las afectaciones étnico-territoriales y proteger a los territorios de los daños inminentes, ha acarreado la tergiversación de los autos 004 y 005 de 2009." (Auto 266 de 2017).

Además, reafirmó, "la necesidad de **activar efectiva y eficazmente las medidas de prevención y protección hasta tanto no se adopte una decisión final en el marco de un proceso de restitución de derechos territoriales**. Especialmente, porque (i) persisten condiciones de inseguridad en muchos territorios objeto de solicitudes de restitución que, a juicio de la Unidad de Restitución de Tierras, dificultan los avances y la presentación de nuevas demandas; (ii) de acuerdo con los órganos de control y la sociedad civil, los resultados en el trámite de restitución han sido parciales respecto del alto número de solicitudes; (iii) se han presentado demoras en la elaboración de las caracterizaciones, no solo por los factores señalados, sino también por la limitada capacidad administrativa, presupuestal y técnica de las entidades con responsabilidad en la materia (URT, INCODER, ahora ANT, IGAC), así como por la complejidad de los casos; y (iv) la intervención desarticulada entre la Unidad de Restitución de Tierras y la Unidad para las Víctimas en aquellos casos en los que la caracterización integral de daños y afectaciones sufridos por las comunidades étnicas, envuelve limitaciones al goce efectivo de los derechos territoriales, en los términos descritos en los artículos 139 y 105 de los Decretos 4633 y 4635 de 2011, respectivamente." (Auto 266 de 2017).

VI. CONSIDERACIONES DEL MINISTERIO PÚBLICO

Para fundamentar o fortalecer nuestra petición, dividiremos nuestros argumentos en varios apartados así: (i) la notificación y ejecutoria de la providencia objeto de recurso; (ii) la compulsión de copias y (iii) nos referiremos de manera conjunta al tema de la solicitud de prohibición de todo tipo uso y explotación por parte de personas naturales y jurídicas ajenas a las comunidades negras de ACADESAN en el área que reclaman los terceros que ostentan un presunto título individual, así



como la conformación de una Mesa Técnica para la investigación y conceptualización sobre la presunta ilicitud de la Resolución N° 01326 de fecha 10 de febrero de 1990, para llegar a nuestras conclusiones.

6.1. De la notificación y ejecutoria de la providencia objeto de recurso.

Sea lo primero indicar que en sentir de estos Delegados del Ministerio Público, asiste razón al recurrente al hacer reparos en el trámite de notificación del auto 149 de 2021, proferido el 25 de junio y el cual en su numeral noveno de la parte resolutive dispuso “*noveno: por secretaria líbrense las comunicaciones necesarias*”, lo anterior con la finalidad obviamente de surtir una debida notificación, esto es como acto de enteramiento del objeto decidido.

De la actuación se puede evidenciar que a pesar de haber sido notificada la providencia a través de la notificación ficta o presunta de la fijación de un estado, también lo es que el mismo no estuvo precedido de la oportuna y eficaz comunicación no solo al solicitante (Consejo Comunitario ACADESAN) sino inclusive al propio Ministerio Público, lo que limitó efectivamente la posibilidad de impugnar dentro del término legal una vez fue fijado el estado respectivo.

Frente a este tema en particular la ley 1448 de 2011 que regula el proceso judicial de restitución, no reglamenta algunos aspectos formales del proceso, tiene una naturaleza jurídica *sui generis* dentro del ordenamiento colombiano, la cual responde a una política pública transicional que impelió al legislador establecer unas reglas procesales especiales, particularmente en materia probatoria, por lo que la remisión al código civil, al código general del proceso u otros códigos, para regular aspectos del proceso debe ser excepcional.

Sin embargo en el tema de notificaciones, encontramos en el artículo 93 de la ley 1448 de 2011 que se permite al juez escoger el medio más eficaz a su consideración para notificar las providencias que se dicten dentro del proceso de restitución de tierras, siendo este tipo de notificaciones las clasificadas por la doctrina como las notificaciones innominadas, como en el caso del proceso constitucional de tutela o el proceso administrativo de conciliación extrajudicial, en los cuales la ley autoriza la notificación “por cualquier medio”².

Sobre la notificación en general, la jurisprudencia ha advertido la relación que guarda no sólo con la garantía constitucional del debido

² NISIMBLAT, Nattan. Derecho Procesal Constitucional, Bogotá, Ediciones Doctrina y Ley Ltda. (2013).



proceso sino también con los principios de celeridad y eficiencia de la función judicial.

“la notificación es el acto procesal mediante el cual se entera o se da a conocer a las partes, y excepcionalmente a terceros, en forma real o presunta, las providencias judiciales, atendiendo así el principio de que nadie puede ser condenado sin haber sido oído ...”³

En esa medida, el operador judicial en restitución de tierras tiene libertad de elección únicamente supeditada a que el mecanismo de notificación empleado sea lo suficientemente efectivo para dar a conocer la decisión al sujeto interesado y garantizar su posibilidad de ejercer el derecho de defensa.

No obstante, dado que la acción de restitución es una acción especial frente al derecho civil ordinario, como se indicó antes, la remisión al código civil, al código general del proceso u otros códigos, para regular aspectos del proceso, debe ser excepcional, siendo en todo caso esta remisión compatible con los principios de la ley y su enfoque transicional.⁴

Visto lo anterior, en el caso objeto de estudio, resulta evidente que no se surtieron en debida forma las comunicaciones respectivas y menos aún a quien tenía la condición de solicitante quien resultaría ser el sujeto con mayor interés para impugnación, esto es no se comunicó al representante legal del Consejo Comunitario ACADESAN, quien como se indicó fue enterado de la existencia de la decisión y fijación del estado de manera informal por la Unidad de Restitución de Tierras.

En este orden de ideas y con el fin de devolver la actuación por los caminos de la legalidad y evitar una grave afectación al debido proceso, solicitan estos Delegados del Ministerio Público, se restauren los términos para la interposición de los recursos, y en consecuencia se le dé trámite al recurso de reposición y en subsidio de apelación interpuesto, pues efectivamente se presentaron vicios en el trámite de notificación respectivo, que hace imposible que el auto 149 del 2021 hubiera podido cobrar ejecutoria formal.

Sentada la posición anterior, estos Delegados pasarán a pronunciarse con relación a los aspectos motivo de inconformidad con la providencia recurrida.

³ Corte Suprema de Justicia, septiembre 5 de 1985, M.P. Alberto Ospina Botero.

⁴ BOLÍVAR, Aura Patricia; SÁNCHEZ, Nelson Camilo; y UPRIMNY YEPES, Rodrigo. *Restitución de tierras en el marco de la justicia transicional civil. Módulo de formación auto dirigida*. Escuela Judicial del Consejo Superior de la Judicatura, Sala Administrativa (2012)



6.2. De la compulsión de copias

Se duele el recurrente que, en el auto objeto de impugnación, la juez de instancia omitió consideración y decisión, referida a la solicitud que se hiciera por parte de la representante legal del Consejo Comunitario para compulsar copias con destino a la Fiscalía General de la Nación, para investigar la presunta ilicitud en el otorgamiento del título, que dio origen a la matrícula inmobiliaria 184-9929.

Revisado el auto objeto de impugnación, encuentran estos delegados que le asiste razón al recurrente, y que dicha solicitud tiene amparo legal y constitucional y que si bien se está en presencia de una Medida Cautelar provisional de carácter anticipado, y la misma jamás podrá hacer pronunciamientos de fondo, pues ello está reservado para el momento de una sentencia, para el ejercicio del agotamiento de la acción restitutoria, la judicatura si debió acceder a lo pedido; y ello no propiamente como medida cautelar, sino como mandato legal y constitucional derivado de normas que regulan el ejercicio de la acción penal, siendo menester acudir al contenido del artículo 67 de ley 906 del 2004, actual Código de Procedimiento Penal que establece que toda persona debe denunciar a la autoridad los delitos cuya comisión tenga conocimiento y que deban investigarse de oficio.

En este caso concreto, los solicitantes aluden a la eventual existencia de presuntas conductas punibles atentatorias de la fe pública y otras actuaciones que aluden a la irregularidad aparente de la adjudicación de un baldío.

La misma norma referida, esto es el art 67 impone obligación a los servidores públicos *“que conozca de la comisión de un delito que deba investigarse de oficio, iniciará sin tardanza la investigación si tuviere competencia para ello; en caso contrario, pondrá inmediatamente el hecho en conocimiento ante la autoridad competente”*

Resulta claro que la señora Juez carece de competencia para investigar y decidir de las denuncias presentadas por el petente, estando en la obligación de dar traslado de las mismas al titular del ejercicio de la acción penal en Colombia, quien a la luz del artículo 250 de la Carta Política, es la Fiscalía General de la Nación, quien tiene dentro de sus atribuciones los hechos que llegan a su conocimiento y que pudieran revestir características de delito, atribuciones que vienen dadas del artículo 114 de la ley 906 del 2004.

No es la jurisdicción Especial de Restitución de Tierras la competente para dirimir la autenticidad del título que se aduce como ilegal, razón



por la cual lo jurídicamente procedente es compulsar copias de la denuncia y sus anexos a la Fiscalía General de la Nación.

6.3. De la solicitud de prohibición de todo tipo de uso y explotación por parte de personas naturales y jurídicas ajenas a las comunidades negras de ACADESAN, así como la conformación de una Mesa Técnica.

Dentro de las medidas solicitadas por la Representante Legal del Consejo Comunitario y que no fueron aceptadas por el Despacho, encontramos:

“PRIMERA: Ordenar la prohibición de todo tipo de uso y explotación por parte de personas naturales y jurídicas ajenas a las comunidades negras de ACADESAN en el área que reclaman los terceros que ostenta un presunto título individual. Por personas ajenas, entiéndase aquellas que NO hacen parte del censo interno del Consejo Comunitario, o personas jurídicas conformadas por personas que no hacen parte del censo del Consejo Comunitario y que no han sido aceptadas mediante consulta previa realizada en Asamblea General del Consejo Comunitario General del Río San Juan.

TERCERO: Ordenar la conformación de una Mesa Técnica coordinada por parte de la ANT, para que se investigue y conceptualice sobre la presunta ilicitud de la Resolución N° 01326 de fecha 10 de febrero de 1990, con la cual se apertura el folio de matrícula inmobiliaria, la inexistencia del título de propiedad privada e inoponibilidad de derechos frente al derecho territorial de la comunidad y el inicio del trámite de revocatoria directa de la inscripción en la ORIP, así como la cancelación de la ficha predial; con la participación de Superintendencia de Notariado y registro, Instituto Geográfico Agustín Codazzi, Ministerio de Ambiente (Comisión Técnica Ley 70/1993 y su decreto reglamentario) y UAEGRTD además de garantizarse la participación de delegados de la comunidad Negra.

CUARTA: Oficiar a los entes territoriales Gobernación del Chocó y Alcaldía Municipal de Sipí, así como la Fuerza Pública, para que implemente acciones en el marco de sus competencias que eviten el despojo material en la zona del río Garrapatas municipio de Sipí, departamento del Chocó por parte de terceros, sobre el territorio colectivo y los derechos territoriales de ACADESAN y sus comunidades, relacionado con los hechos mencionados.”



Como argumentos centrales por parte del despacho para no conceder estas medidas solicitadas, encontramos: *“el trámite cautelar no puede convertirse en un verdadero proceso judicial, pues con las cautelas se busca suspender o evitar un daño actual e inminente hasta tanto se tome una decisión final dentro del proceso de Restitución de Tierras, pues realizar un estudio de legalidad o no de un título de propiedad como consecuencia de un proceso administrativo de adjudicación, requiere un esfuerzo probatorio y procesal que no es posible adelantar dentro de este trámite cautelar.”*

De acuerdo con la Corte, aunque los territorios étnicos por mandato constitucional tienen carácter de inembargable, imprescriptible e inalienable, dichas prerrogativas no han sido garantizadas. En esa medida, se ha facilitado las ventas ilegales y el despojo de territorios colectivos, así como la expulsión de la población afrodescendiente de sus territorios ancestrales antes de culminarse el proceso de titulación colectiva. Para el año 2009 no se había implementado una política pública de restitución de derechos territoriales, por lo cual la Corte Constitucional resalta dicha omisión por parte del Estado y enfatiza en la deficiente destinación de recursos para el saneamiento y delimitación de los territorios colectivos. (Corte Constitucional, 2009, p.26)

Ahora bien, la Corte Constitucional enfatiza que para los pueblos afrocolombianos el desplazamiento, el confinamiento y los procesos de resistencia generan una pérdida del control de su territorio y el deterioro de las condiciones de vida y del disfrute de sus derechos. Dicho panorama cobra relevancia si se tiene en cuenta la profunda importancia que tiene para las comunidades afrodescendientes su territorio.

El territorio es una expresión de su memoria colectiva, de su concepción de la libertad. Por eso, al hablar de territorio no se hace referencia solo a los titulados colectivamente sino a los ancestralmente habitados por las comunidades afrodescendientes en Colombia. El territorio comprende una concepción integral que incluye la tierra, la comunidad, la naturaleza y las relaciones de interdependencia de los diversos componentes. Del territorio también hacen parte los usos y costumbres vinculados a su hábitat que las comunidades afrocolombianas han mantenido por siglos y que se expresan también en los saberes que la gente tiene y en el conocimiento de los ritmos y los tiempos para hacer las distintas actividades. (Corte Constitucional, 2009, p.29, 30).



Desde la perspectiva de la justicia transicional étnica, hay que tener en cuenta la naturaleza y trámite especial de las medidas cautelares, pues además de proteger a las personas, estas tienen por finalidad proteger el territorio y los derechos territoriales. Para el caso de las comunidades negras víctimas del conflicto armado y de sus factores vinculados y subyacentes, el marco legal se encuentra dado por el Decreto – Ley 4635 de 2011, principalmente por los artículos 116 y 117.

A continuación, se procederá a revisar sus elementos y características procesales a la luz del caso que nos ocupa.

El artículo 116 contempla una lista de medidas cautelares que resultan de obligatorio e inmediato cumplimiento para el juez de restitución que las decreta, dicha norma plantea una enunciación abierta de las medidas cautelares que, desde una perspectiva de justicia transicional étnica pueden ser solicitadas por las autoridades de las comunidades, sus representantes, el Ministerio Público y la Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas, y que deberán ordenarse por el juez de restitución de manera preventiva, con el fin de “evitar daños inminentes o para cesar el que se estuviere causando sobre los derechos de las comunidades víctimas y sus territorios.”⁵.

Debido a las circunstancias de vulnerabilidad, debilidad e indefensión en que se encuentran las comunidades solicitantes (art. 11), las pretensiones cautelares constituyen una petición urgente de protección para los derechos sustanciales de la comunidad víctima y su territorio, que el agente judicial deberá estudiar a profundidad, disponiendo para ello de todos los medios probatorios a su alcance, y atendiendo en todo momento al principio de la buena fe (art. 28) según el cual, esta se presume en el caso de las víctimas, permitiéndoles “acreditar el daño sufrido, a través de cualquier medio legalmente aceptado”.

Sea lo primero decir que estas medidas pretendidas por el Consejo Comunitario de ACADESAN y que fueron negadas por el Juzgado, son medidas que sin lugar a duda lo que buscan es la protección del territorio colectivo, el cual se ve amenazado por posibles despojos materiales y jurídicos, lo cual demanda que se desplieguen medidas cautelares que conlleven a mantener un statu quo.

Dentro de la clasificación de las medidas cautelares, encontramos unas medidas cautelares que por el efecto inmediato que producen se

⁵ Artículo 116, Decreto – Ley 4635 de 2011.



distinguen como las medidas conservativas y las innovativas. A las medidas cautelares innovativas también se les denomina anticipatorias o satisfactivas, en cuanto a su práctica implica una especie de satisfacción anticipada de la pretensión.

Para la aplicación de este tipo de medidas, corresponde al operador jurídico clarificar la razonabilidad, la idoneidad de la medida para la protección de los derechos en discusión, la legitimación de quien la pida, la presencia de amenaza, la apariencia de buen derecho, la necesidad y la proporcionalidad de la medida.

Aplicados estos al caso que nos ocupa, encontramos que, la apariencia de buen derecho, se encuentra ampliamente reconocido dentro del presente trámite cautelar, al tratarse de un Consejo Comunitario con un título colectivo de propiedad, siendo adicionalmente sujetos que ostentan una especial protección constitucional y la existencia de declaración formal de un Estado de cosas Inconstitucional frente a su condición, que los legitima para la elevar esta petición.

De otro lado, frente al peligro de la demora, la cual como señalábamos en el acápite número 5.1.3. de este escrito, este principio busca principalmente evitar que la demora judicial, justificada o injustificada, impida la materialización del derecho sustancial, el cual como se sabe, debe prevalecer en toda actuación, este se verifica con la simple amenaza de que el territorio sea objeto de despojo jurídico y material, lo que puede conllevar a que sea destruido o se sustraigan bienes del territorio colectivo.

Acreditados estos dos principios para la declaratoria de la medida cautelar, es claro para estos Delegados del Ministerio Público que se hace necesaria la implementación de estas, siendo las mismas proporcionales a los hechos que se vienen presentando en el territorio, y que en últimas lo que se busca es la protección del mismo.

Razón tuvo la juez cuando en el auto objeto de recurso, limitó la concesión de licencias ambientales con lo cual efectivamente se cumpliría la protección anunciada al evitar la realización de actividades económicas como lo serían por ejemplo la explotación minera, forestal entre otras, pero si el objeto de la medida es precisamente proteger el territorio de manera provisional y anticipada, asiste razón al recurrente cuando se queja de otro tipo de afectaciones al territorio que no habrían sido cobijados en la medida, pues la misma como se indicó se reduce al otorgamiento de medidas ambientales y



que eventualmente podrían generarse explotaciones de otra naturaleza, no solo que causaran daños al territorio, sino que pudieran dificultar el proceso restitutorio, obviamente en caso de resultar favorable la sentencia que ponga fin al ejercicio de la acción legal correspondiente.

Si como se indicó la finalidad es proteger anticipadamente el territorio de afectación, la medida evidentemente debiera hacerse extensiva no solo limitando el licenciamiento ambiental, sino cualquier tipo de explotación del territorio, que como lo señala acertadamente el recurrente, podría referirse a proyectos agroindustriales de gran magnitud, turismo entre otros.

Es por lo anterior, que el Ministerio Público considera que en la medida además de la limitación de la licencia ambiental, debiera extenderse a la prohibición temporal y mientras dure la medida, **de todo tipo de explotación**, por parte de quienes resultan demandados en la presente acción, esto es personas naturales o jurídicas ajenas a las comunidades negras de ACADESAN.

Con relación a la composición de la **Mesa Técnica**, coordinada por la ANT para efectos de investigar y conceptualizar sobre la resolución número 01326 del 10 de febrero de 1990, consideramos que no le asiste razón a la juez de instancia cuando señala que sería darle alcance de proceso jurisdiccional a una medida cautelar, y que realizar un estudio de legalidad a un título de propiedad requeriría un esfuerzo probatorio y procesal, que no sería viable adelantarlos dentro del trámite cautelar.

Efectivamente entendida la solicitud, se evidencia que la pretensión no va más allá de exigirle a las entidades responsables de dilucidar el asunto, el cumplimiento de su función legal como lo es específicamente, a la Agencia Nacional de Tierras, que verifique el trámite administrativo surtido para la resolución impugnada y dentro del ejercicio de sus facultades analice la viabilidad de una revocatoria, obviamente en caso de que pudiera presentarse algunas de las causales establecidas para tal fin, trámite en el cual harían parte obviamente las entidades que tienen que ver con el asunto, como serían Superintendencia de Notariado y Registro, Ministerio Público, IGAC, entre otros.

La finalidad de la Mesa Técnica, posibilitaría que al ser parte de una medida cautelar, la judicatura en cabeza de la juez de restitución de tierras, pudiera hacer seguimiento y control a los avances de los trámites respectivos a cargo de las entidades obligadas, y evitar así la



dilación injustificada e inaceptable del trámite respectivo, y que es necesario adelantar en caso concreto para la revisión del título objeto de impugnación.

Se insiste que esta Mesa Técnica no tomará decisiones, pues las mismas estarán en cabeza de la autoridad administrativa competente, trámite que no podrá confundirse con la decisión que, en materia de comisión de delitos, adopte el titular del ejercicio de la acción penal como lo es la Fiscalía General de la Nación y la Fuerza Pública.

En última instancia lo que se pretende con la Mesa Técnica como parte de una medida cautelar, es el despliegue institucional de la Agencia Nacional de Tierras, quien dentro de sus competencias está precisamente la revisión de estos actos administrativos, para que se adopten de manera oficiosa las actuaciones a que haya a lugar.

I. CONCLUSIÓN

En este orden de ideas, respetuosamente le solicitamos señora Juez, se reponga la decisión recurrida, procediendo a conceder las PRETENSIONES PRIMERA, TERCERA Y CUARTA de la solicitud de ampliación de medidas cautelares, conforme a los argumentos ya expuestos, con el convencimiento de que estas adiciones solidifican la providencia adoptada por usted y que cumple a cabalidad con las finalidades propias pretendidas con la medida cautelar.

Atentamente,

PAULA ANDREA SARASTY GUERRERO

Procuradora 38 Judicial I de Restitución de Tierras

HARVEY LEÓN QUINTERO GARCÍA

Procurador 21 Judicial II de Restitución de Tierras