

Sentencia C-371/14

CREACION DE ZONAS DE RESERVA CAMPESINA-Realización de consulta previa si en área existen territorios indígenas o si están habitados por pueblos indígenas o tribales

La Sala encontró que los artículos 79, 80, 81 y 84 de la ley 160 de 1994 tienen el potencial de lesionar el derecho al territorio de los pueblos indígenas y tribales, ya que (i) la amplitud de los criterios que exponen para orientar la delimitación de las zonas de reserva campesina hace que sea posible que tales figuras coincidan con territorios ancestrales de dichos pueblos, y (ii) en vista de las implicaciones que conlleva la creación de una zona de reserva campesina, su configuración puede limitar prerrogativas asociadas al derecho al territorio, como usar los recursos naturales o determinar el modelo de desarrollo que debe regir en la región correspondiente. No obstante lo anterior, la Sala observó que dadas las importantes finalidades que persiguen los preceptos demandados y con el fin de realizar el principio de conservación del derecho, es necesario mantener en el ordenamiento los artículos demandados, pero haciéndolos compatibles con la Constitución. La mejor manera de lograr esta armonización es la introducción de un condicionamiento, según el cual para la creación de una zona de reserva campesina también deberá examinarse si en el área en la que se pretende constituir existen territorios de pueblos indígenas y tribales, entendiendo territorio en concordancia con el Convenio 169 de la OIT como los “hábitat de las regiones que ocupan o utilizan [los pueblos indígenas y tribales] de alguna otra manera”. En tal caso deberá surtirse un proceso de consulta previa, de manera que las comunidades concernidas, en ejercicio de su derecho a la autodeterminación, decidan si la medida puede promover o no sus intereses, sin perjuicio de la obligatoriedad de la normativa que da prelación a dichos grupos en la asignación y adjudicación de los terrenos baldíos que hacen parte de su territorio. Por otra parte, se concluyó que la omisión de consulta previa para la aprobación de los artículos demandados no constituye un vicio de constitucionalidad predicable de la ley 160, ya que ésta fue expedida antes de que fuera proferida la sentencia C-030 de 2008, de modo que, según la sentencia C-253 de 2013, no requería ser consultada. Por último, la Corporación estimó que la creación de zonas de reserva campesina tiene el potencial de afectar directamente a los pueblos indígenas y tribales, cuando existe presencia de ellos en la respectiva región o la zona elegida coincide

con sus territorios ancestrales. En estos casos, en vista de que la configuración de una zona de reserva campesina puede tener implicaciones tales como la introducción de (i) regulaciones de la propiedad que riñen con las nociones colectivas de los grupos étnicos, o (ii) planes de desarrollo sostenibles que contengan visiones de desarrollo y proyectos no acordes con los planes de vida de los pueblos indígenas o con las visiones de las comunidades afrodescendientes, la decisión concierne directamente a las comunidades implicadas, toda vez que esas implicaciones versan sobre aspectos a los que alude el Convenio 169 de la OIT y sobre elementos que definen la identidad étnica y cultural de los grupos étnicos. En este caso, nuevamente la Sala consideró que los artículos pueden ser mantenidos en el ordenamiento por medio de la implementación de un condicionamiento que los haga armónicos con la Carta Política; por ello los artículos se declararán exequibles en el entendido que en todos los casos debe estudiarse si hay presencia de pueblos indígenas y tribales en la región en la que se pretende crear una zona de reserva campesina, y cuando su presencia se advierta, deberá llevarse a cabo el respectivo proceso de consulta previa.

CREACION DE ZONAS DE RESERVA CAMPESINA-Aptitud de la demanda

DERECHO AL TERRITORIO DE LOS PUEBLOS INDIGENAS Y TRIBALES-Derecho fundamental de titularidad colectiva

DERECHO AL TERRITORIO DE LOS PUEBLOS INDIGENAS Y TRIBALES-Contenido/DERECHO AL TERRITORIO DE LOS PUEBLOS INDIGENAS Y TRIBALES-Instrumentos internacionales

PROTECCION CONSTITUCIONAL A TERRITORIO DE PUEBLOS INDIGENAS Y TRIBALES-Alcance

DERECHO AL TERRITORIO COLECTIVO-Obligación del Estado de respetar relación de los pueblos con sus territorios

DERECHO AL TERRITORIO COLECTIVO-Jurisprudencia constitucional

DERECHO AL TERRITORIO COLECTIVO-Deberes del Estado

Determinación de las propiedades y posesiones de las comunidades mediante la delimitación de los espacios efectivamente ocupados. La salvaguardia de los derechos de

las comunidades a utilizar las tierras que no son exclusivamente ocupadas por ellas, pero a las que han tenido históricamente acceso para el desarrollo de actividades tradicionales y de subsistencia. La protección especial y efectiva del derecho de los pueblos a utilizar, administrar y conservar sus recursos naturales. Cuando no sea posible, reconocer a los grupos étnicos derechos sobre los recursos naturales de sus territorios colectivos, (i) llevar a cabo procedimientos de consulta previa, (ii) permitir la participación de las comunidades en los beneficios que reporten tales actividades siempre que sea posible, y (iii) disponer una indemnización equitativa a favor de las comunidades por cualquier daño que sufran. Prever sanciones apropiadas contra toda intrusión no autorizada en las tierras de los pueblos interesados o todo uso no autorizado de las mismas por personas ajenas a ellos, y adoptar instrumentos que impidan tales intromisiones. La regulación del uso colectivo de las áreas de bosque para aprovechamiento forestal persistente debe ser elaborada por la entidad administradora de dichos recursos en forma concertada con las comunidades. Garantizar y facilitar la capacitación de los integrantes de las comunidades concesionarias en las prácticas y técnicas adecuadas para cada etapa del proceso de producción, con el fin asegurar el éxito económico y el desarrollo sustentable de los integrantes de la región.

PROPIEDAD COLECTIVA-Función social y ecológica que se manifiesta en deberes en cabeza de las comunidades

La propiedad colectiva tiene una función social y ecológica que se manifiesta en deberes como los siguientes en cabeza de las comunidades -recogidos por ejemplo en la ley 70 para el caso de comunidades afrocolombianas-: Usar, gozar y disponer de los recursos naturales existentes en sus territorios con criterios de sustentabilidad y con respeto de las limitaciones legales. Obtener autorizaciones de las respectivas autoridades ambientales para adelantar explotaciones forestales persistentes en los bosques o con fines comerciales.

Garantizar la persistencia de los recursos naturales cuando se haga uso de ellos. Conservar, mantener o propiciar la regeneración de la vegetación protectora de aguas; garantizar mediante un uso adecuado la persistencia de ecosistemas especialmente frágiles, como los manglares y humedales, y proteger y conservar las especies de fauna y flora silvestre amenazadas o en peligro de extinción. Desarrollar prácticas de conservación y manejo compatible con las condiciones ecológicas de sus territorios.

DERECHO A LA CONSTITUCION DE RESGUARDOS-Jurisprudencia constitucional

DERECHO DE PROTECCION DE AREAS SAGRADAS Y DE IMPORTANCIA CULTURAL-Concepto de territorio conforme Convenio 169 de la OIT

DELIMITACION DE ENTIDAD TERRITORIAL INDIGENA-Jurisprudencia constitucional

DERECHO DE COMUNIDADES INDIGENAS DE ADMINISTRAR SU TERRITORIO-Jurisprudencia constitucional

DERECHO DE COMUNIDADES INDIGENAS A PARTICIPAR DE UTILIZACION, EXPLOTACION Y CONSERVACION DE RECURSOS NATURALES RENOVABLES UBICADOS EN TERRITORIO-Jurisprudencia constitucional

DERECHO DE LAS COMUNIDADES INDIGENAS A LA PROTECCION DE LAS AREAS DE IMPORTANCIA ECOLOGICA-Obligación estatal e individual de proteger las riquezas culturales y naturales de la nación

DERECHO AL TERRITORIO-Obligación de las autoridades de tramitar oportunamente las solicitudes de titulación colectiva elevadas por los pueblos indígenas y tribales

Obligación de autoridades de tramitar oportunamente solicitudes de titulación colectiva elevadas por pueblos indígenas y tribales-Jurisprudencia constitucional

DEBER DE CONSULTA A LA COMUNIDAD INDIGENA Y TRIBAL-Derecho fundamental de titularidad grupal

DEBER DE CONSULTA A LA COMUNIDAD INDIGENA Y TRIBALES-Expresión del derecho a la participación

CONSULTA PREVIA DE COMUNIDADES Y GRUPOS ETNICOS-Jurisprudencia constitucional

CONSULTA PREVIA DE COMUNIDADES Y GRUPOS ETNICOS-Obligación impuesta al Estado cada vez que se vayan a adoptar medidas legislativas o administrativas que los afecten directamente

CRITERIOS UTILES PARA DISTINGUIR MEDIDAS QUE CONCERNEN DIRECTAMENTE A PUEBLOS INDIGENAS-Jurisprudencia constitucional

PROCESO DE CONSULTA PREVIA DE COMUNIDADES Y GRUPOS ETNICOS-Medidas que deben ser objeto de consulta

CONSULTA DE COMUNIDAD INDIGENA-Finalidades

La Corte ha precisado que la consulta previa tiene las siguientes finalidades: (i) dotar a las comunidades de conocimiento pleno sobre los proyectos y decisiones que les conciernen directamente, así como sobre los mecanismos, procedimientos y actividades requeridos para ponerlos en ejecución; (ii) ilustrar sobre la manera como la ejecución de los referidos proyectos puede conllevar una afectación o menoscabo de los elementos que constituyen la base de su cohesión social, cultural, económica, política, etc.; (iii) brindar la oportunidad a las comunidades para que libremente y sin interferencias extrañas, mediante la convocatoria de sus integrantes o representantes, valoren conscientemente las ventajas y desventajas del proyecto, sean oídas en relación con las inquietudes y pretensiones que tengan en lo que concierne a la defensa de sus intereses, y puedan pronunciarse sobre la viabilidad del proyecto. Es por ello que la jurisprudencia ha resaltado que con la consulta previa se debe buscar el consentimiento libre e informado de las comunidades étnicas frente a las medidas que puedan afectar directamente sus intereses. Tal consentimiento es además indispensable cuando las medidas, entre otros casos extremos, “(i) impliquen el traslado o desplazamiento de las comunidades por la obra o el proyecto; (ii) estén relacionados con el almacenamiento o vertimiento de desechos tóxicos en las tierras étnicas; y/o (iii) representen un alto impacto social, cultural y ambiental en una comunidad étnica, que conlleve a poner en riesgo la existencia de la misma, entre otros”. En estos casos, dada la gravedad de sus posibles consecuencias, el deber de las autoridades de llevar a cabo procesos de concertación con las comunidades étnicas se refuerza, sin que ello signifique en modo alguno que se dote a las comunidades de un poder de veto.

PROCESO DE CONSULTA PREVIA DE COMUNIDADES Y GRUPOS ETNICOS-Características

CREACION DE ZONAS DE RESERVA CAMPESINA-Contexto y contenidos normativos de disposiciones demandadas

ZONAS DE RESERVA CAMPESINA-Origen

ZONAS DE RESERVA CAMPESINA-Configuración en Ley 160 de 1994

ZONAS DE RESERVA CAMPESINA-Desarrollo reglamentario

CREACION Y DELIMITACION DE ZONAS DE RESERVA CAMPESINA-Junta Directiva de Incoder es la autoridad competente

CREACION DE ZONAS DE RESERVA CAMPESINA-Implicaciones

TERRENOS BALDIOS-Concepto

Referencia: expediente D-9799

Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 79, 80, 81, 82, 83 y 84 de la ley 160 de 1994 “Por la cual se crea el Sistema Nacional de Reforma Agraria y Desarrollo Rural Campesino, se establece un subsidio para la adquisición de tierras, se reforma el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria y se dictan otras disposiciones”.

Magistrado Ponente:

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Bogotá, D.C., once (11) de junio de dos mil catorce (2014)

La Sala Plena de la Corte Constitucional, conformada por los magistrados Luis Ernesto Vargas Silva -quien la preside-, María Victoria Calle Correa, Mauricio González Cuervo, Luis Guillermo Guerrero Pérez, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Jorge Iván Palacio Palacio, Nilson Pinilla Pinilla, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y Alberto Rojas Ríos, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y en cumplimiento de los requisitos y trámites establecidos en el decreto 2067 de 1991, ha proferido la siguiente sentencia con fundamento en los siguientes:

1. ANTECEDENTES

El 27 de julio de 2013, el ciudadano Edwar Álvarez Vacca, en ejercicio de la acción pública de inconstitucionalidad, demandó los artículos 79, 80, 81, 82, 83 y 84 de la ley 160 de 1994 “Por la cual se crea el Sistema Nacional de Reforma Agraria y Desarrollo Rural

Campesino, se establece un subsidio para la adquisición de tierras, se reforma el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria y se dictan otras disposiciones”.

Mediante auto del 1° de agosto de 2013, la demanda fue inadmitida por carecer de claridad, especificidad y suficiencia. De forma oportuna, el 8 de agosto de 2013, el actor corrigió su demanda y cumplió con los requisitos exigidos por el decreto 2067 de 1991 y la jurisprudencia constitucional. Por ello, mediante auto del 27 de agosto de 2013, la demanda fue admitida.

A continuación, para mejor proveer, se solicitaron varias pruebas al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, al Incoder, a los secretarios generales del Senado de la República y de la Cámara de Representantes, y al Ministerio del Interior.

Una vez recaudadas las pruebas, por medio de auto del 27 de noviembre de 2013, se ordenó dar cumplimiento a los ordinales quinto, sexto, séptimo y octavo de la parte resolutive del auto proferido el 27 de agosto de 2013. En consecuencia, se comunicó el inicio del proceso al Congreso de la República, a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República, al Ministerio del Interior, al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, al Ministerio de Minas y Energía, al Departamento Nacional de Planeación y al Incoder. Adicionalmente, se invitó a participar en el debate jurídico que la demanda suscita, a la Universidad del Rosario –Línea de Investigación en Derecho Ambiental de la facultad de Jurisprudencia, a la Universidad de los Andes –Programa de Justicia Global y Derechos Humanos-, a la Universidad Externado de Colombia, a la Universidad Javeriana, a la Universidad Nacional de Colombia, a la Universidad Sergio Arboleda, a la Universidad Pontificia Bolivariana sede Montería, a la Universidad del Sinú Seccional Montería, a la Universidad de Medellín, a la Universidad de Antioquia, a la Universidad del Norte, a la Universidad de Cartagena, a la Universidad Libre, a la Academia Colombiana de Jurisprudencia, a la Federación Colombiana de Municipios, a la Federación Nacional de Departamentos, a la Organización Indígena de Colombia (ONIC), al Movimiento de autoridades Indígenas de Colombia (AICO), al Movimiento Nacional Cimarrón, al Proceso de Comunidades Negras de Colombia (PCN), a la Asociación Nacional de Usuarios Campesinos de Colombia (ANUC), a la Asociación de Organizaciones Campesinas y Populares de Colombia (El Común), al Instituto Latinoamericano para una Sociedad y un Derecho Alternativos (ILSA) y al Centro de Investigación y Educación Popular (CINEP). Finalmente, se

ordenó fijar en lista la demanda y correr traslado al Procurador para que rindiera el concepto de su cargo en los términos que le concede la ley.

Cumplidos los trámites constitucionales y legales propios de los procesos de constitucionalidad, esta Corte procede a decidir la demanda de la referencia.

1.1. NORMAS DEMANDADAS

El texto de los preceptos acusado es el siguiente:

“LEY 160 DE 1994

(Agosto 3)

Diario Oficial No. 41.479, de 5 de agosto de 1994

Por la cual se crea el Sistema Nacional de Reforma Agraria y Desarrollo Rural Campesino, se establece un subsidio para la adquisición de tierras, se reforma el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria y se dictan otras disposiciones.

(...)

CAPÍTULO XIII.

COLONIZACIONES, ZONAS DE RESERVA CAMPESINA Y DESARROLLO EMPRESARIAL

“ARTÍCULO 79. Las actividades que desarrolle el INCORA en los procesos de colonización estarán sujetas a las políticas que sobre la materia formulen, conjuntamente, los Ministerios de Agricultura y del Medio Ambiente, y a las disposiciones relacionadas con los recursos naturales renovables y de medio ambiente, y tendrán, como propósitos fundamentales, la regulación, limitación y ordenamiento de la propiedad rural, eliminar su concentración y el acaparamiento de tierras baldías a través de la adquisición o implantación de mejoras, fomentar la pequeña propiedad campesina y prevenir, con el apoyo del Sistema Nacional de Reforma Agraria y Desarrollo Rural Campesino, la descomposición de la economía campesina del colono y buscar su transformación en mediano empresario.

En los procesos de colonización que se adelantan, o deban desarrollarse en el futuro, en las

Zonas de Colonización y en aquellas en donde predomine la existencia de tierras baldías, se regulará, limitará y ordenará la ocupación, aprovechamiento y adjudicación de las tierras baldías de la Nación, así como los límites superficiarios de las que pertenezcan al dominio privado, según las políticas, objetivos y criterios orientadores de la presente Ley, con la finalidad de fomentar la pequeña propiedad campesina, evitar o corregir los fenómenos de inequitativa concentración de la propiedad rústica y crear las condiciones para la adecuada consolidación y desarrollo de la economía de los colonos, a través de los mecanismos establecidos en el Capítulo II de esta Ley.

ARTÍCULO 80. Son Zonas de Reserva Campesina, las áreas geográficas seleccionadas por la Junta Directiva del INCORA, teniendo en cuenta las características agroecológicas y socioeconómicas regionales. En los reglamentos respectivos se indicarán las extensiones mínimas y máximas que podrán adjudicarse, determinadas en Unidades Agrícolas Familiares, el número de éstas que podrá darse o tenerse en propiedad, los requisitos, condiciones y obligaciones que deberán acreditar y cumplir los ocupantes de los terrenos.

En las Zonas de Reserva Campesina la acción del Estado tendrá en cuenta, además de los anteriores principios orientadores, las reglas y criterios sobre ordenamiento ambiental territorial, la efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de los campesinos, su participación en las instancias de planificación y decisión regionales y las características de las modalidades de producción.

Para regular las áreas máximas de propiedad privada que podrán tenerse por cualquier persona natural o jurídica, o en común y proindiviso, en las Zonas de Reserva Campesina que se establezcan, el Instituto procederá a adquirir mediante el procedimiento señalado en el Capítulo VI de esta Ley o por expropiación, las superficies que excedan los límites permitidos.

ARTÍCULO 82. Previos los estudios correspondientes, el INCORA delimitará zonas de baldíos que no tendrán el carácter de Reserva Campesina sino de Desarrollo Empresarial de las respectivas regiones, en las cuales la ocupación y acceso a la propiedad de las tierras baldías se sujetará a las regulaciones, limitaciones y ordenamientos especiales que establezca el Instituto, para permitir la incorporación de sistemas sustentables de producción en áreas ya intervenidas, conservando un equilibrio entre la oferta ambiental y

el aumento de la producción agropecuaria, a través de la inversión de capital, dentro de criterios de racionalidad y eficiencia y conforme a las políticas que adopten los Ministerios de Agricultura y del Medio Ambiente.

ARTÍCULO 83. Las sociedades de cualquier índole que sean reconocidas por el Ministerio de Agricultura como empresas especializadas del sector agropecuario, en los términos del inciso 2o. del artículo 157 del Decreto Extraordinario 0624 de 1989 (Estatuto Tributario), o que se dediquen a la explotación de cultivos agrícolas o a la ganadería, podrán solicitar la adjudicación de terrenos baldíos en las Zonas de Desarrollo Empresarial establecidas en el artículo anterior, en las extensiones que al efecto determine la Junta Directiva del Incora, de conformidad con lo previsto en el artículo 66 de la presente Ley.

Tal adjudicación sólo será procedente cuando la explotación del baldío se haya llevado a efecto en virtud de un contrato celebrado con el Instituto, mediante el cual la sociedad se comprometa a explotar una superficie no menor de las dos terceras partes de la extensión solicitada, en los cultivos o actividad ganadera convenida, dentro de los cinco (5) años siguientes a la fecha del contrato respectivo.

Cuando la sociedad adjudicataria requiera para su explotación una extensión adicional a la inicialmente adjudicada, podrá permitirse por una sola vez la elaboración de un nuevo contrato de explotación en favor de la sociedad, hasta por una extensión igual, por un término de dos (2) años, al vencimiento del cual, si hubiere dado cumplimiento a las obligaciones contraídas, se autorizará la venta del terreno baldío conforme al precio que señale la Junta Directiva.

En todo caso, el incumplimiento de las obligaciones durante la vigencia del contrato dará lugar a la declaratoria de caducidad y a la recuperación de los terrenos baldíos.

ARTÍCULO 84. En la formulación y ejecución de los planes de desarrollo de los procesos de colonización en las Zonas de Reserva Campesina, será obligatoria la participación de los Alcaldes de los municipios incorporados en los respectivos estudios, así como de las organizaciones representativas de los intereses de los colonos.

En todas las reglamentaciones que expida el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria relacionadas con los procesos de colonización, se incluirán las normas básicas que regulan

la conservación, protección y utilización de los recursos naturales bajo el criterio de desarrollo sostenible, en la respectiva región, y se determinarán, de manera precisa, las áreas que por sus características especiales no pueden ser objeto de ocupación y explotación.”

1.2. FUNDAMENTOS DE LA DEMANDA

El demandante sostiene que los artículos demandados desconocen el Convenio 169 de la OIT -que hace parte del bloque de constitucionalidad-, ya que fueron adoptados sin previa consulta a los pueblos indígenas y tribales, y tampoco ordenan la realización de las respectivas consultas para la creación de las zonas de reserva campesina, ni ofrecen protección a sus territorios ancestrales. Los argumentos en los que apoyan su solicitud son los siguientes:

1.2.1. Después de citar varios cuerpos normativos nacionales e internacionales dirigidos a la protección de los pueblos indígenas y tribales, y relatar cómo ha sido su lucha por el territorio, el demandante asegura, en concordancia con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que es una obligación del Estado demarcar los territorios ancestrales de tales grupos étnicos antes de constituir reservas campesinas. Sostiene que la falta de demarcación, (i) impide y dificulta el acceso de los pueblos indígenas a su territorio, así como el uso y disfrute de los recursos naturales que se encuentran en ellos; (ii) los coloca en una situación de vulnerabilidad extrema que incide directamente sobre otros de sus derechos humanos, como el derecho a la alimentación, al agua y a la salud; (iii) atenta contra su supervivencia cultural y su integridad comunitaria; y (iv) agudiza el impacto de los proyectos de exploración y explotación de recursos naturales en dichos territorios, así como los conflictos a causa de los proyectos extractivos.

Agrega que no existen mecanismos efectivos para lograr esa demarcación y que, además, sean diferentes a los de titulación de la propiedad agraria. En este sentido explica: que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) ha dicho que no es suficiente, para dar cumplimiento a los requisitos establecidos en el artículo 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que haya normas jurídicas que reconozcan y protejan la propiedad indígena; es necesario que existan procedimientos específicos, claramente regulados y

respetuosos de las prácticas consuetudinarias.

Finalmente, argumenta que la Corte Interamericana –caso Saramaka– ha ordenado a los estados parte abstenerse de realizar, hasta tanto no se efectúe esa delimitación, demarcación y titulación, actos que puedan llevar a que agentes del propio Estado o terceros que actúen con su aquiescencia o tolerancia, afecten la existencia, valor, uso y goce de los bienes ubicados en las zonas geográficas donde los pueblos indígenas habitan y llevan a cabo sus prácticas tradicionales.

Con fundamento en las anteriores consideraciones, concluye que no es legal que el Estado promueva la creación de zonas de reserva campesina sin que previamente se hayan delimitado los territorios ancestrales de los grupos étnicos. Aduce que esa falta de demarcación puede permitir que en una misma área coexistan dos modelos territoriales, en desmedro de la autonomía de los pueblos indígenas.

1.2.2. A continuación, indica que de conformidad con el Convenio 169 de la OIT y la jurisprudencia constitucional, es obligatoria la consulta previa en el caso de proyectos mineros, de transporte, de infraestructura o de leyes que afecten los territorios indígenas.

En este caso –continúa– la consulta previa de los artículos censurados era necesaria, toda vez que pueden lesionar los derechos territoriales de los pueblos indígenas, como se explica en el primer apartado de la demanda.

Además, asegura que los preceptos también vulneran el derecho a la consulta previa, ya que no la prevén como requisito para la constitución de las zonas de reserva campesina, lo cual: (i) incita a la colonización de territorios ancestrales de los grupos étnicos –explica que gran parte de los territorios ancestrales étnicos se han perdido por procesos de colonización–, (ii) impide que los pueblos indígenas y tribales recuperen sus territorios, (iii) como consecuencia de los dos problemas anteriores, pone en riesgo la supervivencia de dichos pueblos, pues el territorio es conexo con su derecho a la vida, a la salud, a la autonomía alimentaria y a la cultura.

1.2.3. Reitera que la falta de delimitación de los territorios ancestrales y la omisión de las consultas previas están generando conflictos violentos por los territorios entre campesinos e indígenas. Recuerda que los modelos de desarrollo de los grupos étnicos en la mayoría de

los casos son totalmente diferentes a los de los campesinos, lo que da lugar a graves controversias. Asegura que la existencia en un mismo territorio de dos modelos territoriales vulnerará además su derecho a la autonomía.

Por último, afirma que en el actual conflicto del Catatumbo, es peligroso que el Estado, debido a presiones de hecho, “(...) otorgue zonas de reserva campesina sin la debida consulta previa, pues se impondrían las acciones mediáticas sin pensar en los conflictos futuros y en resolver los conflictos por la vía del ordenamiento jurídico”. Por lo anterior, en su sentir, se requiere de manera urgente que la Corte Constitucional declare inexecutable los artículos demandados y que en caso de que se vaya a constituir una zona de reserva campesina en el Catatumbo, se lleva a cabo la respectiva consulta previa.

1.3. INTERVENCIONES

1.3.1. Organización Nacional Indígena de Colombia (ONIC)

Solicita que los preceptos acusados se declaren inexecutable, por las siguientes razones:

Para comenzar, sostiene que los pueblos indígenas de Colombia han venido siendo arrasados sistemáticamente de sus tierras ancestrales a través de varios procesos de colonización, lo que ha implicado para muchos de ellos la pérdida de su territorialidad y el menoscabo de sus culturas. Llama la atención sobre el hecho de que en la actualidad 71 pueblos indígenas se encuentran en riesgo de exterminio físico y cultural, es decir, cerca del 62% de la totalidad los pueblos que se encuentran en el país. Resalta que la Corte Constitucional, por medio de diversos autos, ha reconocido el peligro de exterminio en el que se encuentran 36 de esos pueblos por factores asociados a intereses económicos y del conflicto armado. Indica que la situación de los otros 35 pueblos es también sumamente difícil, lo que es agravado por su debilidad demográfica.

También relata que en la actualidad existen más de 800 solicitudes de constitución, saneamiento y ampliación de resguardos indígenas que aún no han sido resueltas por el Incoder, las cuales llevan en promedio 16 años de trámite. Manifiesta que otras comunidades hasta ahora van a iniciar estos trámites, especialmente aquellas que se caracterizan por ser nómadas. Describe varios conflictos territoriales que enfrentan los pueblos indígenas, como los relacionados con zonas de reserva forestal y baldíos que se

yuxtaponen con territorios ancestrales. Con base en estas consideraciones, asegura que la propiedad comunal de posesión ancestral de los pueblos indígenas requiere ser caracterizada, para lo cual, por ejemplo, han sido creadas instancias como la Comisión Nacional de Territorios Indígenas y la Mesa Permanente de Concertación de los Pueblos Indígenas (CNTI), las cuales infortunadamente no han sido exitosas.

Específicamente, en relación con la demanda, expresa que la constitución de zonas de reserva campesina representa una amenaza para la propiedad ancestral de los pueblos indígenas, pues en las zonas respecto de las cuales se reclama la creación de la figura, existen territorios tradicionalmente ocupados por ellos, e incluso títulos colectivos reconocidos. Aduce que incluso ya han empezado a suscitarse conflictos entre campesinos e indígenas por esta razón, como entre los campesinos del Catatumbo y el pueblo del resguardo Motilón Bari. Por tanto, asevera que la constitución de reservas campesinas tiene el potencial de afectar el derecho al territorio de los pueblos indígenas, derecho que ha sido catalogado como de naturaleza fundamental.

Agrega que los artículos acusados también lesionan el derecho a la consulta previa, puesto que no la contemplan como requisito para la creación de las zonas de reserva campesina.

1.3.2. Federación Colombiana de Municipios

Solicita que se declaren exequibles los preceptos, con apoyo en los siguientes argumentos:

Afirma que el demandante parte de una premisa que no ha demostrado: que los bienes baldíos en alguna época estuvieron ocupados por los pueblos indígenas.

Agrega que es necesario distinguir los territorios ancestrales de los grupos étnicos de aquellos que, sin tener tal característica, quieren ser ocupados y aprovechados por esos grupos. Indica que en relación con los primeros, el demandante tiene razón en que debe efectuarse consulta previa, pero no ocurre lo mismo con los segundos, “pues si el territorio no ha sido en el pasado ocupado por los grupos étnicos, se hallan ellos en igualdad de condiciones que los colonos, se están comportando como colonos ellos mismos, luego mal pueden invocar su estatus protegido respecto de estos territorios”.

1.3.3. Incoder

Solicita un fallo inhibitorio o, en su defecto, que los artículos demandados se declaren exequibles, con fundamento en los siguientes motivos:

En primer lugar, afirma que existe ineptitud sustantiva de la demanda, toda vez que no concreta un cargo, pues no explica con suficiencia jurídica las razones de inconstitucionalidad, ni los mandatos constitucionales trasgredidos. Agrega que el actor se limita a afirmar simplemente que existe un trato discriminatorio y desproporcionado porque, en su sentir, se afectan los derechos ancestrales de los pueblos indígenas, sin advertir que el legislador puede establecer diferencias en los derechos o incluso fijar límites legales o enfoques diferenciales, regulaciones que no son discriminatorias. Sostiene que los alegatos de la demanda desconocen el fondo del asunto, así como que las categorizaciones en el ordenamiento rural no limitan el ejercicio de derechos.

En segundo lugar, defiende la constitucionalidad de los preceptos con apoyo en los argumentos que a continuación se resumen:

Aduce que no es cierto que las zonas de colonización, de reserva campesina y de desarrollo empresarial puedan crearse sin ningún tipo de restricción, puesto que la ley 160 de 1994, el decreto 1777 de 1996 y el acuerdo 024 de 1996 del Incora prevén estrictos requisitos para el efecto. Por ejemplo, la normativa referenciada prohíbe la conformación de zonas de reserva campesina y zonas de desarrollo empresarial en resguardos indígenas y territorios colectivos de comunidades afrocolombianas. Agrega que las figuras censuradas buscan la estabilización y dignificación de la vida de la población campesina, y representan herramientas de reforma agraria y desarrollo rural, de manera que están dirigidas a la realización del mandato del artículo 64 superior. También afirma que los requisitos previstos en la normativa vigente impiden la afectación de los derechos territoriales de los pueblos indígenas y evitan impactos negativos en los proyectos que dichos pueblos adelantan en sus territorios.

No obstante, precisa que el artículo 82 de la ley 160 sobre zonas de desarrollo empresarial aún no ha sido reglamentado, de modo que es posible que el reglamento que se expida “prevea la certificación por parte de la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, que verifique o no la existencia de comunidades étnicas (...) a fin de establecer la

procedencia de la consulta previa”.

Sostiene que las disposiciones bajo examen no vulneran el derecho a la consulta previa, ya que (i) la ley 160 fue expedida antes de la sentencia C-030 de 2008, momento que la Corte Constitucional, en la sentencia C-253 de 2013, fijó como aquel a partir del cual tal exigencia es predicable de las medidas legislativas; (ii) en el caso de las 6 zonas de reserva campesina que se han conformado hasta la fecha, no fue necesaria la consulta previa porque los territorios son habitados solamente por comunidades campesinas y no se presentó ninguna reclamación por parte de pueblos indígenas; (iii) en la actualidad y con base en el precedente constitucional, el Incoder viene solicitando a la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior la expedición de certificaciones sobre presencia de grupos étnicos, antes de la conformación de zonas de reserva campesina, con miras a determinar si es requerido un proceso de consulta previa.

Para terminar, manifiesta que los preceptos demandados desarrollan el mandato constitucional de promoción del acceso progresivo de los campesinos a la tierra-artículo 64 de la Constitución-.

1.3.4. Ministerio de Agricultura

Solicita un fallo inhibitorio o, en su defecto, que los artículos demandados se declaren exequibles, por las siguientes razones:

Asegura que la demanda no satisface los requisitos de claridad, certeza y especificidad, toda vez que la narración que hace el demandante es confusa y no permite entender los motivos de inconstitucionalidad, específicamente respecto de los derechos de los pueblos indígenas. Además, en sentir del Ministerio, las disposiciones demandadas en ninguna parte se refieren a comunidades indígenas, de lo que deduce que los cargos carecen de certeza.

De otro lado, argumenta que de acuerdo con la sentencia C-253 de 2013, la consulta previa no es exigible a leyes que entraron en vigencia antes de la sentencia C-030 de 2008, como es el caso de la ley 160 de 1994.

Finalmente alega que los preceptos censurados no afectan directamente a los pueblos

indígenas y tribales, toda vez que la ley 160 protege sus derechos, de manera que no debían ser materia de consulta previa.

1.3.5. Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República

Manifiesta que, a la luz de la sentencia C-253 de 2013, la falta de consulta previa de la ley 160 no constituye un vicio de inconstitucionalidad, pues en el momento en que fue expedida tal requisito no era exigible al Legislador. Por ello solicita que los artículos acusados se declaren exequibles.

1.3.6. Asociación Campesina del Valle del Río Cimitarra

Defiende la constitucionalidad de los preceptos acusados, por las siguientes razones:

Afirma que los artículos acusados desarrollan el derecho a la igualdad de los campesinos, así como otros mandatos constitucionales tales como la realización de función social y ecológica de la propiedad, la protección de la diversidad étnica y cultural de la Nación, el deber de promoción del acceso de los trabajadores rurales a la tierra, la protección de la producción de alimentos a través de la priorización de las actividades agrícolas, pesqueras, forestales, pecuarias y agroindustriales, la salvaguarda de la integridad y diversidad de los recursos naturales, entre otros. Precisa que de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, el campesinado hace parte de la riqueza y diversidad cultural de la Nación que debe ser protegida.

Cita la resolución de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas campesinas, la cual -asegura- sigue el mismo espíritu de la Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas, y resalta el reconocimiento por ese documento de varios derechos de los campesinos, como los derechos a la tierra y al territorio, a las semillas, a la protección del conocimiento tradicional y sus prácticas agrícolas, a la información y a la tecnología agrícola, entre otros. Asevera que las disposiciones demandadas también desarrollan estos derechos y son acordes con el reconocimiento de los campesinos como actores con derechos humanos que defender.

Asegura que el cargo de omisión de consulta previa pretende crear un conflicto entre comunidades agrarias y pueblos indígenas. Agrega que no es cierto que se requiriera la

consulta previa para la adopción de los artículos bajo examen, ya que no afectan directamente a los pueblos indígenas y tribales, pues las reservas campesinas son una figura del ordenamiento territorial, lo que no significa que no deba existir para su constitución un acuerdo entre la población campesina e indígena. Afirma al respecto:

“Y es que el campesinado organizado ha ido más allá en la práctica de lo que prescribe la ley, por ello hablamos de acuerdos para el ordenamiento del territorio entre el pueblo oprimido (comunidades agrarias), caso Catatumbo y Suroccidente, y no de consultas previas. Que a la postre y según la ley nacional que pretende hacer suponer el accionante, solo consulta, no reconoce el consentimiento ni mucho menos el culmen de la civilización que es el acuerdo”.

Alega que afirmar -como pretende el demandante- que la existencia en un mismo territorio de dos modelos de desarrollo afecta los derechos de los pueblos indígenas y que no es posible la creación de zonas de reserva campesina sin que previamente se haya delimitado su territorio, dejaría sin piso legal todo el modelo de ordenamiento territorial colombiano. Explica que normas como las leyes 388 de 1997 y 1454 de 2011 se expidieron sin que previamente hubiesen sido delimitados los territorios ancestrales de los grupos étnicos ni con consulta previa, pese a lo cual no se ha alegado que vulneren la autonomía indígena.

Señala que existen diferencias importantes que hacen que en este caso no sea aplicable la jurisprudencia sobre consulta previa. Por ejemplo, sostiene que la medida cuestionada no lesiona la cultura económica de las comunidades protegidas por el Convenio 169 de la OIT, pues no versa sobre una decisión de explotación de recursos naturales o desarrollo de infraestructura; en criterio de la Asociación, “(...) los artículos demandados corresponden al reconocimiento y protección de una práctica de economía campesina que por siglos ha sido parte del acontecer agrario en territorios que de la misma forma han sido espacios de convivencia”. Además, las zonas de reserva campesina, al igual que los resguardos y los territorios colectivos, se encuentran ubicadas en regiones que se han convertido en el último refugio de seres humanos que por décadas han sido despojados de sus derechos humanos, y que han luchado conjuntamente por la defensa del territorio.

Aduce que declarar inexecutable los artículos censurados provocaría la violación de los

derechos humanos de los campesinos, específicamente su derecho a la igualdad, por ello solicita a la Corte llevar a cabo una interpretación pro homine.

Finalmente, recuerda que según la sentencia C-253 de 2013, la omisión de consulta previa constituye un vicio de inconstitucionalidad solamente en el caso de leyes expedidas después de que se profirió la sentencia C-030 de 2008, hipótesis en la que no se halla la ley 160 de 1994.

1.3.7. Ministerio de Ambiente

Sostiene que los artículos demandados no lesionan la Constitución, con fundamento en las siguientes consideraciones:

Indica que los preceptos censurados persiguen importantes finalidades como eliminar factores de desigualdad; promover el acceso progresivo de los campesinos a la tierra, así como la distribución de la riqueza con fundamento en el factor territorial; regular, limitar y ordenar la propiedad rural; abolir la concentración y el acaparamiento de tierras baldías a través de la adquisición o implantación de mejoras y el fomento de la pequeña propiedad campesina; y, con el apoyo del Sistema Nacional de Reforma Agraria y Desarrollo Rural Campesino, evitar la descomposición de la economía campesina del colono buscando su transformación en mediano empresario. Señala que dichas disposiciones además complementan el corpus de derechos humanos, y desarrollan varios artículos de la Carta Política como el 2, 7, 13, 25, 16, 58, 60, 64. 65, 332 y 334.

De otro lado, alega que el actor omitió considerar que los artículos 85, 86 y 87 de la Ley 160 garantizan el respeto de los territorios de los pueblos indígenas, lo que hace que los artículos acusados, a partir de una interpretación sistemática, deban declararse ajustados a la Constitución.

Asegura que declarar inexecutable los artículos materia de censura daría lugar a un déficit de protección de la población campesina, situación incompatible con la cláusula de Estado Social de Derecho.

Por último, en sentir del Ministerio, los artículos demandados no debían someterse a consulta previa, toda vez que no afectan directa, particular y específicamente a las

comunidades indígenas, ya que (i) contienen una regulación dirigida a todos los colombianos; (ii) su sujeto pasivo no son los pueblos indígenas; (iii) no introducen elementos que violenten la cosmovisión indígena; (iv) no utilizan como parámetro identificador de su objeto de regulación elemento alguno que defina social, política o culturalmente a alguna comunidad indígena; y (v) no afectan específicamente a los indígenas, “(...) pues tanto campesinos, como afrodescendientes, y población en general deberán respetar dentro del tráfico jurídico las disposiciones que garanticen la convivencia armónica y plural de todos los pueblos en el territorio Colombiano”.

1.3.8. Ministerio del Interior

Señala que la presente demanda adolece de elementos que permitan adelantar un juicio de constitucionalidad por parte de la Corporación porque (i) no establece claramente el concepto de violación, (ii) se fundamenta en una interpretación vaga y equivocada de los artículos acusados, y (iii) se basa en apreciaciones subjetivas, volitivas e intelectivas ajenas al objeto de la acción pública de inconstitucionalidad.

De otro lado, solicita que se declare la exequibilidad de las disposiciones acusadas, ya que (a) la consulta previa no debe aplicarse en el presente caso, pues el conjunto normativo no se refiere a poblaciones o grupos que tengan un régimen exceptivo; y (b) las normas demandadas atienden al mandato de garantizar el acceso a la propiedad del trabajador campesino como actor social.

1.3.9. Asociación Nacional de Zonas de Reserva Campesina (ANZORC)

Solicitan se declare la exequibilidad de las disposiciones acusadas, bajo las siguientes consideraciones:

Explican que la ANZORC es un movimiento agrario que congrega a 53 procesos organizativos campesinos a nivel nacional y cuyo propósito esencial es lograr el cumplimiento de la ley 160 de 1994 en lo que respecta a las zonas de reserva campesina como figuras de ordenamiento territorial con objetivos específicos: contener la expansión de la frontera agrícola, corregir los fenómenos de inequitativa concentración o fragmentación económica de la propiedad, crear condiciones para la adecuada consolidación y desarrollo sostenible de la economía campesina, regular la ocupación y aprovechamiento de las tierras

baldías, crear y constituir una propuesta integral de desarrollo humano sostenible, de ordenamiento territorial y de gestión política, facilitar la ejecución integral de políticas de desarrollo rural, promover espacios de concertación, entre otros.

En relación con los cargos de la demanda, considera que deben ser rechazados por su carácter falaz, ya que no hacen sino demostrar la falta de conocimiento y comprensión del texto de la ley 160 de 1994 y sus normas reglamentarias, así como de las condiciones de vida en los territorios rurales y del deber del Estado de ordenar el territorio nacional a través de estrategias y herramientas de carácter técnico.

Así, frente al primer cargo que propone el accionante sobre la creación sin restricciones de zonas de reserva campesina, manifiesta que el artículo 3 del acuerdo 024 de 1996 proferido por el Incora establece concretas prohibiciones al establecimiento de reservas campesinas en áreas del Sistema Nacional de Parques Naturales, en resguardos de comunidades indígenas, en territorios colectivos de comunidades afrodescendientes, en zonas de reserva forestal y en zonas empresariales. Adicionalmente, sostiene que el acuerdo en mención establece una serie de requisitos y una ruta de procedimientos orientados a establecer la viabilidad y la constitución de las zonas de reserva campesina.

Respecto del cargo por desconocimiento de la consulta previa, alega que la Corte Constitucional sentó un claro precedente en la sentencia C-030 de 2008 (reiterado en la sentencia C-253 de 2013), según el cual la consulta previa para medidas legislativas sólo procede para aquellas promulgadas luego del año 2008, siempre y cuando afecten directa y específicamente a los grupos étnicos.

Finalmente, sobre la afirmación de que las normas acusadas profundizan y generan conflictos en los territorios indígenas, arguye que se articula con un repertorio de perjuicios y que es una tergiversación de las complejas realidades rurales, caracterizadas por una persistente conflictividad que debe ser atendida por el Estado. En este punto debe tenerse en cuenta –continúa– que las comunidades campesinas han sido víctimas de los fenómenos de violencia y marginalidad, al igual que las comunidades indígenas, y que el establecimiento de zonas de reserva campesina tiene el potencial de constituir un importante espacio de concertación y diálogo social que permita afrontar adecuadamente las dinámicas del conflicto y la marginalidad.

1.3.10. Ministerio de Minas

Solicita un fallo inhibitorio por las siguientes razones:

Indica que aun cuando fue subsanada, la demanda sigue adoleciendo de las falencias citadas en el auto inadmisorio. Luego de transcribir jurisprudencia de esta Corporación sobre los requisitos mínimos que debe cumplir la acción pública de inconstitucionalidad, arriba a la conclusión de que en la presente demanda no se materializan los mencionados presupuestos, y por el contrario, el accionante da un alcance equivocado a las normas que consideran violan la Constitución.

Asegura que no hay ningún cargo concreto sobre la forma cómo las normas acusadas son violatorias del Convenio 169 de la OIT, la ley 21 de 1991 y la Constitución Política, salvo la consideración personal del accionante sobre que dichos artículos han debido surtir el trámite de la consulta previa. Agrega que dicha interpretación es netamente subjetiva y no coincide con el espíritu de las disposiciones, en las que además se hace expresa referencia a tierras baldías y a un procedimiento previo a la constitución, el cual dado el caso, debe ser consultado, de conformidad con la jurisprudencia constitucional.

Como integrante del equipo técnico de la Asociación Nacional de Reservas Campesinas, defiende la constitucionalidad de las normas acusadas bajo los siguientes argumentos:

La interviniente parte de definir el concepto de campesino, su aporte a la sociedad, su situación de vulnerabilidad y desprotección, la noción y antecedentes de las zonas de reserva campesina, para finalmente centrar su argumentación en los principios de igualdad, progresividad y pro hominem.

Así, dice que para efectos del análisis constitucional de la ley 160 de 1994, es necesario aludir al derecho a la igualdad, pues el campesinado, siendo un tipo de población en situación de vulnerabilidad y configurándose como minoría en este país al igual que otros grupos poblacionales, merece un tratamiento similar, tal y como lo tienen las comunidades indígenas y afrodescendientes. En ese orden de ideas, asevera que la efectividad de los derechos al territorio y, por ende, a la vida digna de los campesinos es tan importante como el de los pueblos indígenas y tribales. Indica que la figura de las zonas de reserva campesina es uno de los instrumentos jurídicos que salvaguardan los derechos de los

campesinos ante un panorama de exclusión, y por tanto la declaración de inconstitucionalidad dejaría sin instrumentos a la población campesina para vivir dignamente en los territorios rurales.

Por su parte, sostiene que la declaración de inconstitucionalidad violaría el principio de progresividad porque dejaría sin piso las garantías para que campesinos y campesinas puedan efectivizar el derecho al territorio, la alimentación y demás derechos fundamentales establecidos en la Constitución de 1991.

Finalmente, en relación con el principio pro hominem, manifiesta la interviniente que éste debe ser una de las piedras angulares dentro del análisis de constitucionalidad de la norma acusada, ya que el accionante pone en tensión el derecho a la consulta previa con el derecho al territorio, la alimentación y otros que cobran vida con las zonas de reserva campesina. En ese sentido, la declaración de inconstitucionalidad sería una medida desproporcionada y regresiva que no generaría efectos positivos para la garantía de los derechos humanos.

1.3.12. Corporación Colectivo de Abogados Luis Carlos Pérez

Comienza por solicitar una providencia inhibitoria, toda vez que, en su criterio, el actor solamente expone argumentos subjetivos, abstractos e históricos, sin certeza, especificidad, pertinencia y suficiencia.

A continuación, defiende la constitucionalidad de los artículos demandados, por las siguientes razones:

Manifiesta que el Legislador en las disposiciones acusadas sólo consagró de manera general la creación de las zonas de reserva campesina y de desarrollo empresarial, limitándose a enunciar las legítimas y constitucionales finalidades perseguidas: eliminar la concentración de la propiedad rural, el acaparamiento de tierras baldías y fomentar la pequeña propiedad rural. Dichos propósitos, señala, se adecuan a los postulados de un Estado Social de Derecho, en especial con los artículos 64, 65 y 66 de la Constitución, los cuales constituyen el fundamento de la acción del Estado para crear las condiciones necesarias que permitan el acceso progresivo de los trabajadores agrarios a la propiedad de la tierra, sin que ello signifique una vulneración o desmedro directo y particular de las comunidades

indígenas, o el desconocimiento del Convenio 169 de la OIT, la ley 21 de 1991 o la Constitución.

Agrega que en este caso no opera la obligatoriedad de la consulta previa en tanto el marco normativo demandado no afecta de manera directa y particular a las comunidades indígenas; aduce que el acceso progresivo a la tierra, la promoción del desarrollo sostenible y la búsqueda de formas dignas de supervivencia no es una medida que ponga en riesgo la integridad de los grupos étnicos. En su lugar, afirma, las zonas de reserva campesina legitiman la protección especial y constitucional del campo colombiano y, por tanto, la discriminación positiva de que gozan las comunidades étnicas no es razón para la exclusión de otros grupos históricamente marginados y en condiciones de vulnerabilidad.

1.3.13. Centro de Investigación y Educación Popular (Cinep)

Defiende la constitucionalidad de las disposiciones objeto de censura por las razones que se exponen a continuación:

En primer lugar, afirma que suponer que la existencia de una norma que permita la constitución de zonas de reserva campesinas pone en riesgo la garantía de los derechos territoriales adquiridos y reconocidos a favor de los pueblos indígenas, resulta contradictorio con la interpretación sistemática de las normas jurídicas relevantes para la materia. Para ello se refiere al decreto 2164 de 1995, por medio del cual se resuelve el dilema de la representación legal de los pueblos indígenas que habitan territorios tradicionales y se señala que en las zonas de territorios tradicionales de los pueblos indígenas se debe priorizar la adjudicación a estos grupos y la constitución de resguardos para la protección de sus derechos territoriales. Alega que según estos preceptos, la constitución de las zonas de reserva campesina no puede hacerse en detrimento de los derechos territoriales de los pueblos indígenas, ya que los territorios que ellos ocupan solo podrán adjudicarse a ellos mismos.

Por otra parte, indica que el procedimiento para constituir una zona de reserva campesina no es solo una herramienta para la protección de los derechos territoriales de las comunidades de campesinos, sino que también puede comprenderse como una oportunidad para el reconocimiento de la existencia de pueblos indígenas que habitan territorios tradicionales, toda vez que implica un análisis detallado de las territorialidades presentes en

el área en que se pretende implantar la figura.

Agrega que los procedimientos para la constitución de zonas de reserva campesina, resguardos indígenas y tierras colectivas de las comunidades negras deben armonizarse dentro de un mismo escenario de protección constitucional, y las eventuales situaciones de vulneración de derechos territoriales no deben resolverse mediante la exclusión del ordenamiento constitucional de normas que reconocen derechos territoriales a otros grupos que gozan de especial protección constitucional, sino por medio de la implementación adecuada de procedimientos y garantías para el reconocimiento de derechos territoriales de todos los sujetos colectivos titulares de esas garantías. En este orden de ideas, explica que la declaración de inconstitucionalidad de las normas demandadas sería una medida desproporcionada, ya que causaría un daño a la protección de los derechos fundamentales de las comunidades campesinas, que quienes encuentran en la constitución de zonas de reserva campesina un procedimiento idóneo para la protección de su economía, cultura y formas de vida.

1.3.14. Instituto Latinoamericano para una Sociedad y un Derecho Alternativos (Ilsa)

Solicita que la Corporación se declare inhibida para estudiar la constitucionalidad de las disposiciones demandadas o, en subsidio, declare su constitucionalidad, con base en los siguientes argumentos:

Señala que existen aspectos que no fueron corregidos por el demandante y que pueden generar un fallo inhibitorio, como los siguientes: (i) los argumentos esbozados no se orientan a sustentar la inconstitucionalidad de la totalidad y de cada uno de los enunciados normativos demandados, pues el accionante dirige su demanda contra los artículos 79, 80, 81, 82, 83 y 84 de la ley 160 de 1994, pero los argumentos expuestos solo se orientan a algunos de los apartados normativos, más concretamente a los artículos 79 (parcial) y 81 que regulan aspectos concernientes a las zonas de reserva campesina; (ii) tampoco se argumenta por qué los artículos 79 (parcial) y 80 contrarían el Convenio 169 de la OIT y la Constitución Política; (iii) en el caso de los artículos demandados se formulan argumentos indirectos, abstractos y globales que no se relacionan directamente con los apartados normativos cuya constitucionalidad se evalúa; y (iv) no hay elementos de ataque con relación a la supuesta vulneración del Convenio 169 de la OIT, presentándose ausencia de

certeza de los cargos.

En segundo lugar, asevera que los argumentos expuestos no permiten identificar cómo los artículos 79 (parcial) y 81 de la ley 160 de 1994 violan el Convenio 169 de la OIT y el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas y tribales. En ese sentido, el demandante únicamente se refiere al párrafo segundo del artículo 79 de la ley 160 de 1994, lo que impide ver que el artículo demandado consagra lo que es la finalidad de las actuaciones adelantadas por el Incora en los procesos de colonización: la regulación, limitación y ordenamiento de la propiedad rural. Así mismo, resalta que el demandante no considera lo expuesto en el artículo 80 sobre las zonas de reservas campesinas y por qué no afectan los territorios de grupos étnicos, ya que su establecimiento obedece a características de orden agroecológico y socioeconómico. Adicionalmente, continúa, es imperativo remitirse al Capítulo XIV de la ley 160 de 1994, para evidenciar que lo que corresponde a tierras y territorios, y saneamiento de resguardos indígenas es desarrollado en un apartado distinto al analizado y regula aspectos previstos en el Convenio 169 de la OIT. Teniendo en cuenta estas disposiciones, sostiene, los artículos demandados no afectan a los pueblos indígenas y tribales, a las tierras, territorios y resguardos o consejos comunitarios y, por tanto, las afirmaciones del demandante sobre una promoción estatal para ocupar territorios indígenas y el despojo de tierras ancestrales son infundadas.

Señala que lo anterior lleva a concluir que en el caso bajo análisis no aplicaba la consulta previa frente a medidas de carácter legislativo, ya que el articulado del Capítulo XIII de la ley 160 de 1994 no presenta afectación a los pueblos indígenas y tribales en relación con el contenido material de la norma, por los sujetos en los que recae, ni por la materia que regula. En el mismo sentido, la iniciativa de conformación de una zona de reserva campesina no debe someterse a consulta previa, toda vez que la normativa que reglamenta la figura impide su constitución en territorios indígenas y tierras que deban ser tituladas colectivamente a comunidades negras.

1.3.15. Comisión Intereclesial de Justicia y Paz

Aboga por la constitucionalidad de las normas acusadas con base en las siguientes razones:

Sostiene que los argumentos del demandante son de conveniencia y parten de supuestos

cuya constitucionalidad no es verificable de manera jurídica, como que la figura de las zonas de reserva campesina promueve e incentiva la colonización de tierras baldías en desmedro de posibles derechos que podrían tener las comunidades étnicas.

Así mismo, indica que el análisis del demandante ignora deliberadamente que los artículos demandados hacen parte de todo un cuerpo normativo, la ley 160 de 1994, que debe ser analizada sistemáticamente. De ese modo, -continúa- se evidenciaría que la ley 160 de 1994 antes que atentar contra los derechos territoriales de las comunidades étnicas, pretende, en la medida de sus posibilidades, ser garantista de sus derechos, los cuales busca armonizar con los derechos territoriales de las comunidades campesinas.

Finalmente, hace un amplio recuento normativo y jurisprudencial relacionado con la ley 160 de 1994 y los derechos territoriales de las comunidades étnicas y campesinas para concluir que la protección a los derechos territoriales de estas últimas comunidades no riñe con la protección de los territorios ancestrales de las primeras.

1.4. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO

Solicita que se declare la inexecutable de las normas demandadas, difiriendo los efectos de dicha declaratoria en el tiempo, con base en las siguientes consideraciones:

Señala que de la simple lectura de las disposiciones demandadas se puede concluir que afectan, en forma directa y específica, a los pueblos indígenas y tribales en cuyos territorios se ha constituido o puedan llegar a crearse zonas de reserva campesina, zonas de desarrollo empresarial o zonas de colonización. Por tanto, asevera que el proyecto de ley debió ser sometido a consulta, para dar a esos pueblos la oportunidad de participar en el proceso de discusión.

Sostiene que a pesar de que la ley en comento dispone en el inciso noveno del artículo 69 que “[n]o podrán hacerse adjudicaciones de baldíos donde estén establecidas comunidades indígenas o que constituyan su hábitat, sino únicamente y con destino a la constitución de resguardos indígenas”, ello no es suficiente para obviar la obligación de consultar el proyecto de ley con dichos grupos. Por lo tanto, al no existir prueba alguna sobre la realización de dicho proceso, se deduce que se omitió, por lo que se impone concluir que los artículos 79, 80, 81, 82, 83 y 84 adolecen de un vicio insubsanable en su proceso de

formación, por lo que deben ser excluidos de manera inmediata del ordenamiento jurídico.

Ahora bien, teniendo en cuenta que la citada declaración de inexecutable dejaría un vacío total en relación con las zonas de reserva campesina, desarrollo empresarial y colonización, solicita a la Corte Constitucional diferir los efectos de la declaración por el tiempo que considere necesario para que el Legislador expida las disposiciones que corrijan la situación.

1.5. PRUEBAS RECAUDADAS

Por medio de auto del 27 de agosto de 2013, el Magistrado Sustanciador solicitó las siguientes pruebas:

“SEGUNDO.- OFICIAR al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible y al Incoder, para que en el término de diez (10) días hábiles contados a partir de la notificación del presente auto, se sirvan remitir a esta Corporación un informe en que se indique:

a) Cuáles son las zonas de colonización, de reserva campesina y de desarrollo empresarial que existen en la actualidad, de conformidad con los preceptos demandados. Se solicita precisar en el informe la ubicación geográfica de esas zonas –preferiblemente por medio de un mapa- y las razones en las que se fundamentó su creación.

b) En qué casos se han llevado a cabo procesos de consulta previa con pueblos indígenas y/o tribales para efectos de la constitución de las zonas referidas. Se solicita precisar respecto de los casos en los que no se han llevado a cabo consultas, las razones por las cuales no fueron realizadas.

c) Cuáles son los requisitos para la constitución de cada tipo de zona y cuál es el proceso que debe surtir para su creación. Se solicita precisar las normas reglamentarias de los artículos acusados, así como otro tipo de normativa administrativa relacionada con la materia.

TERCERO.- OFICIAR a los secretarios generales del Senado de la República y de la Cámara de Representantes, para que en el término de diez (10) días hábiles contados a partir de la notificación del presente auto, se sirvan remitir a esta Corporación copia completa de los

antecedentes legislativos de la ley 160 de 1994.

CUARTO.- OFICIAR al Ministerio del Interior para que en el término de diez (10) días hábiles contados a partir de la notificación del presente auto, se sirvan remitir a esta Corporación un informe en el que indique:

a) Si se han llevado a cabo procesos de consulta previa para la constitución de zonas de colonización, de reserva campesina y de desarrollo empresarial, de conformidad con los preceptos demandados. En caso afirmativo, en qué casos y con qué resultados.

b) Cuál es el mapa de ubicación de los pueblos indígenas y tribales del país. Se solicita diferenciar entre resguardos, propiedades colectivas y territorios ancestrales protegidos.”

En cumplimiento de estas órdenes, se recaudó la siguiente información:

1.5.1. Ministerio del Interior

La entidad informa que según su Sistema de Información y Gestión para la Gobernabilidad Democrática -SIGOB-, así como los archivos de la Dirección de Consulta Previa, no existe información sobre procesos de consulta previa que se hayan adelantado para la constitución de zonas de colonización, reserva campesina o desarrollo empresarial.

También indica que de conformidad con las bases de datos del Incoder la Dirección de Asuntos Indígenas, Minorías y Rom, y la Dirección de Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras, existen 707 resguardos indígenas reconocidos y titulados -información a 2012-, 55 resguardos coloniales, 565 parcialidades indígenas reconocidas, 181 Consejos Comunitarios de Comunidades Negras, 1.422 organizaciones de comunidades negras, un pueblo raizal -perteneciente al Archipiélago de San Andrés, Providencia y Santa Catalina- y 10 comunidades Rom.

Señala que las resoluciones 000002 del 4 de enero de 1973 y 837 del 28 de agosto de 1995 reconocen como territorio ancestral protegido, el área de la Línea Negra de los cuatro pueblos indígenas de la Sierra Nevada.

Finalmente, adjunta mapas que muestran la ubicación específica de las comunidades relacionadas.

1.5.2. Ministerio de Ambiente

Manifiesta que en la actualidad existen 6 zonas de reserva campesina, establecidas entre 1997 y 2002, ubicadas en las siguientes regiones: el Guaviare, Caquetá -reserva Plato Balsillas ubicada en el municipio de San Vicente del Caguán-, Sur de Bolívar -municipios de Arenal y Morales-, Cundinamarca -reserva Cabrera en la provincia de Sumapaz-, Putumayo -reserva Bajo Cuembí y Comandante en el municipio de Puerto Asís-, y Medio Magdalena -reserva Valle del Río Cimitarra-.

Indica que en la actualidad no se han creado zonas de desarrollo empresarial.

Señala que normativa relacionada con la materia se halla en la ley 164 de 1994, el decreto 1777 de 1996 y el acuerdo 024 de 1996 emitido por la Junta Directiva del Incora.

En relación con el párrafo 2 del artículo 1 del decreto 1777 de 1996, explica que el artículo 210 del decreto-ley 28111 de 1974 dispone que cuando por razones de utilidad pública o de interés social sea necesario realizar dentro de las áreas de reserva forestal actividades económicas que impliquen remoción de bosques, cambios en el uso de los suelos, o cualquier actividad distinta al aprovechamiento racional de los bosques, se deberá realizar de manera previa la respectiva sustracción del área de reserva forestal. Precisa que según el artículo 5 de la ley 99 de 1993 y el numeral 14 del artículo 2 del decreto 3570 de 2011, el Ministerio de Ambiente es la autoridad competente para sustraer áreas de las reservas forestales nacionales, de modo que cuando se identifiquen áreas al interior de una reserva forestal nacional que se requiera sustraer con fines de adjudicación como tierras baldías, el Incoder debe presentar ante el Ministerio de Ambiente la respectiva solicitud de sustracción, para lo cual debe sujetarse a lo dispuesto en las resoluciones 293 de 1998 -sobre la elaboración del plan de manejo ambiental de la sustracción-, 629 de 2012 -sobre requisitos y procedimiento para la sustracción de áreas de reserva forestal de la ley 2 de 1959 para los programas de reforma agraria y desarrollo rural de los que trata la ley 160 de 1994 y medidas de restitución en el marco de la Ley de Víctimas-, y 168 de 2013 -sobre el procedimiento para la sustracción definitiva con miras a la adjudicación de terrenos baldíos a entidades territoriales para actividades de bajo impacto.

1.5.3. Incoder

Sobre las zonas de colonización, explica que surgieron con la ley 135 de 1961, la cual preveía la creación de reservas para el desarrollo de procesos de colonización especial. Indicó que bajo la vigencia de esa ley fueron destinadas a colonización especial varias áreas de la reserva forestal de la Amazonía. Preciso que la ley 160 de 1994 revivió la figura, pero aún no ha sido reglamentada y por ello no existen en la actualidad reservas de esta índole.

A continuación relaciona las zonas de reserva campesina que han sido reconocidas mediante acto administrativo:

DEPARTAMENTO

ZONA

GEOGRÁFICA

RESOLUCION CONSTITUCIÓN Y FECHA

EXTENSIÓN HECTAREAS

POBLACIÓN

CUNDINAMARCA

MUNICIPIO DE CABRERA

046-Nov-07-2000

44.000

9300

PUTUMAYO

BAJO CUEMBÌ Y COMANDANTE-MUNICIPIO PUERTO ASÌS

069-Dic-18-2000

22.000

4700

BOLIVAR

MUNICIPIOS DE MORALES Y ARENAL

054- Junio-22-1999

29.110

3500

GUAVIARE

MUNICIPIOS DE SAN JOSE DEL GUAVIARE,EL RETORNO Y CALAMAR

0054-Dic-18-1997

463.600

14.054

CAQUETA

REGION CUENCA DEL RIO PATO Y VALLE DE BALSILLAS MUNICIPIO DE SAN VICENTE
DEL CAGUAN

0055-Dic-18-1997

88.401

7.500

ANTIOQUIA-BOLIVAR

MUNICIPIOS DE YONDO Y REMEDIOS EN ANTIOQUIA;

CANTAGALLO-SAN PABLO EN BOLIVAR

028-Dic-10-2002

184.000

35.810

Afirma que de acuerdo con la ley 160 de 1994 y el decreto reglamentario de las zonas de reserva campesina, éstas constituyen una figura de ordenamiento social, ambiental y productivo encaminada a la solución de conflictos socio económicos y ambientales en áreas geográficas que por sus condiciones agroecológicas y socioeconómicas así lo requieren, así como a la protección y fortalecimiento de las economías campesinas.

Sostiene que la figura de las reservas campesinas fue puesta a prueba en el marco del “Proyecto Piloto de Zonas de Reserva Campesina”, implementado bajo la dirección del Ministerio de Agricultura con la participación del Instituto Interamericano de Cooperación para la Agricultura –IICA-, y financiado por el Banco Mundial. Asegura que el informe final del proyecto da cuenta de los impactos positivos de la implementación de la figura y por ello recomienda el diseño de un Programa Nacional de Zonas de Reserva Campesina. Agrega que en la evaluación del proyecto que llevó a cabo la Universidad Javeriana, se demuestra la oportunidad y viabilidad de las referidas zonas para el desarrollo de alternativas de “consolidación y estabilización de las comunidades rurales, con base en la definición de los derechos de propiedad sobre los territorios, el desarrollo de actividades productivas sostenibles y el apoyo a procesos de autogestión”.

A efectos de ilustrar las motivaciones que llevaron al reconocimiento de las zonas de reserva campesina que existen en la actualidad, la entidad aporta copia de las resoluciones de constitución.

También aclara que el artículo 3 del acuerdo 024 de 1996 del Incora prohíbe la constitución de zonas de reserva campesina en aquellos territorios reconocidos como resguardos

indígenas o territorios colectivos de comunidades afrodescendientes. Explica también que en las 6 zonas de reserva campesina que existen “(...) no ha sido pertinente la realización de procesos de consulta previa, dado que las poblaciones y comunidades de los territorios en los que se han constituido son campesinas. Es decir que no habitan en tales territorios poblaciones étnicas que ostenten del derecho a la consulta previa, ni se presentaron en el momento de constitución, ni hasta la fecha, reclamaciones de comunidades étnicas que vean impactados sus territorios o modos de vida por el reconocimiento de estas zonas o por las acciones propias de su implementación dentro del territorio delimitado ni en su área de influencia”.

Manifiesta que de entre los procesos de delimitación de zonas de reserva campesina en curso, solamente se involucran directa o indirectamente comunidades étnicas en los casos de Montes de María y Catatumbo. Al respecto explica:

“En el primer caso, en la actualidad se encuentra en desarrollo el proceso orientado a garantizar el derecho a la consulta previa a comunidades indígenas y afrodescendientes, el cual viene siendo diseñado de forma concertada con las comunidades étnicas y campesinas, con el apoyo técnico de la Pontificia Universidad Javeriana en el marco del Convenio No. 00589 entre ésta y el Incoder, como parte del procedimiento de delimitación y constitución de dos zonas de reserva campesina que han sido propuestas por el gobierno nacional.

En el caso del Catatumbo, el área delimitada proyectada para ser reconocida como zona de reserva campesina coincide en una parte con la Zona de Reserva Forestal de la Serranía de los Motilones, por lo que se viene adelantando el procedimiento de sustracción de la misma con destino eventual a zona de reserva campesina como alternativa de ordenamiento productivo, social y ambiental del área a sustraer. Sobre esta área el Ministerio del Interior certificó la necesidad de llevar a cabo la Consulta Previa, la cual se encuentra en proceso de preparación para su realización.

En el área restante que corresponde al polígono comprendido por un sector del municipio de Tibú, no presenta conflicto con los resguardos del pueblo Barí y otros, de acuerdo con lo señalado por la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior en la certificación en la que indica que en el área proyectada no se registra presencia de comunidades negras,

afrocolombianas, raizales, palenqueras, indígenas ni rom (...).

Sin embargo, vale la pena señalar que aun cuando no existe conflicto, a esta propuesta de delimitación de zona de reserva campesina, se ha llegado luego de un proceso de diálogos y concertación entre el pueblo Barí y las comunidades campesinas, en el marco de las cuales se ha acordado excluir de tal delimitación, los territorios sobre los cuales el pueblo Barí tiene aspiración de ampliación de sus resguardos, pero en los cuales existe una importante población campesina. A esta realidad, las comunidades campesina y Barí han creado la Mesa Intercultural, espacio de concertación autónomo, en el cual se espera discutir y dar trámite a los conflictos territoriales-culturales, dando lugar a fórmulas de convivencia intercultural respetuosa de las respectivas identidades.”

Para terminar su referencia a las zonas de reserva campesina, aduce que los requisitos para su creación están consignados en el decreto 1777 de 1996 y el acuerdo 024 de 1996 del Incora.

Por último, en relación con las zonas de desarrollo empresarial, manifiesta que la reglamentación aún no ha sido expedida; sin embargo, aseguró que el Incoder ha venido desarrollando acciones tendientes a la definición de criterios y metodologías pertinentes para su constitución.

Por ejemplo, relata que dentro del Plan de Acción del Incoder y como estrategia integrada en el proyecto de implementación del ordenamiento productivo, regularización y protección de las tierras a nivel nacional, se reconocen las zonas de desarrollo empresarial como una herramienta para impulsar el desarrollo regional de manera focalizada y articulada con otras propuestas dirigidas al mismo fin. Asevera que bajo esa premisa, celebró el convenio 637 de 2011 con la Corporación Misión Rural, cuyo objeto fue aunar los recursos y esfuerzos para generar estrategias, metodologías e instrumentos para la conformación y gestión de tales zonas. Las estrategias y lineamientos producto de ese convenio –continúa– dieron lugar a la creación del Observatorio Territorial del municipio de La Primavera en el departamento del Vichada, el cual formuló un modelo cooperativo como estrategia para la creación de una de esas zonas.

2. CONSIDERACIONES

2.1. COMPETENCIA

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 241, numeral 4°, de la Constitución Política, la Corte Constitucional es competente para conocer y decidir definitivamente sobre la demanda de la referencia, pues las disposiciones acusadas hacen parte de una ley de la República.

2.2. EXAMEN DE LA APTITUD DE LA DEMANDA

2.2.1. Varios intervinientes solicitan a la Corte emitir un fallo inhibitorio, puesto que consideran que la demanda no cumple con los requisitos de claridad, certeza, especificidad y suficiencia. En su sentir, el actor no desarrolla razones de inconstitucionalidad, sino consideraciones de carácter subjetivo y personal que no tienen en cuenta que las normas acusadas en ningún momento se refieren a comunidades indígenas.

2.2.2. Lo primero que advierte la Sala es que los cargos de la demanda cuestionan únicamente la creación de zonas de reserva campesina, figura con la que no se relacionan directamente todos los artículos acusados. En efecto, si bien es cierto los preceptos censurados hacen parte del capítulo XIII de la ley 160 cuyo título es “COLONIZACIONES, ZONAS DE RESERVA CAMPESINA Y DESARROLLO EMPRESARIAL”, el artículo 82 alude específicamente a las zonas de desarrollo empresarial y el 83 a la posibilidad de adjudicación de baldíos ubicados en esas mismas zonas a ciertas personas jurídicas. Dado que los artículos 82 y 83 de la ley 160 se refieren a figuras diferentes a las zonas de reserva campesina, la Sala concluye que frente a ellos no existen cargos y por ello se abstendrá de pronunciarse sobre su constitucionalidad.

La Corporación entiende entonces que los cargos de la demanda se dirigen contra los artículos 79 –sobre criterios orientadores de los procesos de colonización, los cuales incluyen la creación de zonas de reserva campesina-, 80, 81 y 84 –sobre pautas para la definición de zonas de reserva campesina-.

2.2.3. En relación con los artículos 79, 80, 81 y 84, a juicio de la Sala, sí se formulan cargos claros, ciertos, específicos y suficientes. En efecto, el demandante identifica con claridad como preceptos constitucionales lesionados, los derechos al territorio y a la consulta previa de los pueblos indígenas y tribales; explica con mediana suficiencia las razones por las

cuales considera que esos derechos son violados e incluso formula algunos ejemplos para respaldar sus afirmaciones; y sus cargos se construyen a partir de una interpretación prima facie razonable de los artículos demandados.

En vista de que la demanda es apta en relación con los artículos 79, 80, 81 y 84, pasa la Sala a identificar los problemas jurídicos que el presente debate suscita.

2.3. PROBLEMAS JURÍDICOS

2.3.1. El demandante sostiene que los artículos 79, 80, 81, 82, 83 y 84 de la ley 160 de 1994 “Por la cual se crea el Sistema Nacional de Reforma Agraria y Desarrollo Rural Campesino, se establece un subsidio para la adquisición de tierras, se reforma el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria y se dictan otras disposiciones” son contrarios al Convenio 169 de la OIT -que hace parte del bloque de constitucionalidad-, específicamente a los derechos al territorio y a la consulta previa de los pueblos indígenas y tribales, por los dos siguientes clases de argumentos:

En segundo lugar, argumenta que las disposiciones en cuestión lesionan el derecho de los pueblos indígenas a la consulta previa, ya que no fueron consultadas en relación con las normas demandadas que les afectan directamente tampoco prevén tal requisito para que puedan crearse las zonas de reserva campesina. Señala que la falta de previsión de la consulta previa (i) incita a la colonización de territorios ancestrales de los grupos étnicos, (ii) impide que los pueblos indígenas y tribales recuperen sus territorios, y (iii) como consecuencia de los dos problemas anteriores, pone en riesgo la supervivencia de dichos pueblos.

2.3.2. El Ministerio Público apoya la demanda en cuanto al argumento de que los artículos demandados debieron ser objeto de consulta previa. En su sentir, de la simple lectura de los preceptos se deduce la afectación directa a los pueblos indígenas y tribales, lo que lleva necesariamente a concluir que la consulta era un requisito del trámite legislativo.

2.3.3. Varios intervinientes también apoyan la demanda, pero porque consideran que efectivamente en las áreas en las que puede reclamarse la creación de zonas de reserva campesina pueden existir territorios ancestrales de los pueblos indígenas, de modo que los artículos acusados tienen el potencial de afectar su derecho al territorio.

En vista de esta afectación, también alegan que los artículos demandados debieron exigir el adelantamiento de procesos de consulta previa cuando se advierta la presencia de comunidades indígenas y tribales en las zonas correspondientes.

2.3.4. Otros intervinientes se oponen a los argumentos del demandante, con fundamento en las siguientes razones: (i) los artículos demandados persiguen importantes finalidades desde la perspectiva constitucional, como promover el acceso progresivo de los campesinos a la tierra y mejorar sus condiciones de vida; (ii) la ley 160 de 1994 fue expedida antes de que se proferiera la sentencia C-030 de 2008, de modo que según la sentencia C-253 de 2013 no debía ser consultada; (iii) el decreto 1777 de 1996 y el acuerdo 024 de 1996 del Incora prohíben la conformación de zonas de reserva campesina en resguardos y territorios colectivos de comunidades afrodescendientes; (iv) en el caso de las 6 zonas de reserva campesina que se han conformado hasta la fecha, no fue necesaria la consulta previa porque los territorios son habitados solamente por comunidades campesinas y no se presentó ninguna reclamación por parte de pueblos indígenas; (v) en la actualidad y con base en el precedente constitucional, el Incoder viene solicitando a la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior la expedición de certificaciones sobre presencia de grupos étnicos, antes de crear zonas de reserva campesina; (vi) la creación de las zonas en cuestión sólo puede hacerse previa con concertación con las comunidades involucradas, lo que va más allá de la consulta previa; y (vii) la medida a la que aluden los artículos censurados no afecta directamente a los pueblos indígenas y tribales, ya que (a) se dirige a todos los colombianos, (b) su sujeto pasivo no son los pueblos indígenas, (c) no introducen elementos que violenten la cosmovisión indígena, (d) no utilizan como parámetro identificador de su objeto de regulación elemento alguno que defina social, política o culturalmente a alguna comunidad indígena, (e) no lesiona la cultura económica de aquellas, y (f) no versa sobre explotación de recursos naturales en sus territorios.

2.3.5. En este orden de ideas corresponde a la Sala analizar si los artículos 79, 80, 81 y 84 de la ley 160 de 1994 (i) lesionan el derecho al territorio de los pueblos indígenas y tribales al permitir la creación de zonas de reserva campesina en áreas que pueden coincidir con territorios ancestrales de tales pueblos; (ii) vulneran el derecho a la consulta previa en la medida que no fueron sometidos a ese proceso con las comunidades étnicas; y (iii) desconocen también el derecho a la consulta previa al no exigir ese procedimiento dentro del trámite de constitución de las zonas de reserva campesina. Para resolver estos

problemas jurídicos, la Sala previamente abordará la configuración constitucional de los derechos al territorio y a la consulta previa de los pueblos indígenas y tribales. Con fundamento en estas consideraciones estudiará la constitucionalidad de los artículos demandados.

2.4. EL DERECHO AL TERRITORIO DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES

2.4.1. La protección de los territorios ancestrales de los pueblos indígenas y tribales es un derecho fundamental de titularidad colectiva, íntimamente relacionado con los derechos de aquellas comunidades a la identidad cultural y, por ende, a su subsistencia como grupos étnico social y culturalmente diferenciados.

Su fundamento constitucional se halla en el artículo 63 de la Constitución, así como en los artículos 13, 14, 15, 16, 17 18 y 19 del Convenio 169 de la OIT –parte del bloque de constitucionalidad-, y el artículo 21 de la de la Convención Americana de Derechos Humanos sobre el derecho a la propiedad privada[1].[2]

Sobre el ámbito de protección de este derecho, se destacan las siguientes consideraciones:

2.4.2. Este Tribunal ha señalado, en concordancia con los artículos 13[3] y 14.1[4] del Convenio 169, que la protección constitucional del territorio no se restringe a los terrenos adjudicado de forma colectiva a los grupos étnicos, sino que también abarca los lugares de significación religiosa, ambiental o cultural para ellos, así como la totalidad del hábitat que ocupan o utilizan de alguna otra manera, aunque estén por fuera de los límites físicos de los títulos colectivos.

En ese sentido, en la sentencia T-955 de 2003[5], se recordó que del reconocimiento del derecho al territorio colectivo, de acuerdo con la normativa nacional e internacional, se desprende la obligación del Estado de respetar la relación de los pueblos con sus territorios, entendiendo por territorio “lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna u otra manera”. [6]

La controversia se suscitó porque Madereras del Darién realizaba explotación maderera dentro del territorio adjudicado colectivamente A una comunidad afrocolombiana. Los

demandantes alegaban que la empresa había obtenido la licencia respectiva de manera irregular con la autorización del anterior representante legal del Consejo Comunitario, quien había sido removido por uso indebido de recursos. El acta de nombramiento del representante, que se encontraba registrada y con fundamento en la cual se había otorgado la autorización, se encontraba en proceso de apelación ante el Ministerio del Interior. Para la fecha del fallo, el recurso aún no había sido resuelto. La Corte tuteló el derecho de los demandantes al territorio, reconoció que el territorio objeto de la disputa había sido un terreno baldío adjudicado por el Incora a la comunidad, y ordenó la suspensión de la explotación.

De forma similar, en la sentencia T-693 de 2011[7], a propósito de la revisión de una acción de tutela interpuesta por dos comunidades indígenas contra las empresas que construyeron un oleoducto en su territorio ancestral y las autoridades que otorgaron los respectivos permisos, se reiteró que el derecho al territorio cobija las tierras ocupadas ancestralmente por los pueblos indígenas y tribales, y en las que desarrollan sus actividades tradicionales. Por esta razón, en vista de que existía evidencia de que el oleoducto funcionaba sobre el territorio ancestral de las comunidades accionantes y que se construcción se adelantó sin llevar a cabo consulta previa, la Corte concedió el amparo y ordenó un proceso consultivo con miras a determinar los daños de tipo cultural causados a los peticionarios.

2.4.3. Respecto a los deberes que se desprenden para el Estado y para las comunidades, es especialmente importante la sentencia T-955 de 2003 en la que la Corporación, con fundamento en el Convenio 169 de la OIT, recordó que el reconocimiento del derecho al territorio se traduce en deberes específicos para el Estado como los siguientes:

- La determinación de las propiedades y posesiones de las comunidades mediante la delimitación de los espacios efectivamente ocupados.
- La salvaguardia de los derechos de las comunidades a utilizar las tierras que no son exclusivamente ocupadas por ellas, pero a las que han tenido históricamente acceso para el desarrollo de actividades tradicionales y de subsistencia.
- La protección especial y efectiva del derecho de los pueblos a utilizar, administrar y conservar sus recursos naturales.

- Cuando no sea posible, reconocer a los grupos étnicos derechos sobre los recursos naturales de sus territorios colectivos, (i) llevar a cabo procedimientos de consulta previa, (ii) permitir la participación de las comunidades en los beneficios que reporten tales actividades siempre que sea posible, y (iii) disponer una indemnización equitativa a favor de las comunidades por cualquier daño que sufran.
- Prever sanciones apropiadas contra toda intrusión no autorizada en las tierras de los pueblos interesados o todo uso no autorizado de las mismas por personas ajenas a ellos, y adoptar instrumentos que impidan tales intromisiones.
- La regulación del uso colectivo de las áreas de bosque para aprovechamiento forestal persistente debe ser elaborada por la entidad administradora de dichos recursos en forma concertada con las comunidades.

También se recordó que la propiedad colectiva tiene una función social y ecológica que se manifiesta en deberes como los siguientes en cabeza de las comunidades -recogidos por ejemplo en la ley 70 para el caso de comunidades afrocolombianas-:

- Usar, gozar y disponer de los recursos naturales existentes en sus territorios con criterios de sustentabilidad y con respeto de las limitaciones legales.
- Obtener autorizaciones de las respectivas autoridades ambientales para adelantar explotaciones forestales persistentes en los bosques o con fines comerciales.
- Garantizar la persistencia de los recursos naturales cuando se haga uso de ellos.
- Conservar, mantener o propiciar la regeneración de la vegetación protectora de aguas; garantizar mediante un uso adecuado la persistencia de ecosistemas especialmente frágiles, como los manglares y humedales, y proteger y conservar las especies de fauna y flora silvestre amenazadas o en peligro de extinción.
- Desarrollar prácticas de conservación y manejo compatible con las condiciones ecológicas de sus territorios.

2.4.4. Otra sentencia que se destaca es la sentencia T-693 de 2011, en la que se indicó que el derecho al territorio otorga a los pueblos indígenas y tribales prerrogativas como las

siguientes:

“(i) El derecho a la constitución de resguardos en territorios que las comunidades indígenas han ocupado tradicionalmente;

(ii) El derecho a la protección de las áreas sagradas o de especial importancia ritual y cultural, incluso si están ubicadas fuera de los resguardos;

(iii) El derecho a disponer y administrar sus territorios;

(iv) El derecho a participar en la utilización, explotación y conservación de los recursos naturales renovables existentes en el territorio,[8] y

(iv) El derecho a la protección de las áreas de importancia ecológica.”[9]

Estos contenidos fueron examinados con detalle en la referida sentencia, razón por la cual se cita in extenso:

“4.5.3.1. Derecho a constituir resguardos

El derecho a la constitución de resguardos en los territorios que las comunidades indígenas han ocupado ancestralmente, fue protegido por la Corte Constitucional en la sentencia T-188 de 1993.[10] En este fallo, se tuteló el derecho de dos comunidades que habían solicitado en repetidas ocasiones a la entidad administrativa de ordenamiento agrario, la constitución de un resguardo en el territorio que habitaban ancestralmente, para solucionar problemas de convivencia. La Corte concluyó que, del material probatorio se desprendía que la omisión de la autoridad competente de tramitar el procedimiento de constitución de resguardos había contribuido de manera directa a la vulneración del derecho a la paz y a la amenaza del derecho a la vida que se cierne sobre los miembros de las parcialidades indígenas en conflicto. Al respecto, manifestó:

“El derecho fundamental a la propiedad colectiva de los grupos étnicos lleva implícito, dada la protección constitucional del principio de diversidad étnica y cultural, un derecho a la constitución de resguardos en cabeza de las comunidades indígenas.”

Posteriormente, en la sentencia T-652 de 1998[11] se amparó el derecho del pueblo

Embera-Katío del Alto Sinú, entre otras razones,[12] porque su territorio había sido arbitrariamente seccionado por el Gobierno en dos resguardos, a pesar de que no existía solución de continuidad en el territorio. En esa oportunidad, la Corte señaló que la constitución de los resguardos debe “(...) partir del respeto por el derecho a la personalidad de cada uno de los pueblos indígenas y raizales; para efectos jurídicos, estos pueblos deben ser identificados aplicando el artículo 1º, numerales 1 -literal b)-, y 2 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, o el artículo 2º del Decreto 2001 de 1988”.

4.5.3.2. Protección de áreas sagradas y de importancia cultural

Con relación al derecho a la protección de las áreas sagradas o de especial importancia ritual y cultural, incluso si están ubicadas fuera de los resguardos, se observa que el Convenio 169 acoge un concepto amplio de territorio, al indicar que se consideran como tal, aquellas áreas de una comunidad que comprenden, no sólo las tituladas o habitadas, sino también aquellas que constituyen el ámbito tradicional de sus actividades tradicionales[13], sagradas o espirituales.

Bajo este entendido, el territorio viene a ser el lugar donde las comunidades indígenas pueden desenvolverse según su cultura, su saber y sus costumbres. Es decir, un espacio físico bajo la influencia cultural y control político de sus propias costumbres.

Al respecto, debe tenerse en cuenta que el vínculo de los pueblos indígenas con el territorio va mucho más allá de la concepción material de las cosas, pues aquel parte de componentes espirituales, de la relación del hombre con la tierra. Según la cosmovisión indígena, algunos seres animados encarnan una “multitud de fuerzas benéficas o maléficas; todas ellas imponen pautas de comportamiento que deben ser rígidamente respetadas. Para muchos pueblos, especies determinadas de árboles eran veneradas y protegidas, y veíanse en el pasado grandes bosques intocados de ellas; se conoce por las crónicas de la conquista que, por ejemplo, en la sabana de Bogotá los muisca mantenían unos bosques de altísimas palmas de ramos y palmas de cera a las cuales veneraban, hasta el obispo Cristóbal de Torres mandó talar y destruir el bosque entero para extirpar la idolatría”[14].

Del mismo modo, para los pueblos indígenas, la tierra, al vincularla con los seres humanos,

es vista como un lugar espiritual que cuenta con sitios sagrados, con bosques, lagos, montañas, ríos, etc. Vale aclarar que esa vinculación del ser humano con el territorio no necesariamente está escrita, es algo que se vive en el día a día, razón por la que uno de los factores que permite definir al territorio como tradicional es la existencia de sitios para la subsistencia, como la caza y la pesca, y los sitios claves que tienen valor espiritual o cultural para la respectiva comunidad. [15]

Al respecto, esta Corporación en sentencia SU-383 de 2003,[16] manifestó:

Otros aspectos a tener en cuenta para la delimitación de la entidad territorial indígena son la concurrencia de intereses en los lugares sagrados -como lo advierte el profesor Clemente Forero de la Universidad Nacional[17]- y el ‘cambio frecuente de asentamiento’, ‘[característica básica] del patrón de uso del medio de los cazadores y recolectores[18]’ del noroeste amazónico colombiano.

Ahora bien, la delimitación político administrativa actual, es sólo uno de los referentes a valorar en la delimitación de la entidad territorial indígena para efectos de su derecho a ser consultados, porque como lo informa el profesor Orlando Fals Borda, dicha delimitación no concuerda con la real ubicación de los pueblos indígenas, aspecto que reconocido por el Constituyente al disponer en el artículo 290 constitucional la adecuación de los límites de las entidades territoriales[19]”.

Sobre el vínculo espiritual de los pueblos indígenas y tribales con el territorio, la Corte Interamericana[20] manifestó:

“La tierra significa más que meramente una fuente de subsistencia para ellos; también es una fuente necesaria para la continuidad de la vida y de la identidad cultural de los miembros del pueblo Saramaka. Las tierras y los recursos del pueblo Saramaka forman parte de su esencia social, ancestral y espiritual. En este territorio, el pueblo Saramaka caza, pesca y cosecha, y recogen agua, plantas para fines medicinales, aceites, minerales y madera. Los sitios sagrados están distribuidos en todo el territorio, a la vez que el territorio en sí tiene un valor sagrado para ellos.”

Finalmente, de acuerdo con el antropólogo y sociólogo Rodolfo Stavenhagen Gruenbaum[21], la ocupación ancestral de la tierra se establece en términos “de

continuidad histórica de un grupo que durante siglos ha mantenido una identidad y de la cual deriva precisamente su situación actual en el país del que se trate. El hecho es que por razones de cambios históricos, depresiones económicas, violencia, guerras civiles y presiones del sistema económicamente dominante, que durante siglos ha presionado y confinado a los indígenas a zonas que los primeros invasores, los colonos y luego las grandes empresas, no han apetecido, los grupos de indígenas se han visto obligados a buscar nuevos hábitats, para poder mantener esa continuidad histórica sin la intervención de fuerzas extrañas, para mantener su libertad y su derecho de vivir como ellos lo entienden”.

En este mismo sentido, el profesor Herinaldy Gómez de la Universidad del Cauca, en el concepto técnico que presentó a la Corporación con ocasión del caso bajo estudio, afirmó que “el ámbito territorial de una comunidad étnica no hace referencia exclusiva a lo jurídicamente asignado o reconocido como de su propiedad, sino que también implica aquellas fronteras o espacios donde la comunidad étnica desarrolla prácticas tradicionales fundamentales para su pervivencia étnica y cultural.”

Las anteriores consideraciones y demás elementos de la cosmovisión indígena, han sido determinantes en el propósito de los estados de construir un derecho internacional que reconozca y haga efectiva la protección de los derechos de los pueblos indígenas y tribales.

Vale la pena mencionar que el territorio de las comunidades étnicas así entendido ha sido protegido por esta Corporación en sede de tutela y de control de constitucionalidad. Por ejemplo, en la sentencia C-030 de 2008[22], la Corte observó que las previsiones de la ley forestal eran susceptibles de provocar efectos apreciables en áreas del territorio que, si bien no han sido formalmente delimitadas como territorios indígenas, o no han sido asignadas como propiedad colectiva de las comunidades negras, sí hacen parte del hábitat natural de tales comunidades, de modo que su afectación puede alterar significativamente el modo de vida de las mismas. Precisó la Corte que las comunidades establecen una estrecha relación con su entorno, más allá de las fronteras formales de sus territorios, y que la ley forestal podía tener impacto importante en aspectos como la conservación de la biodiversidad, la presión sobre la tierra, el manejo de los recursos hídricos, y la cultura, razón por la cual fue declarada inexecutable.

Más recientemente, en la sentencia T-547 de 2010[23], la Corte ordenó suspender la construcción de un puerto que se venían adelantando en una zona sagrada de las comunidades indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta, debido a que la intervención no había sido consultada y para el momento del fallo estaba lesionando el derecho a la integridad cultural de las comunidades.

4.5.3.3. Derecho a administrar el territorio

De otro lado, el derecho de las comunidades indígenas a administrar su territorio fue reconocido en la sentencia T-257 de 1993[24]. En esta decisión la Corte se negó a tutelar el derecho a la libertad de locomoción de una comunidad evangélica a la que una comunidad indígena había negado autorización para el uso de una pista aérea ubicada en su resguardo.

En la citada providencia, se señaló que las entidades territoriales indígenas, como cualquier entidad territorial, gozan de plena autonomía para la administración de sus asuntos. Incluso, se destacó que su autonomía es mayor, teniendo en cuenta que, además de las consideraciones generales sobre autogobierno del artículo 287 de la Carta Política, se añaden las prerrogativas específicas en materia de costumbres de gobierno, lengua, justicia y elecciones, consagradas en los artículos 330, 10º, 246 y 171, respectivamente.

4.5.3.4. Derecho a participar en la utilización, explotación y conservación de recursos naturales

Sobre el derecho a participar en la utilización, explotación y conservación de los recursos naturales renovables ubicados en el territorio, la Corte Constitucional se pronunció en sentencia C-891 de 2002[25], en la que señaló: “de la concepción holística de territorio que ostentan los pueblos indígenas se puede concluir que la explotación de recursos naturales yacentes en territorios ancestrales hace parte de su esfera vital y de su forma de relacionarse directamente con la naturaleza, así como de su legado cultural y socio-económico”.

Igualmente, en sentencia C-620 de 2003[26] estableció esta Corporación: “la Carta impone a las comunidades indígenas la obligación de velar por la preservación de los recursos naturales existentes en sus territorios y, correlativamente, prescribe que en las decisiones

que otras autoridades adopten respecto de la explotación de los mismos, se propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades”.

Así las cosas, en aras de garantizar la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana y en especial el derecho al territorio de las comunidades étnicas, resulta necesario tener en cuenta que, en un sentido amplio, el territorio constituye no sólo aquel espacio que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera, sino también las tierras que no están exclusivamente ocupadas por ellos, pero han tenido tradicionalmente acceso a ellas para sus actividades tradicionales y de subsistencia.

4.5.3.5. Derecho a la protección de las áreas de importancia ecológica

Con la Constitución de 1991 se modificó profundamente la relación normativa de la sociedad con la naturaleza; al elevarse a rango superior, dentro del ordenamiento jurídico colombiano, la protección del medio ambiente. En efecto, uno de los principios fundamentales del nuevo régimen constitucional es la obligación estatal e individual de proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación.[27]

Con relación a la noción de función ecológica de la propiedad, la doctrina ha señalado que la misma “i) implica un cambio en la relación jurídica del hombre y las comunidades con la naturaleza, relación basada en el respeto y la protección; ii) está basada en el principio ético de la equidad intergeneracional; y iii) se relaciona directamente con nuevas exigencias e incluso limitaciones al derecho de propiedad individual y colectiva para garantizar el desarrollo sostenible.”[28]

De otro lado, dicha protección también recae sobre zonas de relevancia ecológica las comunidades étnicas, utilizadas para la preservación de sus prácticas ancestrales e incluso, sobre aquellas relacionadas con su subsistencia, es decir, territorios en los que sus integrantes se dedican a la caza, siembra y recolección conforme a sus usos y costumbres. Lo anterior, toda vez que se encuentra comprometido no solo el derecho al medio ambiente sino también a la soberanía alimentaria.”

2.4.5. Por último, en otro grupo de fallos, la Corte ha sostenido que el derecho al territorio conlleva la obligación de las autoridades de tramitar oportunamente las solicitudes de titulación colectiva elevadas por los pueblos indígenas y tribales.

Por ejemplo, en la sentencia T-909 de 2009[31], al revisar los fallos de instancia dictados dentro del proceso promovido por el Consejo Comunitario de la Cuenca del Río Naya contra el Incoder y la Unidad Nacional de Tierras Rurales (UNAT), por dilatar injustificadamente el trámite de su solicitud de titulación colectiva de varias tierras de la cuenca del río Naya, la Corte aseguró que una dilación de 10 años no solamente constituye una vulneración del derecho al debido proceso administrativo, sino también un desconocimiento directo del principio de protección de la diversidad étnica y cultural, teniendo en cuenta la íntima relación que existe entre este principio y la protección del territorio de las comunidades étnicas y su supervivencia como grupo culturalmente diferenciado. A juicio de la Corte, el Estado tiene la obligación de atender oportunamente las solicitudes de titulación colectiva de las comunidades, así como de acompañarlas y asesorarlas durante el respectivo trámite, y no puede trasladarles las consecuencias de sus problemas de coordinación interinstitucional.[32] Por estas razones, se ordenó dar una respuesta a la solicitud de titulación a más tardar en junio de 2010.

Posteriormente, en la sentencia T-680 de 2012[33], al revisar los fallos de instancia proferidos dentro de la acción de tutela instaurada por el Consejo Comunitario de Comunidades Negras de la Unidad Comunera de Gobierno Rural de Isla del Rosario contra el Incoder, debido a que después de varios años, no había dado respuesta a la solicitud de titulación colectiva de parte de las islas elevada por la comunidad, la Corte ordenó resolver la solicitud de forma rápida y sugirió la revisión de un acto administrativo que en 1986, llevó a la definir las islas como baldíos de reserva de la nación y, por tanto, no adjudicables.

Esta sentencia también es importante porque, de un lado, implícitamente reitera la posición del Consejo de Estado en el sentido de que pueden ser materia de titulación colectiva a comunidades afrodescendientes, territorios ubicados en cualquier lugar del país, no solamente en la cuenca del Pacífico[34]; y de otro, llama la atención sobre la necesidad de revisar casos en los que se ha negado titulación colectiva a partir de criterios netamente formales que riñen con el nuevo paradigma introducido por la Constitución de 1991[35].

Más recientemente, en la sentencia T-009 de 2013[36], a propósito de la revisión de una acción de tutela interpuesta por una comunidad indígena ubicada en el Vichada, que reclamaba desde hacía más de 14 años la titulación colectiva de su territorio ancestral y, por tanto, la constitución de un resguardo, este Tribunal reiteró la obligación del Incoder y

demás autoridades involucradas de tramitar dentro de términos razonables ese tipo de peticiones. En el caso concreto, tuteló los derechos al debido proceso, a la autodeterminación de los pueblos, entre otros, de la comunidad accionante y ordenó al Incoder continuar el proceso de reconocimiento del resguardo y culminarlo en un término máximo de 6 meses contados a partir del estudio socioeconómico de la comunidad. De esta sentencia también se destaca el reconocimiento de que la falta de protección de los territorios de los pueblos indígenas y tribales, los hace más vulnerables ante el fenómeno de despojo y limita sus posibilidades de autodeterminación, así como de beneficiarse del sistema general de participaciones en temas como salud y educación.

2.4.6. En resumen, los pueblos indígenas y tribales tienen un derecho constitucional a la protección de sus territorios, entendidos como los “hábitat de las regiones que ocupan o utilizan de alguna otra manera” –artículo 13.2 del Convenio 169 de la OIT. Se trata de un derecho fundamental ligado a su derecho a la identidad cultural y, por ende, a su derecho a la subsistencia como grupo étnico diferenciado. El derecho se ejerce sobre todos los recursos naturales del territorio, salvo los recursos no renovables y el subsuelo. De su reconocimiento se desprenden varios deberes a cargo del Estado y de los miembros de las comunidades, en virtud de la función ecológica y social de la propiedad. Algunos de los deberes del Estado son la delimitación y protección de los espacios efectivamente ocupados; la protección de la utilización y administración que las comunidades dan de los recursos naturales ubicados en sus territorios; la realización de procedimientos de consulta previa cuando se vayan a adoptar medidas legislativas o administrativas con incidencia sobre los territorios, la garantía de participación de los grupos en la toma de decisiones que se relacionen con sus territorios, y la resolución oportuna de las solicitudes de titulación colectiva, entre otros. Las comunidades por su parte deben usar y disponer de los recursos naturales con criterios de sustentabilidad y teniendo en cuenta la fragilidad de los ecosistemas, entre otros deberes.

2.5. EL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS Y TRIBALES

La jurisprudencia constitucional ha reconocido que la consulta previa es un derecho fundamental de titularidad grupal de los pueblos indígenas y tribales, relacionado estrechamente con sus derechos a la participación y a la libre determinación.[37] A continuación se analizan los alcances de este derecho:

2.5.1. Tipos de decisiones que se deben consultar

De forma reiterada ha señalado la jurisprudencia constitucional que el derecho de consulta previa previsto en el literal a) del artículo 6° del Convenio 169 de la OIT, se predica de las decisiones que puedan afectar directamente a los pueblos indígenas y tribales[38].

2.5.1.1. Para determinar cuándo una medida afecta directamente a dichos pueblos, esta Corporación ha acudido a varios criterios que a continuación se resumen:

En la sentencia C-030 de 2008[39], en la que se declaró inexecutable la ley 1021 de 2006 “Por la cual se expide la Ley General Forestal” ante la omisión de consulta previa, esta Corporación enunció como criterios que pueden ser útiles para distinguir medidas que conciernen directamente a los pueblos indígenas, los siguientes: (i) alteración del estatus de una comunidad étnica, bien sea porque la decisión en cuestión le impone restricciones o gravámenes, o por el contrario le confiere beneficios; (ii) introducción de regulaciones específicas dirigidas a las comunidades étnicas minoritarias; (iii) implementación de medidas redactadas en términos generales, pero cuyo contenido repercute de manera directa en dichas comunidades; (iv) regulación de aspectos sobre su relación con el territorio; y (v) regulación de otras materias reguladas en el Convenio 169 de la OIT.

En el caso concreto, a la luz de los anteriores parámetros, la Sala observó que la ley 1021 de 2006 afectaba directamente a los pueblos indígenas y tribales, ya que “establec[ía] políticas generales, definiciones, pautas y criterios, que en cuanto que de aplicación general, pueden afectar las áreas en las que se encuentran asentadas las comunidades, lo cual, a su vez, puede repercutir sobre sus formas de vida y sobre la relación tan estrecha que mantienen con el bosque.”

También se destaca la sentencia C-175 de 2009[40], en la que se declaró inconstitucional la ley 1152 de 2007 “por la cual se dicta el Estatuto de Desarrollo Rural, se reforma el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural, Incoder, y se dictan otras disposiciones”, por pretermisión del procedimiento de consulta previa. De conformidad con este fallo, otro criterio a tener en cuenta es la vinculación intrínseca de una decisión con la definición de la identidad étnica de los pueblos indígenas y tribales. A la luz de este criterio y los demás definidos en la jurisprudencia previa, la Sala Plena concluyó que la ley concernía directamente a los

referidos pueblos “(...) en razón de la especial connotación que el territorio tiene para estos pueblos, al igual que por la existencia de disposiciones particulares y concretas en el EDR que los afectan directamente.” De esta forma se reconoció que la relación con el territorio es un elemento de la definición de la identidad étnica de los pueblos indígenas y afrocolombianos.

En la sentencia C-366 de 2011[41], a propósito de una demanda contra la ley 1382 de 2010 “Por la cual se modifica la Ley 685 de 2001 Código de Minas”, se formularon los siguientes criterios:

“(i) cuando la medida tiene por objeto regular un tópico que, por expresa disposición constitucional, debe ser sometido a procesos de decisión que cuenten con la participación de las comunidades étnicas, como sucede con la explotación de recursos naturales; (ii) cuando a pesar que no se trate de esas materias, el asunto regulado por la medida está vinculado con elementos que conforman la identidad particular de las comunidades diferenciadas; y (iii) cuando a pesar de tratarse de una medida de carácter general, regula sistemáticamente materias que conforman la identidad de las comunidades tradicionales, por lo que puede generarse bien una posible afectación, un déficit de protección de los derechos de las comunidades o una omisión legislativa relativa que las discrimine.”

En resumen, algunas pautas que pueden orientar la labor de análisis de afectación directa a los pueblos indígenas y tribales son: (i) alteración del estatus de las comunidades porque se imponen restricciones o conceden beneficios; (ii) introducción de regulaciones específicas dirigidas a los pueblos indígenas y tribales; (iii) adopción de normas redactadas en términos generales, pero que regulan sistemáticamente materias que conforman la identidad de las comunidades tradicionales o que repercuten en ellas de mayor manera; (iv) expedición de regulaciones sobre las materias definidas en el Convenio 169 de la OIT y otros tópicos que por expresa disposición constitucional, debe ser sometido a procesos de decisión que cuenten con la participación de las comunidades étnicas; e (v) implementación de regulaciones de materias vinculadas con la definición de la identidad étnica de los pueblos indígenas y tribales.

2.5.1.2. Con fundamento en estos criterios, la Corte ha explicado que deben someterse a consulta previa medidas como las siguientes:

2.5.1.2.1. Decisiones administrativas relacionadas con proyectos de desarrollo, tales como licencias ambientales, contratos de concesión y concesiones mineras, decisiones sobre construcción de infraestructura, entre otros

Parte importante de la jurisprudencia en la materia se ha concentrado en medidas administrativas –especialmente licencias ambientales y contratos de obra o concesión– ligadas a proyectos de desarrollo que afectan directamente a las comunidades étnicas, particularmente decisiones que permiten la explotación o el aprovechamiento de recursos naturales ubicados en sus territorios. Por ejemplo, en la sentencia SU-039 de 1997[42], la Corte tuteló el derecho fundamental a la consulta previa de la comunidad indígena U'wa, debido a que el Ministerio de Medio Ambiente había otorgado licencia ambiental a Occidental de Colombia Inc. para realizar actividades de explotación de hidrocarburos en áreas del resguardo de la comunidad, sin llevar a cabo un proceso previo de consulta.

Un año más tarde, en la sentencia T-652 de 1998[43], la Corte tuteló el derecho a la consulta previa del pueblo Embera del Alto Sinú debido a que las autoridades ambientales habían otorgado licencia ambiental para la construcción de una represa en su territorio sin consultarlos.[44]

También es necesario resaltar la sentencia T-769 de 2009[45], en la que la Corte tuteló el derecho a la consulta previa, entre otros, de la Comunidad Bachidubi, Resguardo Río Murindó, debido a que se había concedido autorización a la Compañía Muriel Mining Corporation para la exploración y explotación de una mina de cobre, oro y molibdeno en los departamentos de Antioquia y Chocó, proyecto Mandé Norte, sin consultar con antelación a sus miembros. En consecuencia, la Corporación ordenó suspender las actividades de exploración y explotación hasta que no fuera agotada la consulta y se materializara el consentimiento libre, informado y previo.

Posteriormente, en la sentencia T-547 de 2010[46], en la que la Corte revisó los fallos de instancia dictados dentro de la acción de tutela interpuesta por los pueblos Kogi, Arhuaco, Kankuamo y Wiwa de la Sierra Nevada de Santa Marta contra los ministerios de Interior y Ambiente y otras autoridades, con ocasión del inicio de las obras de Puerto Brisa, la Corte precisó que los actos administrativos que preceden el desarrollo de un proyecto de infraestructura –en ese caso portuaria–, como la respectiva licencia ambiental, así como la

ejecución misma del proyecto, deben ser consultados previamente a las comunidades étnicas, no solamente cuando el proyecto se ubica dentro de los resguardos de las comunidades, sino también cuando se planea realizarlos en territorios de usos ancestrales y donde las comunidades desarrollan prácticas tradicionales.

En la sentencia T-745 de 2010[47], la Corte tuteló los derechos de la comunidad afrocolombiana asentada en la isla Barú a la participación y a la consulta previa, debido a que la alcaldía de Cartagena celebró el contrato de concesión vial N° VAL-02-06 con el Consorcio Vial Isla Barú para el estudio, diseño y construcción de la vía transversal Barú y de las entradas a los puertos de los poblados de la Isla, Ararca, Santana y Barú, sin llevar a cabo previamente el proceso de consulta a la comunidad. Por ello se ordenó suspender la ejecución del proyecto hasta que se realizará la respectiva consulta.

En la sentencia T-1045A de 2010[48], la Corte amparó el derecho a la consulta previa de la comunidad afrocolombiana perteneciente al Consejo Comunitario del corregimiento La Toma, municipio de Suárez, Cauca, el cual había sido vulnerado por el otorgamiento un particular de una concesión minera para la explotación aurífera, dentro del territorio de su asentamiento ancestral.

En la sentencia T-129 de 2011[49], la Corte amparó los derechos a la consulta previa y a la integridad y supervivencia cultural, entre otros, de la etnia Embera-Katío ubicada en los resguardos Chidima-Tolo y Pescadito, departamento de Chocó, ya que varias entidades públicas como los ministerios de Ambiente, Interior y Minas, Codechoco y las alcaldías de municipios como Acandí y Ungía, por acción u omisión, permitieron que se adoptarán decisiones como (i) dar inicio a la construcción de una carretera para la conexión de Colombia y Panamá en el resguardo, y (ii) conceder permisos mineros y permitir la explotación minera en el área de influencia del pueblo Embera-Katío sin llevar a cabo primero un proceso de consulta. Por ello se ordenó suspender todas las actividades de prospección, exploración -legal e ilegal- o similares en materia minera que puedan afectar a las comunidades indígenas, así como la construcción de la carretera. En este caso, la Corte además precisó que la consulta debe hacerse antes no sólo de comenzar la exploración de los recursos naturales, sino de llevar a cabo las actividades de prospección.[50]

2.5.1.2.2.

Presupuestos y proyectos de inversión financiados con

recursos del presupuesto nacional que conciernan directamente a los pueblos indígenas y tribales

Por ejemplo, de acuerdo con la sentencia C-461 de 2008[51], la consulta previa también debe realizarse antes de la elaboración de los presupuestos y la ejecución de proyectos de inversión financiados con recursos del presupuesto nacional que afecten directamente a las comunidades indígenas. Por ello se declaró la exequibilidad condicionada de la ley 1151 de 2007 “por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010”, “en el entendido de que se suspenderá la ejecución de cada uno de los proyectos, programas o presupuestos plurianuales incluidos en la misma que tengan la potencialidad de incidir directa y específicamente sobre pueblos indígenas o comunidades étnicas afrodescendientes, hasta tanto se realice en forma integral y completa la consulta previa específica exigida por el bloque de constitucionalidad, de conformidad con las pautas trazadas para ello por la jurisprudencia constitucional”.[52]

2.5.1.2.3. Decisiones sobre la prestación del servicio de educación que repercutan en los pueblos indígenas y tribales de forma directa.

Así, de la mano de la “Guía para la aplicación del Convenio 169 de la OIT”, la Corporación ha precisado que las decisiones relacionadas con la prestación del servicio público de educación dentro de los territorios de las comunidades étnicas deben someterse a consulta previa. Por ejemplo, en la sentencia T-116 de 2011[53], la Corte tuteló los derechos a la consulta previa y a la cultura, entre otros, de la comunidad indígena Páez de la Gaitana, departamento del Cauca, por cuanto la Institución Educativa Promoción Social de Guanacas y sus sedes, la cual atendía un porcentaje importante de miembros de la comunidad, había sido declarada establecimiento educativo oficial por el decreto 0591 de 2009 y, por tanto, excluida de la política de etnoeducación, sin que se consultara previamente a la comunidad. En este caso el Ministerio de Educación –una de las entidades demandadas- alegaba que el colegio no se ubicaba dentro del territorio de la comunidad y que por ello no era necesaria la consulta. La Corte, por el contrario aclaró que “al tenor del artículo 6 del Convenio 169 de OIT, la obligación de adelantar la consulta previa se activa en presencia de cualquier medida que afecte directamente a una comunidad étnica y no solamente con aquellas que se ejecuten en su territorio”.[54]

2.5.1.2.4. Medidas legislativas que conciernen directamente a los pueblos indígenas y tribales

A partir del año 2001, la Corte comenzó a discutir si el deber de consulta previa se extiende a los proyectos de ley. En un comienzo la Corte adoptó una postura restringida y aseguró que dado que ni la Constitución ni la ley orgánica que regula el procedimiento legislativo exigen la consulta previa en el procedimiento de aprobación de un proyecto ley, la consulta no es necesaria en estos casos. Así, en la sentencia C-169 de 2001[55], en la que se analizó la constitucionalidad del proyecto de ley estatutaria por el cual se creó una circunscripción electoral especial para que las comunidades afrocolombianas, la Corte consideró que la omisión de consulta no viciaba la constitucionalidad de la medida.

A partir de la sentencia C-030 de 2008[56], la Corte abandonó esta posición. En efecto, en ese fallo se declaró inexecutable la Ley Forestal -ley 1021 de 2006 - por no haber sido consultada a las comunidades afrocolombianas e indígenas antes de su aprobación legislativa, pese a que ninguna ley o decreto ordenaba la consulta de manera explícita.[57] La Corte expresó:

“En primer lugar, tratándose específicamente de medidas legislativas, es claro que el deber de consulta no surge frente a toda medida legislativa que sea susceptible de afectar a las comunidades indígenas, sino únicamente frente a aquellas que puedan afectarlas directamente, evento en el cual, a la luz de lo expresado por la Corte en la Sentencia C-169 de 2001, la consulta contemplada en el artículo 6º del Convenio 169 de la OIT deberá surtir en los términos previstos en la Constitución y en la ley.”

Esta tesis ha sido reiterada en todos los fallos posteriores que han versado sobre la misma controversia[58], y se ha extendió a los actos legislativos[59], las leyes aprobatorias de tratados[60] y los proyectos de leyes estatutarias[61] como modalidades de medidas legislativas.

Finalmente, es necesario mencionar la sentencia C-253 de 2013[62], en la que a propósito de una demanda contra la ley 70 de 1993, se precisó el precedente y se fijó la siguiente regla:

“(…) la Corte adoptará una línea jurisprudencial en materia de exigibilidad de la consulta

previa, respecto de medidas legislativas o administrativas anteriores a la sentencia C-030 de 2008. En adelante, este parámetro de control de constitucionalidad, se aplicará exclusivamente a aquellas leyes y medidas tramitadas con posterioridad a la citada sentencia.”

2.5.1.3. En resumen, de acuerdo con el Convenio 169 y la jurisprudencia constitucional, el mecanismo de consulta allí previsto debe surtirse no solamente ante decisiones que versen sobre de la explotación de recursos naturales existentes en territorios pertenecientes a las comunidades étnicas, sino también en casos que involucren decisiones administrativas y legislativas que afecten directamente o comprometan intereses propios de los pueblos indígenas y tribales.

2.5.2. Finalidad de la consulta

La Corte ha precisado que la consulta previa tiene las siguientes finalidades: (i) dotar a las comunidades de conocimiento pleno sobre los proyectos y decisiones que les conciernen directamente, así como sobre los mecanismos, procedimientos y actividades requeridos para ponerlos en ejecución; (ii) ilustrar sobre la manera como la ejecución de los referidos proyectos puede conllevar una afectación o menoscabo de los elementos que constituyen la base de su cohesión social, cultural, económica, política, etc.; (iii) brindar la oportunidad a las comunidades para que libremente y sin interferencias extrañas, mediante la convocatoria de sus integrantes o representantes, valoren conscientemente las ventajas y desventajas del proyecto, sean oídas en relación con las inquietudes y pretensiones que tengan en lo que concierne a la defensa de sus intereses, y puedan pronunciarse sobre la viabilidad del proyecto.[63]

Es por ello que la jurisprudencia ha resaltado que con la consulta previa se debe buscar el consentimiento libre e informado de las comunidades étnicas frente a las medidas que puedan afectar directamente sus intereses. Tal consentimiento es además indispensable cuando las medidas, entre otros casos extremos, “(i) impliquen el traslado o desplazamiento de las comunidades por la obra o el proyecto; (ii) estén relacionados con el almacenamiento o vertimiento de desechos tóxicos en las tierras étnicas; y/o (iii) representen un alto impacto social, cultural y ambiental en una comunidad étnica, que conlleve a poner en riesgo la existencia de la misma, entre otros”.[64] En estos casos, dada

la gravedad de sus posibles consecuencias, el deber de las autoridades de llevar a cabo procesos de concertación con las comunidades étnicas se refuerza, sin que ello signifique en modo alguno que se dote a las comunidades de un poder de veto.

2.5.3. Características del proceso de consulta

Teniendo en cuenta la finalidad de la consulta previa, la Corte ha resaltado las siguientes características que debe tener el proceso:

2.5.3.1. En la sentencia SU-039 de 1997[66], la Corte dejó claro que no puede tener el valor de consulta previa “(...) la información o notificación que se le hace a la comunidad indígena sobre un proyecto de exploración o explotación de recursos naturales. Es necesario que se cumplan las directrices antes mencionadas, que se presenten fórmulas de concertación o acuerdo con la comunidad y que finalmente ésta manifieste, a través de sus representantes autorizados, su conformidad o inconformidad con dicho proyecto y la manera como se afecta su identidad étnica, cultural, social y económica” (negrilla fuera del texto original).

Por eso, en el caso que dio lugar a dicho pronunciamiento, la Corte estimó que una reunión de divulgación de un proyecto en la que no se brinda oportunidad a los representantes de las comunidades de pronunciarse, no puede hacer las veces de una consulta previa. En el mismo sentido se pronunció la Corte en la sentencia C-175 de 2009[67], al indicar que las audiencias públicas en el trámite legislativo no agotan el requisito de consulta.

2.5.3.2. En segundo lugar, como se indicó en las sentencias C-208 de 2007[68] y C-461 de 2008[69], antes de llevar a cabo la consulta previa en estricto sentido, se deben realizar conversaciones preliminares –una especie de preconsulta- con la comunidad o comunidades concernidas, cuya finalidad es identificar las instancias de gobierno local y los representantes de la comunidad, así como socializar el proyecto, y concertar la metodología de la consulta.[70]

2.5.3.3. Adicionalmente, la consulta debe realizarse indefectiblemente antes de que se comience el proyecto de explotación (incluso desde la formulación del proyecto y antes del inicio de las actividades de prospección) o se tome la decisión normativa que concierne a los pueblos indígenas y tribales directamente. La Corte

precisó en la sentencia SU-039 de 1997[71] que actuaciones posteriores a la adopción de la decisión no pueden subsanar el vicio que se genera por la ausencia de consulta previa.[72] En el mismo sentido se manifestó la Corporación en la sentencia C-702 de 2010[73], en la que afirmó que la omisión de la consulta antes de dar inicio al trámite legislativo es un vicio insubsanable que da lugar a la declaración de inconstitucionalidad de cualquier medida legislativa.

2.5.3.4. Este Tribunal también ha precisado que el proceso de consulta debe regirse por el mutuo respeto y la buena fe entre las comunidades y las autoridades públicas. El que la consulta se rija por el principio de buena fe significa que los procesos no deben ser manipulados y que debe existir un ambiente de confianza y claridad, para lo cual es necesario que los participantes sean dotados de información suficiente y oportuna.

2.5.3.5. Con miras a lograr que las comunidades étnicas estén plenamente instruidas de la propuesta y sus implicaciones, y puedan tomar decisiones informadas, las autoridades que dirigen el proceso consultivo deben velar por que las comunidades estén acompañadas por la Defensoría del Pueblo y la Procuraduría General de la Nación, cada una dentro de sus órbitas de competencia, y siempre y cuando así lo soliciten los respectivos grupos.[74]

2.5.3.6. Para esta Corporación, la consulta debe tener efectos sobre la decisión a adoptar.[75] La efectividad de la consulta se refiere entonces al deber de las autoridades de dar valor a la palabra de los pueblos involucrados.

2.5.3.7. Así las cosas, para que la consulta previa cumpla con su finalidad y sea un mecanismo eficaz y útil de participación, es necesario que en su realización se adopten procedimientos apropiados que permitan espacios de negociación y de intervención de las instituciones representativas de los pueblos indígenas y tribales, que contribuyan al desarrollo y a la resolución efectiva de los diferentes desafíos asociados con el respeto de los derechos a la subsistencia y la integridad cultural de estos pueblos, entre otros.

2.6. CONTEXTO Y CONTENIDOS NORMATIVOS DE LOS ARTÍCULOS 79, 80, 81 Y 84 DE LA LEY 160 DE 1994

El demandante cuestiona las pautas que establecen los artículos 80, 81 y 84 de la ley 160 de 1994 para la creación de zonas de reserva campesina. Por ello a continuación la Sala examinará el contexto y el contenido normativo de los preceptos acusados:

Como precisa el Incoder en los documentos allegados al proceso, las zonas de reserva campesina son una figura de ordenamiento social, ambiental y productivo encaminada a la solución de conflictos socio económicos y ambientales en áreas geográficas que por sus condiciones agroecológicas y socioeconómicas así lo requieren, así como a la protección y fortalecimiento de las economías campesinas. Sirven especialmente como una herramienta para delimitar la propiedad de la tierra y evitar su concentración, y para promover el mejoramiento de la calidad de vida de los campesinos y el desarrollo agrícola.[76]

A continuación la Sala abordará el origen de esta figura y su configuración normativa:

2.6.1. Origen

2.6.1.1. El Incoder resalta que la historia de la aprobación de los artículos demandados comenzó con luchas agrarias anteriores a la Constitución de 1991. Varios estudios que se ocupan del tema señalan que las zonas de reserva campesina son producto de procesos de exigibilidad política del derecho a la tierra por parte de colonos y pequeños propietarios, y resaltan dos sucesos determinantes: las discusiones que tuvieron lugar en 1985 entre el Gobierno y las comunidades rurales en el bajo y medio Caguán con la finalidad de avanzar procesos de ordenamiento territorial y buscar alternativas a las formas cómo se venía efectuado la ocupación del territorio, la colonización y la expansión de la frontera agrícola[77], y las negociaciones que se llevaron a cabo al final de la década de los 80 con el campesinado localizado en el Parque Natural Serranía de la Macarena, cuando el Gobierno adelantaba la delimitación del Área de Manejo Especial de la Macarena; en aquella ocasión los campesinos solicitaron que les fueran tituladas las tierras de mediana extensión a cambio de su compromiso de preservar los bosques y demás recursos naturales existentes en la región[78]. Con base en estos acontecimientos, el Incoder, Ilsa y Sinpeagricun resumen de la siguiente forma el contexto social, político y ambiental que dio lugar al surgimiento de las zonas de reserva campesina:

“Es así como, el desarrollo casi paralelo de dos realidades: la movilización de los colonos sobre San José del Guaviare exigiendo garantías de estabilidad en el territorio, la necesidad

de frenar el avance de la colonización sobre el Parque Nacional Natural Serranía de La Macarena y los cultivos de uso ilícito, y el establecimiento de un acuerdo colonos-Estado frente al realinderamiento de la reserva, la legalización de su ocupación y el establecimiento de topes a la acumulación de tierras para aliviar la presión ejercida por el latifundio, constituyó el contexto social, político y ambiental de la figura de la zona de reserva campesina.”[79]

2.6.1.2. La implementación de las zonas de reserva campesina no fue propuesta originalmente por el Gobierno en el proyecto que dio lugar a la ley 160. El proyecto inicial solamente contemplaba la creación de zonas de colonización con regímenes especiales de ocupación y adjudicación de tierras, con la finalidad de intervenir tales procesos con miras a prevenir la proliferación de conflictos sociales por la tenencia de la tierra, su ocupación desordenada, su concentración, entre otros[80]. La configuración de las disposiciones atacadas comenzó, en concertación con el Ministerio de Ambiente, en la ponencia para segundo debate en Senado, en la que se propuso modificar el capítulo sobre colonizaciones con el fin de crear la figura de las zonas de reserva campesina. La ponencia explica:

“Se establecen Zonas de Reserva Campesina para regular y ordenar la adjudicación de baldíos y evitar la concentración de la propiedad, para fomentar la pequeña propiedad campesina y crear condiciones de desarrollo y consolidación de la economía campesina de los colonos, con el Sistema Nacional de Reforma Agraria y Desarrollo Rural Campesino.

Se indica, además, que las Zonas de Colonización y aquellas donde predominen las tierras baldías, son Zonas de Reserva Campesina.

Se autoriza establecer Zonas de Desarrollo Empresarial, donde se regulará también la propiedad y se buscará en ellas un equilibrio entre la oferta ambiental y el aumento de la producción agropecuaria, a través de la inversión de capital, dentro de los criterios de racionalidad y eficiencia”.[81]

2.6.2. Configuración en la ley 160 de 1994

Con fundamento en las anteriores consideraciones, la ley 160 creó la figura de las zonas de reserva campesina y estableció unos elementos básicos para su entendimiento, a saber:

2.6.2.1. El artículo 1 señala como uno de los objetivos de ese cuerpo normativo:

“Regular la ocupación y aprovechamiento de las tierras baldías de la Nación, dando preferencia en su adjudicación a los campesinos de escasos recursos, y establecer Zonas de Reserva Campesina para el fomento de la pequeña propiedad rural, con sujeción a las políticas de conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables y a los criterios de ordenamiento territorial y de la propiedad rural que se señalen.”

2.6.2.2. En concordancia, el artículo 79 indica como finalidades de las actividades que desarrolla el Incoder en los procesos de colonización -las cuales incluyen la creación de zonas de reserva campesina- “(...) la regulación, limitación y ordenamiento de la propiedad rural, eliminar su concentración y el acaparamiento de tierras baldías a través de la adquisición o implantación de mejoras, fomentar la pequeña propiedad campesina y prevenir, con el apoyo del Sistema Nacional de Reforma Agraria y Desarrollo Rural Campesino, la descomposición de la economía campesina del colono y buscar su transformación en mediano empresario.” El inciso segundo de este precepto señala además que en las zonas de colonización -que como dispone el artículo 83 pueden ser zonas de reserva campesina- “(...) se regulará, limitará y ordenará la ocupación, aprovechamiento y adjudicación de las tierras baldías de la Nación, así como los límites superficiarios de las que pertenezcan al dominio privado, según las políticas, objetivos y criterios orientadores de la presente Ley, con la finalidad de fomentar la pequeña propiedad campesina, evitar o corregir los fenómenos de inequitativa concentración de la propiedad rústica y crear las condiciones para la adecuada consolidación y desarrollo de la economía de los colonos, a través de los mecanismos establecidos en el Capítulo II de esta Ley.”

2.6.2.3. El artículo 80 señala que la selección de las áreas en las que se constituirán las reservas campesinas debe realizarse “teniendo en cuenta las características agroecológicas y socioeconómicas regionales”, mientras el artículo 81 precisa que serán zonas de reserva campesina, salvo lo dispuesto en el artículo 83, las zonas de colonización y aquellas en donde predomine la existencia de tierras baldías.

2.6.2.4. El artículo 80 también establece los siguientes criterios orientadores de la acción estatal en dichas áreas: “(...) las reglas y criterios sobre ordenamiento

ambiental territorial, la efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de los campesinos, su participación en las instancias de planificación y decisión regionales y las características de las modalidades de producción.”

Teniendo en cuenta la reglamentación que se adopte, el artículo 80 ordena al Incoder adquirir, mediante el procedimiento señalado en el Capítulo VI de esa ley o por expropiación, las superficies que excedan los límites permitidos que pueden ser de propiedad privada al interior de las reservas.

2.6.2.6. Finalmente, el artículo 84 dispone que en la formulación y ejecución de los planes de desarrollo de los procesos de colonización en las zonas de reserva campesina, es obligatoria la participación de los alcaldes de los municipios incorporados en los respectivos estudios, así como de las organizaciones representativas de los intereses de los colonos.

2.6.3. Desarrollo reglamentario

2.6.3.1. En desarrollo de estos preceptos, el Gobierno Nacional expidió el decreto 1777 de 1996, el cual, además de reiterar los objetivos fijados por el Legislador para la creación de zonas de reserva campesina, fija los siguientes en el artículo 2:

- “1. Controlar la expansión inadecuada de la frontera agropecuaria del país.
2. Evitar y corregir los fenómenos de inequitativa concentración, o fragmentación antieconómica de la propiedad rústica.
3. Crear las condiciones para la adecuada consolidación y desarrollo sostenible de la economía campesina y de los colonos en las zonas respectivas.
4. Regular la ocupación y aprovechamiento de las tierras baldías, dando preferencia en su adjudicación a los campesinos o colonos de escasos recursos.
5. Crear y construir una propuesta integral de desarrollo humano sostenible, de ordenamiento territorial y de gestión política.
6. Facilitar la ejecución integral de las políticas de desarrollo rural.

7. Fortalecer los espacios de concertación social, política, ambiental y cultural entre el Estado y las comunidades rurales, garantizando su adecuada participación en las instancias de planificación y decisión local y regional.”

2.6.3.2. En cuanto a las áreas en las que pueden constituirse las reservas, el decreto introduce dos nuevos ámbitos: (i) las zonas de amortiguación del área de Sistema de Parques Nacionales Naturales, las cuales pueden hacer parte de una reserva “(...) con el propósito de desarrollar las actividades, modelos y sistemas productivos que se formulen en los planes ambientales establecidos para las zonas respectivas” -parágrafo 1 del artículo 1-; y (ii) zonas sustraídas de una reserva forestal por decisión de la autoridad ambiental competente, previa solicitud de la Junta Directiva del Incoder, -parágrafo 2 del artículo 1-[82].

2.6.3.3. Así mismo, el decreto contempla varias pautas que deben guiar la actuación del Estado en las zonas de reserva campesina, a saber: (i) favorecer las actividades tendientes a recuperar la aptitud forestal del suelo en las áreas sustraídas de zonas de reserva forestal - parágrafo 2 del artículo 1-; (ii) obrar de manera concertada “con el fin de promover y encauzar recursos y programas que definan un propósito común de desarrollo en la región” -inciso primero del artículo 3-; (iii) prever “(...) condiciones preferenciales en cuanto al otorgamiento de subsidios, incentivos y estímulos en favor de la población campesina en materia de créditos agropecuarios, capitalización rural, adecuación de tierras, desarrollo de proyectos alternativos, modernización y el acceso ágil y eficaz a los servicios públicos rurales” - inciso segundo del artículo 3-; y (iv) tener en cuenta los planes de desarrollo sostenible que establezcan los concejos municipales de desarrollo rural, o las instancias de participación que hagan sus veces, al definir los proyectos de financiación o cofinanciación a ejecutar en las zonas de reserva campesina.

2.6.3.4. En materia de participación, se ordena que “(...) [e]n los procesos de identificación, diseño y financiación de los planes, programas y actividades que desarrollarán las entidades públicas y privadas, las comunidades campesinas intervendrán a través de las instancias de planificación y decisión regionales contempladas en la Ley 160 de 1994, o en las que hubieren creado para el cumplimiento de los propósitos previstos en el presente artículo.”

2.6.3.5. Finalmente, se indica que la coordinación de las políticas del Estado en las zonas de reserva campesina, estará a cargo de los ministerios de Agricultura y Ambiente.

2.6.4. Acuerdo 024 de 1996 del Incora

En 1996 el entonces Incora expide también el acuerdo 024, “Por el cual se fijan los criterios generales y el procedimiento para seleccionar y delimitar las Zonas de Reserva Campesina de que tratan el Capítulo XIII de la Ley 160 de 1994 y el Decreto 1777 de 1996 y se dictan otras disposiciones”.

2.6.4.1. Este acuerdo reitera los objetivos de la configuración de zonas de reserva campesina[83] y recuerda que tal decisión puede darse en (i) regiones donde se adelanten procesos de colonización, (ii) en zonas donde predomine la existencia de tierras baldías, y (iii) en las áreas geográficas cuyas características agroecológicas y socioeconómicas requieran la regulación, limitación, redistribución y ordenamiento de la propiedad o tenencia de predios y terrenos rurales.

2.6.4.2. De otro lado, el artículo 3 introduce una lista de espacios en los que no es posible la creación de zonas de reserva campesina, estos son:

- “1. Las comprendidas dentro del Sistema Nacional de Parques Nacionales Naturales.
2. Las establecidas como reservas forestales, salvo los casos a que se refiere el párrafo 2º. del artículo 1o. del Decreto 1777 de 1996.
3. En los territorios indígenas, según lo previsto en los Artículos 2º y 3º del Decreto 2164 de 1995.
4. Las que deban titularse colectivamente a las comunidades negras, conforme a lo dispuesto por la Ley 70 de 1993.
5. Las reservadas por el INCORA u otras entidades públicas, para otros fines señalados en las leyes.
6. Las que hayan sido constituidas como Zonas de Desarrollo Empresarial.”

2.6.4.3. Los artículos 4[84], 5[85], 6[86], 7[87], 8[88] y 9[89] fijan reglas de trámite para la creación de las zonas. A grandes rasgos, el proceso se divide en las siguientes etapas: (i) solicitud, (ii) socialización con los consejos municipales de desarrollo rural y el director de la corporación autónoma regional del lugar, (iii) elaboración del plan de desarrollo sostenible, (iv) audiencia pública de socialización y concertación, y (v) emisión del respectivo acto administrativo que delimita la zona de reserva campesina. Trasversal a estas reglas se encuentra la obligación de concertar con las autoridades, organismos y entidades correspondientes y con las organizaciones representativas de los intereses de los colonos y campesinos, las decisiones sobre selección de las zonas de reserva campesina, así como sobre la formulación de los planes de desarrollo sostenible.

2.6.4.4. El artículo 10 dispone que la adquisición de predios rurales o mejoras por parte del Incoder debe dirigirse a la realización de los objetivos previstos por la ley 160 y el decreto 1777 de 1996, y en particular a “(...) prevenir o corregir la concentración del dominio o tenencia de los terrenos, o su fraccionamiento antieconómico, para su equitativa redistribución entre los beneficiarios señalados en el presente Acuerdo, mediante la regulación de las áreas máximas que puedan tenerse en propiedad por cualquier persona natural o jurídica, o en común y proindiviso”.

2.6.4.5. El artículo 11 define como beneficiarios de los programas de dotación de tierras que se adelanten en las zonas las siguientes: (i) “(...) hombres y mujeres campesinos mayores de dieciséis años de escasos recursos, o los que tengan la condición de jefes de hogar, que no sean propietarios de predios rurales, se hallen en condiciones de pobreza y marginalidad y deriven de la actividad agropecuaria la mayor parte de sus ingresos en su calidad de asalariados del campo, minifundistas o meros tenedores de la tierra”; (ii) “(...) los ocupantes de las áreas pertenecientes al Sistema de Parques Nacionales Naturales y de reserva forestal”; (iii) “(...) los grupos poblacionales respecto de los cuales se hayan establecido programas especiales de adjudicación de tierras por el Gobierno Nacional”; y (iv) “(...) los desplazados del campo involuntariamente por causa de la violencia y los que tengan la condición de deportados de países vecinos.” En concordancia, el artículo 12 introduce criterios de elegibilidad adicionales para los programas de dotación de tierras[90].

2.6.4.6. Finalmente, vale la pena destacar que el artículo 13 da a entender

que una de las consecuencias de la creación de las zonas de reserva campesina es el apoyo estatal a proyectos productivos agrosostenibles, que pueden ser formulados por las instituciones públicas y privadas que hubieren participado en la audiencia pública y las organizaciones representativas de los colonos y campesinos.

2.6.5. Implementación

A la fecha, con fundamento en esta normativa, el Incoder ha creado seis zonas de reserva campesina –ver consideración 1.5.3.-. Los principales objetivos específicos de la declaración de las reservas, como puede apreciarse en las resoluciones de constitución, han sido solucionar conflictos asociados al uso del suelo; proteger los derechos de propiedad de los campesinos; impulsar empresas campesinas de economía solidaria para el aprovechamiento forestal, así como proyectos viables de comercialización; crear espacios de trabajo conjunto entre las instituciones y las organizaciones de la comunidad, para la definición de políticas de inversión y desarrollo; mejorar la seguridad alimentaria, la calidad de vida y los ingresos de la población; fortalecer y consolidar organizaciones de productores, así como el liderazgo empresarial.

Por otra parte, algunos de los logros más destacados han sido la promoción de proyectos culturales, recreativos y de ecoturismo, así como silvícolas y de zoocria, con perspectiva de conservación de los recursos naturales y recuperación de áreas degradadas; el desarrollo de programas de titulación de baldíos y negociación voluntaria de predios; el apoyo a programas de conservación y recuperación ambiental; la capacitación de las comunidades campesinas para el desarrollo de proyectos productivos y el apoyo a los mismos; y el fortalecimiento de los procesos organizativos y asociativos locales.[91]

2.6.6. Resumen de implicaciones

En resumen, las zonas de reserva campesina son una figura creada por la ley 160 de 1994 para la ordenación social, ambiental y productiva de una región. Sus finalidades más importantes son solucionar conflictos socioeconómicos y ambientales ligados a la tierra, evitar su concentración, acaparamiento y fragmentación antieconómica, ordenar la adjudicación de baldíos y orientarla hacia campesinos de escasos recursos, fomentar la pequeña propiedad rural, proteger y fortalecer las economías campesinas, ordenar los procesos de colonización, y contribuir a la realización de los derechos económicos, sociales

y culturales de los campesinos, como el derecho a la alimentación y al acceso progresivo a la tierra.

La Junta Directiva del Incoder es la autoridad competente para crear y delimitar las zonas referidas, con sujeción a criterios como los siguientes: características agroecológicas y socioeconómicas regionales que demuestren que se requiere la regulación, limitación, redistribución y ordenamiento de la propiedad o tenencia de predios y terrenos rurales, la existencia de zonas de colonización y el predominio de tierras baldías. Además, por vía reglamentaria se ha definido que también pueden pertenecer a una reserva campesina: las zonas de amortiguación del área de Sistema de Parques Nacionales Naturales, y zonas sustraídas de una reserva forestal por decisión de la autoridad ambiental competente, previa solicitud de la Junta Directiva del Incoder.

A grandes rasgos, la creación de zonas de reserva campesina tiene las siguientes implicaciones: permite (i) establecer límites al dominio privado y a la cantidad de terreno que puede adjudicarse; (ii) fijar requisitos, condiciones y obligaciones que deben cumplir y acreditar los ocupantes de los terrenos que se adjudican; y (iii) definir áreas que por sus características no pueden ser ocupadas ni explotadas. También impone el deber de (iv) adoptar proyectos de desarrollo concertados entre las autoridades políticas y ambientales locales, y las comunidades. Obliga a las autoridades a (v) prever condiciones preferenciales en cuanto al otorgamiento de subsidios, incentivos y estímulos en favor de la población campesina en materia de créditos agropecuarios, capitalización rural, adecuación de tierras, desarrollo de proyectos alternativos, modernización y el acceso ágil y eficaz a los servicios públicos rurales. Finalmente, (vi) facilita el acceso de los campesinos ubicados en la zona a financiación para sus proyectos de desarrollo y productivos.

2.7. EXAMEN DE CONSTITUCIONALIDAD DE LOS ARTÍCULOS 79, 80, 81 y 84 DE LA LEY 160 DE 1994

La Sala recuerda que los cargos que el demandante formula son los siguientes:

Asegura que los artículos lesionan el derecho al territorio de los pueblos indígenas, ya que permiten la constitución de reservas campesinas sin que previamente se haya llevado a cabo una delimitación de los territorios de dichos pueblos. Sostiene que en los casos en los que se crean tales reservas sin previa delimitación de los territorios indígenas, la decisión

impide a los miembros de las comunidades el uso y disfrute de los recursos naturales que se encuentran en aquellos, y los hace más vulnerables a la existencia de conflictos por la tierra.

Argumenta que las disposiciones en cuestión lesionan el derecho de los pueblos indígenas a la consulta previa, ya que no fueron consultadas y tampoco prevén tal requisito para que puedan crearse las zonas de reserva campesina. Señala que la falta de previsión de la consulta previa (i) incita a la colonización de territorios ancestrales de los grupos étnicos, (ii) impide que los pueblos indígenas y tribales recuperen sus territorios, y (iii) como consecuencia de los dos problemas anteriores, pone en riesgo su supervivencia.

A continuación la Sala examinará cada uno de estos cargos:

2.7.1. Análisis de la presunta vulneración del derecho al territorio de los pueblos indígenas y tribales

Como se explicó en precedencia, los pueblos indígenas y tribales tienen un derecho constitucional a la protección de sus territorios, entendidos como los “hábitat de las regiones que ocupan o utilizan de alguna otra manera” –artículo 13.2 del Convenio 169 de la OIT. Se trata de una garantía fundamental ligada a sus derechos a la identidad cultural y, por ende, a la subsistencia como grupo étnico diferenciado. De su reconocimiento se desprenden varios deberes a cargo del Estado como la delimitación y protección de los espacios efectivamente ocupados; la protección de la utilización y administración que las comunidades dan a los recursos naturales ubicados en sus territorios; la realización de procedimientos de consulta previa cuando se vayan a adoptar medidas legislativas o administrativas con incidencia sobre los territorios; la garantía de participación de los grupos en la toma de decisiones que se relacionen con sus territorios, y la resolución oportuna de las solicitudes de titulación colectiva; entre otros.

Las zonas de reserva campesina son una figura de ordenamiento social, político y ambiental, cuyas principales implicaciones pueden resumirse en la posibilidad de limitar los usos y la propiedad de la tierra para evitar su concentración o fraccionamiento antieconómico, y el beneficio de programas de adjudicación de tierras, así como apoyo estatal para el desarrollo de proyectos de desarrollo sostenible concertados con las comunidades.

Para determinar si los artículos demandados vulneran el derecho al territorio de los pueblos indígenas y tribales, la Sala encuentra que es necesario resolver dos interrogantes: (i) si es posible, como sostiene el demandante, que las zonas de reserva campesina se creen en territorios de dichos pueblos; y (ii) en caso de que sea posible, si tal coincidencia lesiona el contenido protegido del derecho del territorio y si ello significa que los artículos deben ser declarados inexecutable. La Sala examina estas preguntas a continuación:

2.7.1.1. Los artículos demandados señalan pautas muy generales sobre las regiones en las que pueden constituirse zonas de reserva campesina: el artículo 80 indica que la Junta Directiva del Incodec debe seleccionar las áreas geográficas en las que se conformarán las reservas, teniendo en cuenta “las características agroecológicas y socioeconómicas regionales”. A su turno, el artículo 81 dice que son zonas de reserva campesina las zonas de colonización y donde prevalezcan los baldíos, mientras el artículo 84 ordena al reglamento definir “las áreas que por sus características especiales no pueden ser objeto de ocupación y explotación”. La amplitud de estos preceptos puede dar lugar a que se creen zonas de reserva campesina en espacios protegidos por el derecho al territorio de los pueblos indígenas y tribales, por las siguientes razones:

2.7.1.1.1. Además de que ninguno de los artículos acusados prohíbe que los territorios indígenas y tribales –en el sentido amplio relacionado en apartes previos– hagan parte de una zona de reserva campesina, las expresiones “las características agroecológicas y socioeconómicas regionales” no necesariamente dan cuenta de la existencia de comunidades indígenas y afrocolombianas en la región. Estas expresiones se refieren, de una parte, a las características físicas del terreno, y de otro, a las condiciones sociales y económicas de la población, sin que se exija discriminar si existen grupos étnicos minoritarios.

2.7.1.1.3. En tercer lugar, el hecho de que en una región prevalezcan los baldíos no es garantía de que la zona de reserva campesina que se constituya no cobijará territorios ancestrales de pueblos indígenas y tribales.

Como se explicó en la sentencia T-566 de 1992[92], “[s]e denomina bien baldío al terreno urbano o rural sin edificar o cultivar que forma parte de los bienes del Estado porque se encuentra dentro de los límites territoriales y carece de otro dueño”. Estos bienes, en los

términos de la sentencia C-595 de 1995[93] en concordancia con la ley 160 de 1994, son propiedad de la Nación pero “(...) con el fin de traspasarlos a los particulares que cumplan determinados requisitos exigidos por la ley”.

El párrafo 5 del artículo 85 de la ley 160 indica que en terrenos baldíos es posible crear reservas indígenas[94], las cuales son definidas por el artículo 2 del decreto 2164 de 2004 como “(...) un globo de terreno baldío ocupado por una o varias comunidades indígenas que fue delimitado y legalmente asignado por el INCORA a aquellas para que ejerzan en él los derechos de uso y usufructo con exclusión de terceros”. Teniendo en cuenta que las reservas campesinas (i) se asignan a las comunidades indígenas para que ejerzan en él los derechos de uso y usufructo con exclusión de terceros, y (ii) deben crearse, por regla general, en lugares que hagan parte de los territorios ancestrales de los pueblos indígenas, la Sala encuentra que es posible que un área en la que predominen los baldíos existan territorios indígenas y por ello la norma contempla la posibilidad de crear en esos ámbitos espaciales reservas indígenas.

La anterior conclusión, es decir, que en los terrenos baldíos pueden coexistir territorios ancestrales de pueblos indígenas y tribales, es confirmada por la regulación de los resguardos indígenas que trae la ley 160 y el decreto 2164 de 1994. En efecto, estos cuerpos normativos parten de la base de que los pueblos indígenas pueden estar asentados o ejercer actividades tradicionales en terrenos baldíos, cuya titulación pueden reclamar con fines de creación de resguardos. Por ejemplo, el inciso segundo del artículo 3 del decreto referido dispone: “Las reservas indígenas, las demás tierras comunales indígenas y las tierras donde estuvieren establecidas las comunidades indígenas o que constituyan su hábitat, sólo podrán adjudicarse a dichas comunidades y en calidad de resguardos” –recuérdese que las reservas indígenas son globos de terrenos baldíos según la definición del artículo 2 del mismo decreto-. En suma, la normativa sobre resguardos parte de la premisa de que pueden existir asentamientos indígenas en territorios baldíos y por ello autoriza su adjudicación colectiva bajo la modalidad de resguardo.

Ahora bien, el que las normas antes citadas prevea que los terrenos baldíos que han sido asignados como reservas indígenas solamente pueden adjudicarse a las respectivas comunidades para la configuración de resguardos, no significa que tales terrenos necesariamente serán excluidos de una zona de reserva campesina, debido a fenómenos

que han sido documentados o reconocidos por esta Corporación, como los siguientes: (i) dilaciones injustificadas en la solución de peticiones de constitución o ampliación de resguardos[95], y (ii) existencia de pueblos indígenas que nunca han solicitado la creación ni de reservas indígenas ni de resguardos, por razones como su cultura nómada o la decisión de aislamiento voluntario[96]. En estos casos, la falta de una decisión oportuna o la inexistencia de solicitudes sumado al conocimiento precarios que se tiene de algunos pueblos indígenas, podría facilitar que se configure una zona de reserva campesina en un espacio que también es habitado por pueblos indígenas.

En el caso de las comunidades afrodescendientes y raizales, la ley 70 de 1993 reconoce que ellas pueden estar asentadas en terrenos baldíos y por ello su titulación colectiva es autorizada por ese mismo cuerpo normativo. Como en el caso anterior, es posible que la falta de decisión oportuna de reclamaciones de titulación colectiva[97], como la existencia de comunidades que no han solicitado la titulación, permita que se creen zonas de reserva campesina en áreas habitadas tradicionalmente por dichas comunidades.

En resumen, el criterio de región en la que prevalezcan los baldíos tampoco significa una exclusión de los territorios de los pueblos indígenas y tribales de las zonas de reserva campesina; por el contrario, la normativa reconoce que dichos pueblos pueden ocupar terrenos baldíos, lo que sumado a fenómenos como falta de titulación oportuna o inexistencia de solicitudes en ese sentido, puede facilitar que se creen las zonas bajo estudio en sectores en los que también existen territorios ancestrales de grupos étnicos minoritarios.

2.7.1.1.4. Por último, el artículo 84, cuando ordena al reglamento definir “las áreas que por sus características especiales no pueden ser objeto de ocupación y explotación”, no provee criterios para llevar a cabo tal definición, de modo que esta expresión tampoco permite concluir que los territorios indígenas y de pueblos tribales no pueden ser cobijados por una zona de reserva campesina.

2.7.1.1.5. Podría sostenerse, como lo hacen algunos intervinientes, que en tanto los artículos 3 y 4 del acuerdo 024 de 1996 del Incora disponen que no pueden crearse zonas de reserva campesina “[e]n los territorios indígenas, según lo previsto en los Artículos 2° y 3° del Decreto 2164 de 1995” y en “[l]as [tierras] que deban titularse

colectivamente a las comunidades negras, conforme a lo dispuesto por la Ley 70 de 1993” no es cierto que se afecte el derecho al territorio de las comunidades indígenas y afrocolombianas. La Sala no considera que este argumento desvirtúe tal afectación, toda vez que se trata de una interpretación que hace una autoridad administrativa -sin siquiera carácter reglamentario- y que por tanto puede ser variada en cualquier tiempo. Dichos preceptos, a juicio de esta Corporación, lo que hacen es confirmar que los artículos demandados no excluyen la posibilidad de que confluyan territorios de pueblo indígenas y tribales y zonas de reserva campesina, y que por ello se requiere eliminar esa posible interpretación del ordenamiento, como se pretende hacer mediante el acuerdo

2.7.1.1.6. Por último, la Sala resalta que la posibilidad de que coincidan territorios de pueblos indígenas y tribales con zonas de reserva campesina no es una mera hipótesis, prueba de ello es que el Incoder venga adelantando procesos de consulta previa en las regiones de Montes de María y el Catatumbo, ante la solicitud de grupos de campesinos de crear zonas de reserva campesina en ellas y en vista de que el Ministerio del Interior advirtió la presencia de comunidades indígenas en las regiones referidas, así como posibles yuxtaposiciones con su territorio ancestral. En este punto es pertinente citar nuevamente lo afirmado por el Incoder en documento allegado al proceso:

“En el primer caso, en la actualidad se encuentra en desarrollo el proceso orientado a garantizar el derecho a la consulta previa a comunidades indígenas y afrodescendientes, el cual viene siendo diseñado de forma concertada con las comunidades étnicas y campesinas, con el apoyo técnico de la Pontificia Universidad Javeriana en el marco del Convenio No. 00589 entre ésta y el Incoder, como parte del procedimiento de delimitación y constitución de dos zonas de reserva campesina que han sido propuestas por el gobierno nacional.

En el caso del Catatumbo, el área delimitada proyectada para ser reconocida como zona de reserva campesina coincide en una parte con la Zona de Reserva Forestal de la Serranía de los Motilones, por lo que se viene adelantando el procedimiento de sustracción de la misma con destino eventual a zona de reserva campesina como alternativa de ordenamiento productivo, social y ambiental del área a sustraer. Sobre esta área el Ministerio del Interior certificó la necesidad de llevar a cabo la Consulta Previa, la cual se encuentra en proceso de preparación para su realización.

En el área restante que corresponde al polígono comprendido por un sector del municipio de Tibú, no presenta conflicto con los resguardos del pueblo Barí y otros, de acuerdo con lo señalado por la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior en la certificación en la que indica que en el área proyectada no se registra presencia de comunidades negras, afrocolombianas, raizales, palenqueras, indígenas ni rom (...).

Sin embargo, vale la pena señalar que aun cuando no existe conflicto, a esta propuesta de delimitación de zona de reserva campesina, se ha llegado luego de un proceso de diálogos y concertación entre el pueblo Barí y las comunidades campesinas, en el marco de las cuales se ha acordado excluir de tal delimitación, los territorios sobre los cuales el pueblo Barí tiene aspiración de ampliación de sus resguardos, pero en los cuales existe una importante población campesina. A esta realidad, las comunidades campesina y Barí han creado la Mesa Intercultural, espacio de concertación autónomo, en el cual se espera discutir y dar trámite a los conflictos territoriales-culturales, dando lugar a fórmulas de convivencia intercultural respetuosa de las respectivas identidades.”

2.7.1.1.7. En vista de que los criterios empleados por el legislador para tomar decisiones sobre la delimitación de zonas de reserva campesina no ofrecen elementos suficientes para excluir territorios ancestrales de pueblos indígenas y tribales, la sala concluye sí es posible que las zonas de reserva campesina coexistan con territorios indígenas y tribales.

2.7.1.2. Teniendo en cuenta la anterior conclusión, corresponde ahora a la Corporación analizar si tal coincidencia implica una lesión del derecho al territorio de los pueblos indígenas y tribales. La respuesta a este interrogante es que sí se presenta tal afectación, como pasa a estudiarse:

2.7.1.2.1. La configuración de una zona de reserva campesina -se reitera- tiene las siguientes implicaciones: permite establecer límites al dominio privado y a la cantidad de terreno que puede adjudicarse; fijar requisitos, condiciones y obligaciones que deben cumplir y acreditar los ocupantes de los terrenos que se adjudican; y definir áreas que por sus características no pueden ser ocupadas ni explotadas. También impone la obligación de adoptar proyectos de desarrollo concertados entre las autoridades políticas y ambientales locales, y las comunidades. Obliga a las autoridades a prever condiciones

preferenciales en cuanto al otorgamiento de subsidios, incentivos y estímulos en favor de la población campesina en materia de créditos agropecuarios, capitalización rural, adecuación de tierras, desarrollo de proyectos alternativos, modernización y el acceso ágil y eficaz a los servicios públicos rurales. Finalmente, facilita el acceso de los campesinos ubicados en la zona a financiación para sus proyectos de desarrollo y productivos.

Dadas estas implicaciones, para la Sala es claro que la decisión sí tiene el potencial de trasgredir el derecho al territorio de los pueblos indígenas y tribales, puesto que puede significar, por ejemplo, imposición de proyectos de utilización y aprovechamiento de recursos naturales en áreas de importancia religiosa o cultura para un grupo étnico, o limitación de sus posibilidades de explotación de tales recursos.

2.7.1.2.2. Sin embargo, la anterior conclusión no necesariamente conduce a una declaración de inexequibilidad; en este caso, a la luz del principio de conservación del derecho y en vista de las importantes finalidades que cumplen las zonas de reserva campesina, es posible mantener en el ordenamiento las disposiciones censuradas mediante la fijación de un condicionamiento que permita evitar la consecuencia inconstitucional reseñada, como pasa a analizarse:

En vista de los significativos objetivos que persiguen los artículos, la Corte debe tratar de preservarlos en el ordenamiento, pero haciéndolos compatibles en este caso con el derecho al territorio que es reconocido por la Constitución y el bloque de constitucionalidad a los pueblos indígenas y tribales.

Para lograr tal armonización, la Sala encuentra que deben declararse exequibles los artículos 79, 80, 81 y 84 de la ley 160 de 1994, en el entendido que para la creación de una zona de reserva campesina también deberá examinarse si en el área en la que se pretende constituir existen territorios de pueblos indígenas y tribales, entendiendo territorio de la forma amplia que se señala en esta providencia. En tal caso deberá surtirse un proceso de consulta previa.

La razón por la cual la Sala considera que la consecuencia apropiada a la identificación de territorios tradicionales de pueblos indígenas y tribales es la realización de una consulta previa y no la exclusión definitiva de la posibilidad de configurar zonas de reserva campesina en dichas áreas, es que no en todos los casos la creación de tales figuras es

incompatible con el derecho al territorio y el derecho a la autodeterminación de dichos grupos; en ejercicio de su autonomía, las comunidades concernidas pueden resolver que la reserva campesina es una figura que avanza sus intereses, por ello lo indicado es que se les permita en cada caso, y en el escenario de la consulta previa, tomar la decisión correspondiente.

Lo anterior debe entenderse sin perjuicio de la prelación que la normativa vigente da a los pueblos indígenas y tribales en materia de adjudicación de los territorios en los que habitan y desarrollan sus actividades y prácticas tradicionales. Esta normativa está dirigida a la satisfacción del derecho al territorio de aquellos pueblos, y por ello es de imperativo cumplimiento en el marco de los procesos de decisión sobre zonas de reserva campesina[98].

La Sala también llama la atención sobre que en aquellos casos en que los pueblos indígenas y tribales concernidos decidan negarse a la creación de una zona de reserva campesina, es obligación del Estado apoyar sus planes de vida y proyectos de desarrollo a la par con los de las comunidades campesinas.

2.7.2. Examen de la presunta violación del derecho a la consulta previa

En secciones anteriores se explicó que la consulta previa es un derecho fundamental de los pueblos indígenas y tribales que se activa frente a procesos de toma de decisiones de cualquier índole -legislativa, administrativa, de explotación de recursos, etc.- que puedan afectar directamente a dichos grupos. Los aspectos que han sido evaluados por la jurisprudencia constitucional para identificar si se presenta tal afectación han sido: (i) alteración del estatus de las comunidades porque se imponen restricciones o conceden beneficios; (ii) introducción de regulaciones específicas dirigidas a los pueblos indígenas y tribales; (iii) adopción de normas redactadas en términos generales, pero que regulan sistemáticamente materias que conforman la identidad de las comunidades tradicionales o que repercuten en ellas de mayor manera; (iv) expedición de regulaciones sobre las materias definidas en el Convenio 169 de la OIT y otros tópicos que por expresa disposición constitucional, debe ser sometido a procesos de decisión que cuenten con la participación de las comunidades étnicas; e (v) implementación de regulaciones de materias vinculadas con la definición de la identidad étnica de los pueblos indígenas y tribales.

Para resolver el cargo propuesto por el demandante relacionado con este derecho, la Sala debe resolver dos interrogantes: el primero es si los artículos acusados debían ser materia de consulta, y el segundo es si el no prever la obligatoriedad de tales procesos como requisito para constituir zonas de reserva campesina, torna los preceptos incompatibles con la Carta Política.

2.7.2.1. Sobre la primera cuestión, varios intervinientes resaltan que los artículos demandados no requerían de consulta previa de conformidad con lo señalado en la sentencia C-253 de 2013[99], según la cual tal requisito en materia de medidas legislativas sólo es exigible a leyes adoptadas después de que fuera proferida la sentencia C-030 de 2008.

Efectivamente, en la sentencia C-253 de 2013, la Sala Plena de esta Corporación fijó la siguiente subregla en materia de consulta previa de medidas legislativas:

“La Corte adopta como regla jurisprudencial la exigencia de consulta previa como condición de validez de las normas expedidas con posterioridad a la sentencia C-030 de 2008, por cuanto allí se consolidó el precedente jurisprudencial en esta materia.”

En vista de este precedente, la Sala concluye que los artículos 79, 80, 81 y 84 de la ley 160 de 1994 no requerían consulta previa y por ello los declarará exequibles frente a este cuestionamiento.

2.7.2.2. Ahora corresponde examinar si las disposiciones demandadas debían ordenar la realización de una consulta previa para la creación de las zonas de reserva campesina:

Como se precisó en el acápite previo, las implicaciones más sobresalientes de la creación de una zona de reserva campesina son: permite establecer límites al dominio privado y a la cantidad de terreno que puede adjudicarse; fijar requisitos, condiciones y obligaciones que deben cumplir y acreditar los ocupantes de los terrenos que se adjudican; y definir áreas que por sus características no pueden ser ocupadas ni explotadas. También impone la obligación de adoptar proyectos de desarrollo concertados entre las autoridades políticas y ambientales locales, y las comunidades. Obliga a las autoridades a prever condiciones preferenciales en cuanto al otorgamiento de subsidios, incentivos y estímulos en favor de la población campesina en materia de créditos agropecuarios, capitalización rural, adecuación

de tierras, desarrollo de proyectos alternativos, modernización y el acceso ágil y eficaz a los servicios públicos rurales. Finalmente, facilita el acceso de los campesinos ubicados en la zona a financiación para sus proyectos de desarrollo y productivos.

En sentir de la Sala, algunas de estas implicaciones, sumadas a que las zonas de reserva campesina pueden coincidir con territorios de pueblos indígenas y tribales o puede existir presencia de ellos en la respectiva región, conducen a concluir que la creación de tales figuras puede afectar directamente a los pueblos indígenas y tribales con presencia en las respectivas regiones.

2.7.2.2.1. Por ejemplo, la introducción mediante reglamentación de regulaciones sobre límites al dominio privado, cantidad de terreno que puede adjudicarse y obligaciones de los propietarios y poseedores, entre otros, puede pugnar con las formas de organización de la propiedad de los pueblos indígenas y tribales. Esta Corte ha reconocido que muchos grupos étnicos minoritarios tienen concepciones de la propiedad diferentes al régimen que contempla la normativa nacional; por ejemplo, muchas de ellas no conciben la propiedad privada de tipo individual, sino que han desarrollado regímenes colectivos. Esta situación es reconocida por la normativa y por ello, tanto la ley 160 como la ley 70 hablan de titulación colectiva a favor de comunidades indígenas, afrocolombianas y raizales. En este orden de ideas, la posibilidad de imponer regímenes de propiedad individual y limitada o regulaciones sobre la propiedad no concertadas con los pueblos indígenas y tribales, les concierne directamente, pues se trata de regulaciones sobre aspectos regulados por el Convenio 169 de la OIT que puede alterar sus prácticas ancestrales y por ende los elementos de su identidad étnica y cultural.

2.7.2.2.2. En adición, los planes de desarrollo que se adopten como requisito para la constitución de la zona de reserva campesina pueden contener visiones de desarrollo y prever proyectos no necesariamente acordes con los planes de vida de los pueblos indígenas o con las visiones de las comunidades afrodescendientes. Esos planes además pueden contener regulaciones sobre el uso y explotación de recursos naturales, así como sobre la ocupación del territorio, que difieren de las concepciones de la naturaleza de tales grupos. Por tanto, y teniendo en cuenta que los planes de desarrollo sostenible son base para el acto administrativo que delimita una zona de reserva campesina, la Sala encuentra que también afectan directamente a los pueblos indígenas y tribales, ya que implican

decisiones sobre aspectos regulados por el Convenio 169 y nuevamente pueden alterar su identidad étnica y cultural.

2.7.2.2.3. Es cierto que la ley 160, el decreto 1777 de 1996 y el acuerdo 024 de 1996 del Incoder exigen que esos planes de desarrollo sostenible se formulen de manera concertada con los consejos municipales de desarrollo rural, las instituciones públicas y privadas, y las organizaciones representativas de los intereses de los colonos y campesinos de la zona; sin embargo, tal escenario de participación no asegura la compatibilidad de los planes de desarrollo de las zonas de reserva con los de las comunidades étnicas, ni la participación directa de estas últimas de la forma como se lleva a cabo en el escenario de la consulta previa.

2.7.2.2.4. En vista de la afectación directa a los pueblos indígenas y tribales que conlleva la creación de zonas de reserva campesina, es forzoso concluir que tal decisión también debe ser materia de consulta previa.

En estos eventos la consulta debe ser un espacio de discusión y concertación que permita a los miembros de las comunidades indígenas y tribales, evaluar la conveniencia de crear la zona de reserva campesina y tomar la decisión respectiva en ejercicio de su derecho a la autodeterminación.

Ahora bien, la conclusión expuesta no significa que deban declararse inexecutable los preceptos. Advierte la Sala que se trata de una omisión legislativa que puede ser suplida mediante la introducción de un condicionamiento que haga los preceptos compatibles con las exigencias constitucionales y el principio de conservación del derecho.

Este tipo de decisión ya ha sido adoptada en oportunidades previas ante normas que prevén escenarios de toma de decisiones que pueden concernir directamente a pueblos indígenas y tribales, y que no contemplan la consulta previa. Por ejemplo, en la sentencia C-461 de 2008[100], la Corte declaró executable la ley 1151 de 2007 “por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010”, “en el entendido de que se suspenderá la ejecución de cada uno de los proyectos, programas o presupuestos plurianuales incluidos en la misma que tengan la potencialidad de incidir directa y específicamente sobre pueblos indígenas o comunidades étnicas afrodescendientes, hasta tanto se realice en forma integral y completa la consulta previa específica exigida por el bloque de

constitucionalidad, de conformidad con las pautas trazadas para ello por la jurisprudencia constitucional”.

Con apoyo en este precedente, se declarará la exequibilidad condicionada de los artículos 79, 80, 81 y 84 en el entendido que en todos los casos debe estudiarse si hay presencia de pueblos indígenas y tribales en la región en la que se pretende crear una zona de reserva campesina, y cuando su presencia se advierta, deberá llevarse a cabo el respectivo proceso de consulta previa.

2.7.3. Conclusión

No obstante lo anterior, la Sala observó que dadas las importantes finalidades que persiguen los preceptos demandados y con el fin de realizar el principio de conservación del derecho, es necesario mantener en el ordenamiento los artículos demandados, pero haciéndolos compatibles con la Constitución. La mejor manera de lograr esta armonización es la introducción de un condicionamiento, según el cual para la creación de una zona de reserva campesina también deberá examinarse si en el área en la que se pretende constituir existen territorios de pueblos indígenas y tribales, entendiendo territorio en concordancia con el Convenio 169 de la OIT como los “hábitat de las regiones que ocupan o utilizan [los pueblos indígenas y tribales] de alguna otra manera”. En tal caso deberá surtirse un proceso de consulta previa, de manera que las comunidades concernidas, en ejercicio de su derecho a la autodeterminación, decidan si la medida puede promover o no sus intereses, sin perjuicio de la obligatoriedad de la normativa que da prelación a dichos grupos en la asignación y adjudicación de los terrenos baldíos que hacen parte de su territorio.

2.7.3.2. Por otra parte, se concluyó que la omisión de consulta previa para la aprobación de los artículos demandados no constituye un vicio de constitucionalidad predicable de la ley 160, ya que ésta fue expedida antes de que fuera proferida la sentencia C-030 de 2008, de modo que, según la sentencia C-253 de 2013, no requería ser consultada.

2.7.3.3. Por último, la Corporación estimó que la creación de zonas de reserva campesina tiene el potencial de afectar directamente a los pueblos indígenas y tribales, cuando existe presencia de ellos en la respectiva región o la zona elegida coincide con sus

territorios ancestrales. En estos casos, en vista de que la configuración de una zona de reserva campesina puede tener implicaciones tales como la introducción de (i) regulaciones de la propiedad que riñen con las nociones colectivas de los grupos étnicos, o (ii) planes de desarrollo sostenibles que contengan visiones de desarrollo y proyectos no acordes con los planes de vida de los pueblos indígenas o con las visiones de las comunidades afrodescendientes, la decisión concierne directamente a las comunidades implicadas, toda vez que esas implicaciones versan sobre aspectos a los que alude el Convenio 169 de la OIT y sobre elementos que definen la identidad étnica y cultural de los grupos étnicos.

En este caso, nuevamente la Sala consideró que los artículos pueden ser mantenidos en el ordenamiento por medio de la implementación de un condicionamiento que los haga armónicos con la Carta Política; por ello los artículos se declararán exequibles en el entendido que en todos los casos debe estudiarse si hay presencia de pueblos indígenas y tribales en la región en la que se pretende crear una zona de reserva campesina, y cuando su presencia se advierta, deberá llevarse a cabo el respectivo proceso de consulta previa.

3. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Constitucional de la República de Colombia, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

Declarar EXEQUIBLES los artículos 79, 80, 81 y 84 de la ley 160 de 1994 en el entendido que para la creación de una zona de reserva campesina debe examinarse si en el área en la que se pretende constituir, existen territorios de pueblos indígenas y tribales o presencia de dichos pueblos, caso en el cual deberá garantizarse el derecho a la consulta previa.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese, cúmplase y archívese el expediente.

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Presidente

Con aclaración de voto

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrada

Con aclaración de voto

Magistrado

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

Magistrado

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

Ausente en comisión

Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

Magistrado

Con aclaración de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

ACLARACIÓN DE VOTO DE LA MAGISTRADA

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

A LA SENTENCIA C-371/14

Referencia: expediente D-9799

Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 79, 80, 81, 82, 83 y 84 de la ley 160 de 1994 “Por la cual se crea el Sistema Nacional de Reforma Agraria y Desarrollo Rural Campesino, se establece un subsidio para la adquisición de tierras, se reforma el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria y se dictan otras disposiciones”.

Magistrado Ponente:

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Con el respeto acostumbrado por las decisiones de la Sala Plena, aclaro mi voto en relación con la sentencia C-371 de 2014, por dos razones: la primera se refiere a la aplicabilidad de la consulta previa en el tiempo (considerandos 1 a 13). La segunda, a la omisión en que incurre el proyecto al no mencionar la subregla acerca del consentimiento (considerandos 14 y 15).

1. La consulta previa es un derecho fundamental de las comunidades indígenas, afrocolombianas, raizales y rom. Como derecho humano, su reconocimiento abarca un complejo proceso histórico, cuyos principales hitos se encuentran en el siglo pasado. Así, la comunidad internacional comienza a aceptar la situación de vulnerabilidad, la discriminación histórica, y el riesgo de extinción por exterminio que vivieron muchas comunidades indígenas a partir de procesos de conquista y colonización. La fundación del

Instituto Indigenista Interamericano[101] contribuye a esa toma de conciencia inicial, bajo la orientación de descifrar los principales factores de la pobreza de los pueblos aborígenes.

2. La Organización Internacional del Trabajo toma sus banderas hacia mediados del siglo pasado y en el año 1957 adopta un convenio destinado a la protección de los derechos de los pueblos indígenas. El diagnóstico sobre la situación de los pueblos indígenas se basaba en ese entonces en indicadores económicos, destinados a evaluar el “nivel de vida” de estos pueblos, desde la óptica de la sociedad no-indígena. En el Convenio 107 de ese año se condensa ese enfoque y su objetivo natural (la igualación de los pueblos indígenas a la cultura hegemónica de cada país) define los derroteros a seguir en cuanto a los derechos de los pueblos indígenas. El citado convenio, sin embargo, reconoce derechos diferenciales, y especialmente territoriales a las comunidades indígenas[102].

3. El paso de los años y la participación directa de los pueblos indígenas en la definición de sus intereses y también del derecho internacional de los derechos humanos, lleva con el tiempo a dejar a un lado el enfoque del Convenio 107 denominado integracionista o asimilacionista. La primera razón para hacerlo es que la “igualación” de las comunidades étnicas a la sociedad mayoritaria implica la eliminación de las diferencias que constituyen su cultura. La segunda es la aceptación del “hecho del pluralismo”, fundamento esencial de las democracias constitucionales contemporáneas. Y la tercera es que, en tanto “pueblos” originarios, la lucha del movimiento indígena se dirigía más al reconocimiento del principio de autodeterminación (o al menos de su autonomía) que a la elevación de su calidad de vida desde estándares ajenos a su modo de ver el mundo.

4. En ese marco, en 1989 la comunidad internacional adoptó el Convenio 169[103], dejando atrás el enfoque integracionista para asumir uno respetuoso de las diferencias y la autonomía. En el nuevo convenio se consagra por primera vez en un instrumento de derecho “duro” (un Convenio vinculante para las partes) el derecho fundamental a la consulta previa, explicando que esta debería realizarse antes de la adopción de medidas administrativas o legislativas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas y tribales.

Este derecho refleja entonces la forma en que la comunidad internacional comprendió que

la definición de la cuestión indígena, la discusión acerca de sus derechos y sus relaciones con los sectores no-indígenas de la sociedad solo podría establecerse con la intervención directa de los interesados.

5. El Convenio 169 de 1989 fue aprobado por el Congreso, mediante la Ley 21 de 1991. Posteriormente, la Corte Constitucional explicó que por tratarse de un instrumento de derechos humanos aprobado por Colombia, sus normas se integran al sistema jurídico con jerarquía constitucional, en virtud del artículo 93, inciso 1º, de la Constitución Política. En términos más conocidos, el Convenio 169 de 1989 hace parte del bloque de constitucionalidad. La Corte reconoció el derecho a la consulta previa desde sus primeras decisiones, y en la sentencia SU-039 de 1997[104] señaló que en el orden interno, la interpretación sistemática del Convenio 169 de 1989 con los artículos 330 y 40 de la Constitución Política exige considerarlo un derecho de naturaleza fundamental.

6. En el año 2001, mediante sentencia C-169 de 2001,[105] la Corte Constitucional declaró la constitucionalidad del proyecto de ley estatutaria que, en desarrollo del artículo 176 de la Constitución, definió las circunscripciones especiales del Senado para las comunidades negras y los pueblos indígenas. Una consideración central de la sentencia es que el Convenio 169 de 1989 de la OIT es aplicable también a los pueblos indígenas, pues aunque este utiliza la expresión “tribales”, en realidad sus destinatarios son los pueblos que se auto reconocen como culturas y etnias distintas a la mayoritaria.

7. También la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, al recibir una petición sobre el caso de la ocupación de los territorios colectivos de las comunidades negras de los ríos Jiguamiandó y Curvaradó, confirmó que estos grupos humanos son titulares de los derechos previstos en el Convenio 169 de la OIT[106].

La consulta previa también es entonces un derecho de las comunidades negras o afrocolombianas.

8. Todo lo anterior lo expongo con el propósito de resaltar que la consulta previa es un derecho reconocido por el DIDH hace aproximadamente 30 años, incorporado al orden interno por el Legislador en el año 1991 y al bloque de constitucionalidad desde la expedición de la Carta de 1991. El Convenio 169 de 1989 explícitamente hace referencia a

la consulta de medidas legislativas. Es cierto que la interpretación sobre el alcance de esta obligación y las consecuencias de su omisión ha variado en el tiempo, y que la Corte ha hecho más exigentes los estándares de su aplicación. Pero no puede sostenerse, sin desconocer el proceso histórico citado y lo que este representa para los derechos de los grupos étnicos, la existencia de este derecho, ni proponer, como lo hizo la Corte en desafortunado óbiter dicta de la sentencia C-253 de 2013, que este derecho surge repentinamente en la sentencia C-030 de 2008, y que exigir su aplicación para leyes y decretos anteriores viola el principio de legalidad.

9. ¿Cómo puede violarse el principio de legalidad al exigir la aplicación de un derecho constitucional claramente definido y reconocido en el DIDH y el orden interno? Y, ¿Cómo podría argumentarse que la “víctima” de esa violación es el Congreso de la República, si este órgano aprobó el Convenio 169 de 1989 de la OIT mediante Ley 21 de 1991? No hace falta dejar sin respuesta estas preguntas retóricas. Adhiero, en cambio, lo expresado por el Magistrado Luis Ernesto Vargas, en su salvamento de voto a la sentencia C-253 de 2013, pues son precisamente las razones que hacen inaceptable la propuesta de que la consulta previa de medidas legislativas nació con la sentencia C-030 de 2008:

“(...) Primero, no es cierto que la sentencia C-030 de 2008 haya impuesto una obligación inexistente en la Constitución y la Ley al Congreso de la República, previa la aprobación de las leyes. La obligación se encuentra en un Convenio de derechos humanos integrante del bloque de constitucionalidad y, por lo tanto, en la propia Constitución Política. Se trata del Convenio 169 de 1989 de la OIT, cuyo contenido el Legislador conoce plenamente, pues fue incorporado como Ley de la República en el año 1991 (Ley 21 de 1991). Segundo, antes de la sentencia C-030 de 2008 ya la Corte había indicado que una norma legal debía ser consultada si afectaba directamente a tales comunidades. (Sentencias C-418 de 2002, C-891 de 2002 y C-208 de 2007). Así las cosas, no es cierto que solo hasta la sentencia C-030 de 2008 la Corporación explicó la existencia de esa obligación. Tercero, la consulta previa es un derecho fundamental. En consecuencia, equipararlo con un procedimiento legislativo que debía estar plenamente definido en la Ley Orgánica del Congreso o la Constitución Política para ser exigible en el trámite de una ley no es acertado. El Legislador debe respetarlo aun en ausencia de regulación, como debe respetar toda norma de jerarquía superior a la Ley. Cuarto, si bien este derecho fundamental no requiere una reglamentación absoluta para su aplicación, sí existían antes de la sentencia C-030 de 2008

parámetros amplios sobre las obligaciones que la consulta previa impone al Estado colombiano Estado, establecidos en el ya citado Convenio 169 de 1989 (aprobado por Ley 21 de 1991), y en la jurisprudencia constitucional, que destaca como elemento esencial de la consulta, la existencia de un espacio apropiado para adelantar una discusión guiada por el principio de buena fe entre el Gobierno y los pueblos indígenas y determina las condiciones que deben cumplirse para lograr ese cometido. Quinto, la sentencia C-030 de 2008 no constituye una reglamentación general del derecho a la consulta previa de medidas legislativas, como se indicó en la sentencia. En virtud del principio de separación de funciones entre las ramas del poder público, esta Corporación no efectúa ese tipo de desarrollo normativo”.

10. Así las cosas, estimo que la Sala Plena debe dejar atrás el óbiter dicta de la sentencia C-253 de 2013, según el cual la consulta solo es aplicable para leyes promulgadas después de la sentencia C-030 de 2008. Y aclaro que se trata de un “dicho al pasar” porque el problema jurídico que debía resolver la Corte en aquella oportunidad consistía en determinar si el uso de la expresión “comunidades negras” en un amplio número de leyes y decretos es discriminatorio, y la respuesta fue negativa, pues la expresión citada un uso consolidado en el derecho internacional con fines garantistas, y es acogida por buena parte del movimiento afro colombiano.

11. La sentencia C-371 de 2004 (objeto de esta aclaración) representaba una oportunidad propicia para retomar la jurisprudencia pacífica que exige la aplicación de la consulta previa antes de la aprobación de una ley, sin el límite arbitrario de ser posteriores a la publicación de la sentencia C-253 de 2013. Sin embargo, la Sala Plena prefirió evadir el problema. Indicó que el cargo no consistía en la violación de la consulta previa sino que se acusaba al Legislador de haber incurrido en una omisión legislativa relativa, al no haber previsto en la norma demandada el deber de consulta, previa la declaración de una zona de reserva campesina que afecte a comunidades indígenas.

12. Ese planteamiento le permitió a la Corte pronunciarse sobre la efectiva omisión de consultar la ley de tierras (164 de 1994), en los aspectos que afectan directamente a los pueblos indígenas que era el cargo de la demanda. Sin embargo, también creó tres problemas claros. El primero consiste en extender la aplicación del obiter dicta de la C-253 de 2013 ampliamente descrito, en lugar de rectificar a tiempo y retomar la línea

consolidada de la Corte Constitucional sobre la procedencia de la consulta a los grupos étnicos, previa la adopción de una ley que los afecta directamente. El segundo, es que la Corte Constitucional es usualmente exigente en cuanto a la congruencia entre los cargos de la demanda y el objeto del pronunciamiento, y en esta oportunidad decidió apartarse de esa posición y reconstruir el cargo presentado en la demanda. Es oportuno recordar que la Corte guarda esta prudencia porque de esa forma se respeta al máximo el principio democrático representado en las leyes adoptadas por el Congreso de la República, y se le da sentido al proceso de participación que se inicia al poner en conocimiento de la sociedad una demanda de inconstitucionalidad. El tercero, relacionado con los dos anteriores, es que el control por omisiones del legislador es excepcional, y por ese motivo exige especiales cargas de argumentación a los demandantes.

13. Concluyo la primera línea de esta aclaración indicando que la sentencia C-371 de 2014 (objeto de esta aclaración) es en cualquier caso un avance frente a la C-253 de 2013, pues aunque hizo referencia al óbiter dicta tantas veces mencionado, sí abordó el problema de fondo, y lo hizo frente a una ley de 1994. Pero estimo también que no hacía falta, ni resultaba correcto desde el punto de vista del control de constitucionalidad de las leyes, realizar la compleja maniobra argumentativa que asumió la Sala al transformar los cargos de la demanda y construir uno por omisión legislativa relativa. También debe recordarse, por más evidente que ello resulte, que los obiter dicta, como se sabe, no tienen fuerza de precedente.

14. La segunda razón de mi aclaración es más sencilla, pero igualmente relevante. Según la decisión y fundamentos de la sentencia C-371 de 2014, la constitución de una zona de reserva campesina que de alguna manera incida en los territorios de los pueblos originarios o las comunidades negras debe ser consultada. Comparto plenamente ese aspecto de la decisión.

Sin embargo, la Sala omitió mencionar que la jurisprudencia de esta Corte, en armonía con la de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha entendido que la participación de las comunidades indígenas, afrocolombianas, raizales y rom, es un derecho fundamental que se aplica con distinta intensidad según la naturaleza de la afectación. Así, para medidas que no generan una afectación directa en los intereses de estos grupos debe preverse algún mecanismo de participación que les permita involucrarse en la definición de lo

público, en igualdad de condiciones con otros actores sociales; para las que producen afectación directa a los pueblos indígenas debe seguirse el procedimiento de consulta previa; y para las que producen una afectación directa e intensa debe obtenerse el consentimiento previo, libre e informado de las comunidades interesadas.

15. Por ese motivo solo podrá constituirse una zona de reserva campesina en un territorio que coincida total o parcialmente con las tierras de los pueblos originarios o las comunidades negras, raizales y rom con su consentimiento, pues se trata de una afectación directa y muy intensa en sus derechos.

Fecha ut supra,

María Victoria Calle Correa

Magistrada

ACLARACIÓN DE VOTO DEL MAGISTRADO

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

CREACION DE ZONAS DE RESERVA CAMPESINA-Exequibilidad condicionada permite resolver conflicto o colisión entre derechos de pueblos indígenas y tribales al territorio y de población campesina sobre la tierra a través de consulta previa (Aclaración de voto)

CONSULTA PREVIA-Carácter obligatorio (Aclaración de voto)/CONSULTA PREVIA-Principio del derecho internacional (Aclaración de voto)

CONSULTA PREVIA-Reiteración de jurisprudencia (Aclaración de voto)

Referencia: Expediente D-9799

Demanda de inconstitucionalidad contra los artículos 79, 80, 81, 82, 83 y 84 de la Ley 160 de 1994 “Por la cual se crea el Sistema Nacional de Reforma Agraria y Desarrollo Rural Campesino, se establece un subsidio para la adquisición de tierras, se reforma el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria y se dictan otras disposiciones”.

Magistrado ponente:

Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

Con el acostumbrado respeto a las decisiones de la Corte Constitucional aclaro mi voto frente a la sentencia de constitucionalidad C-371 de 2014, aprobada por la Sala Plena en sesión del once (11) de junio de dos mil catorce (2014) por la cual se declaró la exequibilidad condicionada de los artículos 79, 80, 81 y 84 de la Ley 160 de 1994.

Comparto el sentido de la decisión, vale decir, la exequibilidad condicionada de las normas acusadas “en el entendido que para la creación de una zona de reserva campesina debe examinarse si el área en la que se pretende constituir existen territorios de pueblos indígenas y tribales o presencia de dichos pueblos, caso en el cual deberá garantizarse el derecho a la consulta previa”.

Esta decisión de la Corte permite resolver el conflicto o colisión que se puede presentar entre los derechos de los pueblos indígenas y tribales al territorio, y el derecho de la población campesina sobre la tierra, haciendo uso de una herramienta desarrollada principalmente por el derecho internacional como lo es la consulta previa. Por supuesto la decisión que ha de ser objeto de consulta previa es aquella de la que se derive una afectación directa a los derechos de las comunidades indígenas y tribales, y yuxtaponga los intereses de estas con las comunidades campesinas, esto es el establecimiento de Zonas de Reserva Campesina por parte de las autoridades competentes.

Por consiguiente, estimo que el proyecto debió auscultar, de manera puntual, si cada una de las normas acusadas tenía el potencial de afectar directamente los derechos a la autonomía y autodeterminación de los pueblos indígenas y tribales, a efecto de establecer si se presenta una omisión del legislador sobre el particular. En mi opinión, insisto, la decisión que reviste capacidad de afectar directamente los derechos de las comunidades protegidas por el Convenio 169 de la OIT, es la de constituir la zona de reserva campesina en territorios ocupados por comunidades indígenas y tribales, y es ésta la que debe ser objeto de consulta, una vez establecida dicha circunstancia.

Cuando se presenta este tipo de situaciones en que la toma de ciertas decisiones puede afectar la integridad de indígenas y tribales, nace para el Estado la obligación de realizar

una consulta previa en donde estas comunidades, de acuerdo a sus formas tradicionales de participación[107], manifiesten su consentimiento previo, expreso, libre[108] e informado[109] frente a las actividades que se planeen ejecutar.

Ahora bien, teniendo claridad del carácter de esta obligación, que además ha sido entendida como principio del derecho internacional[110], no era necesario acudir a la regla establecida en la sentencia C-253 de 2013 en el sentido que la obligación de desarrollar consultas previas con los pueblos indígenas, las comunidades negras, y la población raizal y rom, frente a decisiones que las afecten, surgió a partir de la sentencia C-030 de 2008.

En la sentencia C- 253 de 2013 me aparté de esta regla, y en la presente oportunidad, con los mismos argumentos, reitero mi disenso sobre el particular. A continuación mis argumentos expuestos en dicha aclaración de voto:

1. No es cierto que la sentencia C-030 de 2008 haya impuesto una obligación inexistente en el ordenamiento jurídico colombiano, como se indicó la fuente de esta obligación es el Convenio 169 de la OIT del año 1989, que es considerado un avance al Convenio 107 de 1990 y concibe la consulta previa como mecanismo de convergencia entre el Estado y los pueblos indígenas[111]. Este convenio por su naturaleza hace parte del bloque de constitucionalidad y por tanto de la propia Constitución Política. Agréguese que el contenido de este Convenio es conocido plenamente por legislador, pues fue incorporado a la nación como la Ley 21 de 1991.
2. Antes de la sentencia C-030 de 2008 la Corte Constitucional ya había indicado que una norma legal debía ser consultada si afectaba directamente a tales comunidades. (Sentencias C-418 de 2002, C-891 de 2002 y C-208 de 2007[112]). Así las cosas, no es cierto que sólo hasta la sentencia C-030 de 2008 se diera origen a la obligación de consultar.
3. La consulta previa es un derecho fundamental, en consecuencia equipararlo con un procedimiento legislativo que debía estar plenamente definido en una ley orgánica para ser exigible no es acertado. El Legislador debe respetarlo aun en ausencia de regulación, como debe respetar toda norma de jerarquía superior a la Ley.
4. Si bien este derecho fundamental no requiere una reglamentación absoluta para su

aplicación, sí existían antes de la sentencia C-030 de 2008 parámetros amplios sobre las obligaciones que la consulta previa impone al Estado colombiano en donde se destaca como elemento esencial de la consulta, la existencia de un espacio apropiado para adelantar una discusión guiada por el principio de buena fe entre el Gobierno y los pueblos indígenas y determinar las condiciones que deben cumplirse para lograr ese cometido; además, el mismo Convenio 169 establece parámetros para la realización de la consulta, como el respeto a las formas tradicionales de participación y, reitero, la expresión del consentimiento previo, expreso, libre e informado.

Lo que sí corresponde a la Corte es definir el alcance de los derechos fundamentales, y las obligaciones de respeto, protección y garantía que estos imponen a los Estados. En esa sentencia (C-030/08), como en muchas otras, solo se sentaron subreglas, es decir, parámetros, principios y reglas de naturaleza amplia, pero no procedimientos legislativos, como lo sostuvo la mayoría en la sentencia C-253 de 2012 y parece reiterarse en esta sentencia C-371 de 2014. Y si bien las subreglas establecidas en la sentencia C-030 de 2008 constituyen un marco de especial importancia para avanzar en el conocimiento y efectividad del derecho constitucional a la consulta previa, lo cierto es que ya antes de su adopción, la Sala Plena había sentado parámetros similares desde la sentencia SU-039 de 1997, los cuales podían y debían ser observados por el Legislador, si, como agente del poder Estatal, deseaba ajustar el ejercicio de sus funciones a los compromisos adquiridos por Colombia en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH).

En efecto, en esa decisión de unificación la Corte sentenció que la consulta previa es un derecho fundamental de los pueblos indígenas, que consiste en adelantar un diálogo de buena fe, con el propósito de llegar a acuerdos entre los pueblos indígenas, comunidades negras y población raizal y rom sobre medidas de cualquier índole susceptibles de afectarlos directamente. También se dejó en claro desde esa oportunidad que si esos acuerdos no se alcanzan, las comunidades no gozan de un derecho de veto, pero el Estado tampoco puede imponer arbitrariamente las medidas que desea implementar, sino que debe actuar de manera razonable, y tomando en consideración los intereses de los pueblos afectados, así como los puntos de vista por ellos expuestos en el proceso de consulta.

Por todo lo expuesto, puede concluirse que en la sentencia C-030 de 2008 se desarrollaron con mayor precisión esos parámetros, pero la consulta previa no era una “novedad”

normativa introducida repentinamente por la Corte Constitucional al sistema jurídico colombiano como se pretende presentar; ni, desde una orilla opuesta, puede considerarse que ese fallo contiene una reglamentación general de un procedimiento legislativo.

6. Las decisiones de la Corte no pueden considerarse constitutivas del derecho a la consulta previa. Este, según se explicó está plenamente definido en normas del DIDH y se desprende de diversas cláusulas constitucionales, como derecho innominado. Por lo tanto, no puede inferirse, como lo propone la mayoría de la Sala que la obligación de consultar medidas legislativas fue creada por la sentencia C-030 de 2008.

Fecha ut supra,

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

[1] Como se explicó en la sentencia T-693 de 2011 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub: “Sobre este derecho, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha considerado que debe ser interpretado en un sentido que comprenda, entre otros, los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal. || Así, mediante una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos y particularmente, del artículo 21 de la Convención Americana, ese organismo ha protegido el derecho al territorio de las comunidades indígenas y tribales, afirmando lo siguiente: || ‘(...) la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente [...] para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras.’ (Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni, supra nota 49, párr. 149. Cfr. también Caso Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala. Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de noviembre de 2004. Serie C No. 116, párr. 85; Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya, supra nota 75, párr. 118, y Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa, supra nota 75, párr. 131.)”.

[2] A nivel internacional, el derecho al territorio de los pueblos indígenas y tribales había

sido reconocido en el Convenio 107 de la OIT, incorporado por Colombia mediante la ley 31 de 1967.

[3] “Artículo 13. || 1. Al aplicar las disposiciones de esta parte del Convenio, los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación. || 2. La utilización del término «tierras» en los artículos 15 y 16 deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera.”

[4] “Artículo 14 || 1. Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. Además, en los casos apropiados, deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia. A este respecto, deberá prestarse particular atención a la situación de los pueblos nómadas y de los agricultores itinerantes.”

[5] M.P. Álvaro Tafur Galvis.

[6] En la sentencia T-955 de 2003, la Corporación se ocupó de la revisión de los fallos de instancia proferidos dentro del proceso del Consejo Comunitario Mayor de la Cuenca del Río Cacarica en contra del Ministerio de Medio Ambiente –hoy Ministerio de Ambiente-, la Corporación Autónoma Regional para el Desarrollo Sostenible del Chocó (CODECHOCO) y Madereras del Darien S.A. La controversia se suscitó porque Madereras del Darien realizaba explotación maderera dentro del territorio adjudicado colectivamente a la comunidad. Los demandantes alegaban que la empresa había obtenido la licencia respectiva de manera irregular con la autorización del anterior representante legal del consejo, quien había sido removido por uso indebido de recursos. El acta de nombramiento del representante, que se encontraba registrada y con fundamento en la cual se había otorgado la autorización, se encontraba en proceso de apelación ante el Ministerio del Interior. Para la fecha del fallo, el recurso aún no había sido resuelto. La Corte tuteló el derecho de los demandantes al territorio, reconoció que el territorio objeto de la disputa había sido un terreno baldío

adjudicado por el INCORA a la comunidad, y ordenó la suspensión de la explotación.

[7] M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[8] Ver sentencia T-380 de 1993, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. En esta sentencia, como se explicó anteriormente, la Corte tuteló el derecho colectivo al territorio de la comunidad Emberá-Catío del río Chajera (Antioquia), especialmente su derecho a ser consultadas antes de que se lleve a cabo la explotación de recursos naturales renovables ubicados en su territorio.

[9] Cfr. sentencia T-693 de 2011 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Un buen desarrollo de cada uno de estos contenidos puede encontrarse en la misma providencia.

[10] M.P. Carlos Gaviria Díaz.

[11] M.P. Carlos Gaviria Díaz.

[12] El problema jurídico principal era el desarrollo en el territorio de la comunidad de un proyecto hídrico –la represa de Urrá– sin surtir previamente la consulta previa y en detrimento del equilibrio ambiental y las formas tradicionales de vida de la comunidad.

[13] Ver artículo 14 del Convenio 169 de la OIT.

[14] Universidad de Caldas. Revista Luna Azul. Gustavo Adolfo Agredo Cardona “El TERRITORIO Y SU SIGNIFICADO PARA LOS PUEBLOS INDÍGENAS”. 2006-11-23.

[15] Charles Rice Hale, antropólogo especialista en culturas indígenas, en peritaje rendido ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso de la Comunidad Mayagna (sum) Awas Tingni vs. Nicaragua. Sentencia del 31 de agosto de 2001.

[16] M.P. Álvaro Tafur Galvis.

[17] “Descentralización y Ordenamiento Territorial, idem página 140.2”

[18] “La territorialidad entre los pueblos de tradición nómada del noroeste amazónico colombiano, Carlos Eduardo Frankly y otra, citados en 131, página 183.”

[19] “(..) estos punticos y rayas que vemos en el mapa oficial de Colombia son ficciones no son reales. No respetan la realidad de nuestros pueblos y por eso todos los días los ignoramos en la práctica de la vida (...). El ordenamiento territorial: perspectivas después de la Constitución de 1991, en Territorialidad Indígena, obra citada páginas 152 y 153.”

[20] Caso del Pueblo Saramaka vs. Suriname, sentencia del 28 de noviembre de 2007.

[21] Peritaje rendido ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso de la Comunidad Mayagna (sum) Awas Tingni vs. Nicaragua. Sentencia del 31 de agosto de 2001

[22] M.P. Rodrigo Escobar Gil.

[23] M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

[24] M.P. Alejandro Martínez Caballero.

[25] M.P. Jaime Araujo Rentarúa. Mediante esta providencia se declararon exequibles ciertos artículos del Código de Minas que habían sido demandados por considerarse vulneratorios de los derechos de los indígenas a la consulta previa, al debido proceso, a la participación y al territorio. En esa oportunidad la Corte concluyó que las normas acusadas se encuentran en armonía con los preceptos constitucionales relacionados con la especial protección de que gozan los pueblos indígenas en tratándose de la explotación de recursos naturales yacientes en sus territorios, así como con la protección al medio ambiente, y respetando la intervención de las autoridades que cuidan de estos intereses.

[26] M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

[27] “Artículo 8: Es obligación del Estado y de las personas proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación.”

[29] M.P. María Victoria Calle Correa.

[30] M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

[31] M.P. Mauricio González Cuervo.

[32] La Corte afirmó: “En asuntos tan delicados como el que está puesto a consideración de la sala en la presente ocasión, el trabajo de apoyo, asesoría, seguimiento y evaluación por parte de las entidades estatales nacionales y territoriales debe efectuarse de manera permanente. No puede ser que –como sucedió en el caso concreto–, el cambio de legislación y la creación de nuevas entidades competentes implique dilatar en el tiempo decisiones cuya verificación es crucial a fin de asegurar la realización existencial e incluso la supervivencia misma de comunidades para las que el nexo entre cultura y territorio resulta primordial.” Luego agregó: “la morosidad injustificada en adoptar una decisión de fondo es, en el caso bajo examen, todavía más gravosa si se tiene en cuenta que la población afrodescendiente que reside en esa zona ha sido ‘víctima de masacres, ejecuciones selectivas, desapariciones, torturas y tratos crueles e inhumanos, violencia sexual, actos de hostigamiento y amenazas por parte de los actores del conflicto armado que buscan expandir el control sobre el territorio mediante el desplazamiento forzado, aterrorizar a la población civil, obtener información sobre grupos adversarios, y perpetrar actos de ‘limpieza social’, hechos que motivaron a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos a otorgar el día 2 de enero de 2002, la protección cautelar de las personas que habitan la Cuenca del Río Naya’.”

[33] M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

[34] La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en concepto del 21 de marzo de 2007, aseguró que el derecho a la propiedad colectiva puede reconocerse a favor de las comunidades afrocolombianas sobre terrenos baldíos de cualquier zona del país, siempre y cuando la ocupación sea ancestral y se reúnan los demás requisitos previstos por la Ley 70 de 1993. En otras palabras, La Sala de Consulta indicó que el derecho a la propiedad colectiva de los pueblos afrocolombianos sobre los territorios que habitan ancestralmente no se restringe a territorios ubicados en las zonas rurales ribereñas de la Cuenca del Pacífico, sino que puede reconocerse en cualquier región del país, siempre y cuando se reúnan las condiciones determinadas en la Ley 70 de 1993.

[35] Como ya se señaló, la Sala de Revisión sugirió la revisión del acto administrativo que en 1986 llevó a la definición de la naturaleza de las islas. Esta sugerencia se basó en que en el proceso se probó que las comunidades afrodescendientes tutelantes habitan el archipiélago desde la época de la colonia -situación que no fue tomada en cuenta en la

década de los 80- y en que la Constitución de 1991 impone un nuevo paradigma en materia de protección de los pueblos indígenas y tribales que debe ser tenido en cuenta por todas las autoridades; en este orden de ideas, se llamó la atención al Incoder para que no resolviera la solicitud basándose en argumentos puramente legales y formales. De esta forma, el Alto Tribunal abrió la puerta para revisar la declaración de baldíos de reserva con el fin de analizar solicitud de titulación colectiva de pueblos afrodescendientes teniendo en consideración el nuevo paradigma constitucional.

[36] M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[37] En la sentencia C-030 de 2008 M.P. Rodrigo Escobar Gil, la Corte explicó que “(...) en cuanto hace a los pueblos indígenas y tribales, una de las formas de participación democrática previstas en la Carta es el derecho a la consulta, previsto de manera particular en los artículos 329 y 330 de la Constitución, que disponen la participación de las comunidades para la conformación de las entidades territoriales indígenas y para la explotación de los recursos naturales en sus territorios”.

[38] En sentencia T-769 de 2009 la Corte recordó lo siguiente haciendo alusión a la sentencia C-030 de 2008: “i) La consulta, resulta obligatoria cuando las medidas que se adopten sean susceptibles de afectar específicamente a las comunidades indígenas en su calidad de tales, y no aquellas disposiciones que se han previsto de manera uniforme para la generalidad de los colombianos. Igualmente, precisó que no todo lo concerniente ‘a los pueblos indígenas y tribales está sujeta al deber de consulta, puesto que como se ha visto, en el propio Convenio se contempla que, cuando no hay una afectación directa, el compromiso de los Estados remite a la promoción de oportunidades de participación que sean, al menos equivalentes a las que están al alcance de otros sectores de la población’. || De lo anterior, se concluyó que ‘en cada caso concreto sería necesario establecer si opera el deber de consulta, bien sea porque se esté ante la perspectiva de adoptar una medida legislativa que de manera directa y específica regula situaciones que repercuten en las comunidades indígenas y tribales, o porque del contenido material de la medida se desprende una posible afectación de tales comunidades en ámbitos que les son propios. || De manera que cuando se adopten medidas en aplicación del artículo 6 del Convenio, cabe distinguir dos niveles de afectación de estos pueblos: “(...) el que corresponde a las políticas y programas que de alguna manera les conciernan, evento en el que debe hacerse efectivo

un derecho general de participación, y el que corresponde a las medidas administrativas o legislativas que sean susceptibles de afectarlos directamente, caso para el cual se ha previsto un deber de consulta”.

[39] M.P. Rodrigo Escobar Gil.

[40] M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[41] M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[42] M.P. Antonio Barrera Carbonell.

[43] M.P. Carlos Gaviria Díaz.

[44] La Corte afirmó: “En conclusión, la Corte estima que el procedimiento para la expedición de la licencia ambiental que permitió la construcción de las obras civiles de la hidroeléctrica Urrá I se cumplió en forma irregular, y con violación de los derechos fundamentales del pueblo Embera-Katío del Alto Sinú, pues se omitió la consulta que formal y sustancialmente debió hacersele. Así, no sólo resultaron vulnerados el derecho de participación (C.P. art. 40-2 y parágrafo del art. 330), el derecho al debido proceso (C.P. art. 29), y el derecho a la integridad de este pueblo (C.P. art. 330), sino que se violó el principio del respeto por el carácter multicultural de la nación colombiana consagrado en el artículo 7 Superior, y se viene afectando gravemente el derecho a la subsistencia de los Embera del Departamento de Córdoba (C.P. art. 11), a más de que el Estado incumplió los compromisos adquiridos internacionalmente e incorporados al derecho interno por medio de la Ley 21 de 1991 en materia de protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas.”

[45] M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

[46] M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

[47] M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[48] M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

[49] M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

[50] Ver también la sentencia T-657 de 2013 M.P. María Victoria Calle Correa (sobre el trazado de la carretera. Mulaló-Loboguerrero).

[51] M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[52] El demandante alegaba que las minorías indígenas en el Congreso no han podido surtir una incidencia efectiva sobre la aprobación del Plan Nacional de Desarrollo en forma tal que éste sea sensible a los intereses de los grupos étnicos del país; y señala que “como comunidades indígenas no podemos estar de acuerdo con iniciativas preparadas desde un escritorio por funcionarios que desconocen nuestras costumbres, nuestra cultura, la forma en que nos relacionamos con la tierra y con los recursos naturales, quienes por mejor intención que tengan, no podrán entender la visión de desarrollo o nuestro concepto de bienestar que hace parte de la autodeterminación que tenemos como pueblos legalmente reconocidos. En nuestra condición de minorías (...) es que hoy accionamos para que se nos reivindique el derecho de participar en la planificación de nuestro desarrollo”.

[53] M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

[54] Ver también la sentencia T-049 de 2013 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[55] M.P. Carlos Gaviria Díaz.

[56] M.P. Rodrigo Escobar Gil.

[57] Sin embargo, la Corte aseguró que su decisión no se apartaba del precedente fijado en la sentencia C-169 de 2001, pues en este caso la falta de consulta no fue demandada como un vicio del procedimiento legislativo –como ocurrió en la anterior sentencia–, sino como un vicio sustantivo previo al inicio del trámite de la ley y que se proyecta sobre su contenido. Pese a esta argumentación, en la práctica la Corte modificó la línea al establecer que la consulta previa de cualquier medida legislativa que afecte directamente a las comunidades étnicas es obligatoria aunque ninguna ley expresamente la disponga.

[59] Ver sentencias C-702 de 2010 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, C-882 de 2011 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y C-312 de 2012 M.P. María Victoria Calle Correa.

[60] Ver sentencias C-615 de 2009 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, C-196 de 2012 M.P.

María Victoria Calle Correa, C-293 de 2012 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, C-350 de 2013 M.P. Mauricio González Cuervo, entre otras.

[61] Ver sentencia C-490 de 2011 M.P. Luís Ernesto Vargas Silva.

[62] M.P. Mauricio González Cuervo.

[63] Ver la sentencia SU-039 de 1997, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

[64] Ver sentencia T-129 de 2011, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

[65] Sentencia T-769 de 2009, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

[66] Ibídem.

[67] M.P. Luís Ernesto Vargas Silva.

[68] M.P. Rodrigo Escobar Gil.

[69] M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[70] Al respecto se indicó lo siguiente en la sentencia C-461 de 2008: “La manera en la que se habrá de realizar cada proceso de consulta previa, habrá de ser definida en forma preliminar con las autoridades de cada comunidad indígena o afrodescendiente, a través de un proceso pre-consultivo específicamente orientado a sentar las bases del procedimiento a seguir en ese caso en particular, respetando a las autoridades de cada comunidad y las especificidades culturales de la comunidad: ‘el proceso consultivo que las autoridades realicen ante los pueblos indígenas para tomar una decisión que afecte sus intereses, deberá estar precedido de una consulta acerca de cómo se efectuará el proceso consultivo’.”

[71] M.P. Antonio Barrera Carbonell.

[72] La Corte manifestó lo siguiente: “Para la Corte resulta claro que en la reunión de enero 10 y 11 de 1995, no se estructuró o configuró la consulta requerida para autorizar la mencionada licencia ambiental. Dicha consulta debe ser previa a la expedición de ésta y, por consiguiente, actuaciones posteriores a su otorgamiento, destinadas a suplir la

carencia de la misma, carecen de valor y significación.

Tampoco pueden considerarse o asimilarse a la consulta exigida en estos casos, las numerosas reuniones que según el apoderado de la sociedad Occidental de Colombia Inc. se han realizado con diferentes miembros de la comunidad U'wa, pues aquélla indudablemente compete hacerla exclusivamente a las autoridades del Estado, que tengan suficiente poder de representación y de decisión, por los intereses superiores envueltos en aquélla, los de la comunidad indígena y los del país relativos a la necesidad de explotar o no los recursos naturales, según lo demande la política ambiental relativa al desarrollo sostenible.”

[73] M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[74] Ver sentencia C-461 de 2008 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[75] Ver sentencia C-175 de 2009 M.P. Luís Ernesto Vargas Silva.

[76] En ese sentido, en la sentencia C-644 de 2012 M.P. Adriana Guillén Arango, se reconoció que las zonas de reserva campesina son una estrategia de promoción de desarrollo rural.

[77] Ortiz, César; Pérez, Manuel Enrique; Castillo, Daniel; y Muñoz, Luis Alfredo, Zonas de Reserva Campesina. Aprendizaje e innovación para el Desarrollo Rural, Bogotá, Departamento de Desarrollo Rural y Regional, Facultad de Estudios Ambientales y Rurales, Pontificia Universidad Javeriana, 2004. Citado por Incoder, Ilsa y Sinpeagricun, Zonas de Reserva Campesina. Elementos Introdutorios y de Debate, Bogotá, 2012, p. 17. Disponible en <http://ilsa.org.co:81/biblioteca/dwnlds/otras/varios/reserva/todo.pdf>

[78] Fajardo, Darío, Para sembrar la paz hay que aflojar la tierra, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, Instituto de Estudios Ambientales, 2012. Citado por Incoder, Ilsa y Sinpeagricun, Zonas de Reserva Campesina. Elementos Introdutorios y de Debate, Bogotá, 2012, p. 18. Disponible en <http://ilsa.org.co:81/biblioteca/dwnlds/otras/varios/reserva/todo.pdf>

[79] Incoder, Ilsa y Sinpeagricun, Zonas de Reserva Campesina. Elementos Introdutorios y de Debate, Bogotá, 2012, p. 18. Disponible en

<http://ilsa.org.co:81/biblioteca/dwnlds/otras/varios/reserva/todo.pdf>

[80] Ver Gaceta del Congreso 131 del 29 de octubre de 1992.

[82] El precepto aclara que sólo pueden sustraerse para estos fines áreas que a la fecha de expedición del decreto 1777 de 1996 se encontraran intervenidas por el hombre, de conformidad con lo dispuesto sobre esta materia en el Código Nacional de Recursos Naturales Renovables y Protección al Medio Ambiente y demás disposiciones complementarias

[83] El artículo 2 del acuerdo 024 de 1996 dispone: “Objetivos y principios orientadores.- Las zonas de reserva campesina se constituirán y delimitarán con arreglo a los siguientes objetivos y principios orientadores, encaminados a construir una propuesta integral de desarrollo humano sostenible, de ordenamiento territorial y de gestión política:

1. El control de la expansión inadecuada de la frontera agropecuaria.
2. La regulación, limitación y ordenamiento de la ocupación y aprovechamiento de la propiedad y la tenencia de predios y terrenos rurales.
3. La superación de las causas que vienen originando graves o excepcionales conflictos de orden social y económico, la preservación del orden público y el apoyo a los programas de sustitución de cultivos ilícitos
4. La adopción de estrategias o decisiones que tiendan a evitar o corregir los fenómenos de concentración de la propiedad, el acaparamiento de tierras rurales, o cualquier forma de inequitativa composición del dominio.
5. La protección y conservación de los recursos naturales renovables y del ambiente.
6. La creación de las condiciones para la adecuada consolidación y desarrollo de la economía campesina, buscando la transformación de los campesinos y colonos en medianos empresarios, dentro de principios de competitividad, sostenibilidad, participación comunitaria y equidad.
7. El fortalecimiento de los organismos de concertación de la reforma agraria y el

desarrollo rural en los respectivos departamentos y municipios, así como de las organizaciones representativas de los colonos y campesinos, para garantizar su participación en las instancias de planificación y decisión regionales, así como la efectividad de sus derechos sociales, económicos y culturales.

8. El apoyo del Sistema Nacional de Reforma Agraria y Desarrollo Rural Campesino, del Sistema Nacional Ambiental y de otros organismos públicos y privados, para la formulación, financiación y ejecución de planes de desarrollo sostenible y de otras actividades, investigaciones, programas y proyectos que deban adelantarse en las zonas de reserva campesina.”

[84] “ARTÍCULO 4o. Iniciación de la actuación administrativa. El trámite para la selección, delimitación y constitución de las zonas de reserva campesina por parte de la Junta Directiva del INCORA, se iniciará por el Instituto, de oficio o a solicitud de cualquiera de las siguientes entidades, organizaciones o autoridades: || 1. Las organizaciones representativas de los intereses de los colonos o campesinos. || 2. Las entidades oficiales que integran el Sistema Nacional de Reforma Agraria y Desarrollo Rural Campesino y el Sistema Nacional Ambiental. || 3. Los gobernadores departamentales y los alcaldes municipales de la respectiva región. || 4. Los comités departamentales de desarrollo rural y reforma agraria y los consejos municipales de desarrollo rural.”

[85] “ARTÍCULO 5o.- Contenido de la solicitud.- La solicitud que se presente ante la Gerencia General del INCORA deberá contener la siguiente información: || 1. La exposición de motivos que la sustenten. || 2. La descripción general del área geográfica, identificada por sus linderos, características agroecológicas y socioeconómicas, problemas y posibles soluciones. || 3. Los beneficios que representaría la constitución de la Zona de Reserva Campesina. || 4. Los compromisos que adquiriría la entidad, comunidad u organización que presenta la solicitud, en concertación con la población campesina beneficiaria y las instituciones públicas y las organizaciones privadas correspondientes.”

[86] “ARTÍCULO 6o. Trámite. El proceso de selección de las zonas de reserva campesina, así como la formulación de los planes de desarrollo sostenible, se adelantará con sujeción a los principios orientadores de las actuaciones administrativas y deberá ser concertado con las autoridades, organismos y entidades correspondientes y con las organizaciones

representativas de los intereses de los colonos y campesinos, con el fin de promover y encauzar recursos y programas que definan un propósito común de desarrollo en la región. || Los documentos que justifiquen la iniciación del trámite de oficio por el INCORA, o los que correspondan a la solicitud formulada al Instituto, serán remitidos a los respectivos consejos municipales de desarrollo rural y al director de la corporación autónoma regional del lugar, para que dentro de un término no superior a cinco (5) días presenten las observaciones y recomendaciones que fueren pertinentes y adjunten la documentación e información necesaria para la toma de decisiones.”

[87] “ARTÍCULO 7o. Plan de desarrollo sostenible. Vencido el término anterior, el INCORA convocará a los consejos municipales de desarrollo Rural, a las instituciones públicas y privadas y a las organizaciones representativas de los intereses de los colonos y campesinos de la zona, con el objeto de preparar el plan de desarrollo sostenible, definir y concertar las acciones que deban emprenderse y se fijará la fecha para la realización de una audiencia pública. || Con base en las recomendaciones que se formulen en la reunión a que se refiere el inciso precedente, el INCORA elaborará el proyecto de decisión relacionado con la selección, delimitación y constitución de la zona de reserva campesina.”

[88] “ARTÍCULO 8o. Audiencia pública. La audiencia pública será convocada por el Gerente General del INCORA y será presidida por el respectivo alcalde municipal, o en su defecto por el gerente regional del Instituto. || La audiencia pública se celebrará dentro de la respectiva área geográfica señalada, con el fin de explicar a la comunidad las ventajas de la reserva campesina, discutir las objeciones y recomendaciones que se formulen respecto de la propuesta de selección y el plan de desarrollo sostenible y concertar las actividades, programas e inversiones que deberán realizarse por las entidades públicas y privadas y las organizaciones representativas de los intereses de los colonos y campesinos. || Los acuerdos, observaciones, recomendaciones y planes de acción a seguir en relación con el plan de desarrollo sostenible y la constitución de la zona de reserva campesina, se harán constar en un acta que será suscrita por los representantes de las organizaciones de la sociedad civil y los funcionarios de las instituciones del Estado que hubieren participado en la audiencia pública. || Todas las actuaciones y diligencias encaminadas a la presentación de una propuesta de constitución de una zona de reserva campesina podrán adelantarse de manera simultánea por las autoridades, entidades y organizaciones comprometidas en el proceso.”

[89] “ARTÍCULO 9o. Decisión. La resolución que profiera la Junta Directiva del INCORA seleccionando y delimitando la zona de reserva campesina en un área geográfica determinada, tendrá en cuenta el plan de desarrollo sostenible que se hubiere acordado y, entre otros, los siguientes aspectos: || 1. La exposición razonada de los motivos para su establecimiento y los compromisos acordados en la audiencia pública. || 2. La delimitación y descripción geográfica del área respectiva. || 3. Las características agroecológicas y socioeconómicas de la zona. || 4. Los principales conflictos sociales y económicos que la caracterizan. || 5. Los programas de reforma social agraria que deban adelantarse. || 6. Los programas de desarrollo rural que realizarán otras entidades u organismos. || 7. El estado de la tenencia de la tierra, su ocupación y aprovechamiento, así como las medidas que deban adoptarse para asegurar la realización de los principios y objetivos contenidos en el presente acuerdo, la Ley y el reglamento. || 8. Las extensiones mínimas y máximas que podrán adjudicarse, determinadas en unidades agrícolas familiares y el número de éstas que podrá tenerse en propiedad por cualquier persona, cuando se trate de la afectación del dominio particular. || 9. Los requisitos, condiciones y obligaciones que deberán acreditar y cumplir los ocupantes de los terrenos. || 10. Los criterios que deberán tenerse en cuenta para el ordenamiento ambiental del territorio, según el concepto de la respectiva corporación autónoma regional. || 11. La determinación precisa de las áreas que por sus características especiales no puedan ser objeto de ocupación y explotación. || 12. Las normas básicas que regulan la conservación, protección y utilización de los recursos naturales renovables en la respectiva región, bajo el criterio de desarrollo sostenible.”

[90] “ARTÍCULO 12. Criterios sociales y económicos de elegibilidad.- Son criterios de selección para determinar la condición de sujetos de los programas de dotación de tierras en las zonas de reserva campesina, los que se señalan a continuación: || 1. La de beneficiario establecida en el artículo anterior. || 2. Que el peticionario no haya sido adjudicatario de predios del Fondo Nacional Agrario o de terrenos baldíos. || 3. Que el solicitante carezca de tierra propia o suficiente. En este último caso, se aplicarán los criterios relacionados con la recomposición del minifundio, o las excepciones a la norma general que determina la titulación de las tierras baldías en unidades agrícolas familiares cuando ello sea procedente. || 4. Que los activos totales brutos del peticionario no excedan de doscientos (200) salarios mínimos mensuales legales. || 5. Que los ingresos mensuales familiares no sean superiores a dos salarios mínimos mensuales legales. || La determinación de los factores y puntajes de calificación, de igual manera que los requisitos, obligaciones y

demás condiciones que deberán acreditar y cumplir quienes aspiren a la dotación de tierras, se establecerán teniendo en cuenta las características de la población campesina y de las regiones que sean seleccionadas y delimitadas como zonas de reserva campesina.”

[91] Ver la presentación del Incoder disponible en <http://www.incoder.gov.co/documentos/Estrategia%20de%20Desarrollo%20Rural/Presentaciones%20Seminario/PRESENTACION%20GENERAL%20ZRC%20CONSTITUIDAS.pptx>.

[92] M.P. Alejandro Martínez Caballero.

[93] M.P. Carlos Gaviria Díaz.

[94] El precepto, que hace parte del capítulo XIV “RESGUARDOS INDÍGENAS”, dispone: “ARTÍCULO 85. El Instituto estudiará las necesidades de tierras, de las comunidades indígenas, para el efecto de dotarlas de las superficies indispensables que faciliten su adecuado asentamiento y desarrollo, y además llevará a cabo el estudio de los títulos que aquellas presenten con el fin de establecer la existencia legal de los resguardos. || (...) || PARÁGRAFO 5o. Los terrenos baldíos determinados por el INCORA con el carácter de reservas indígenas, constituyen tierras comunales de grupos étnicos para los fines previstos en el artículo 63 de la Constitución Política y la Ley 21 de 1991.”

[95] Ver las sentencias T-909 de 2009 M.P. Mauricio González Cuervo, T-693 de 2011 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub –en la que existía dilación en trámite de solicitud de ampliación de resguardo- y T-009 de 2013 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, analizadas en la consideración 2.4.5.

[96] Ver sobre pueblos indígenas en aislamiento: Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (ACNUR), Directrices de protección de los pueblos indígenas en aislamiento y en contacto inicial de la región Amazónica, el Gran Chaco y la Región Oriental de Uruguay, 2012, disponible en <http://acnudh.org/wp-content/uploads/2012/03/Directrices-de-Protecci%C3%B3n-para-los-Pueblos-Ind%C3%ADgenas-en-Aislamiento-y-en-Contacto-Inicial.pdf> En un estudio de la Universidad de los Andes, aportado al proceso que dio lugar a la sentencia T-110 de 2012, se informa que se tiene noticia de más de 100 comunidades indígenas en proceso de

aislamiento voluntario en la región de la amazonia.

[97] Lo que también ocurre en los casos de comunidades afrocolombiana, como se documentó en la sentencia T-680 de 2012 M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

[98] Recuérdese que el artículo 69 de la ley 160 dispone: “No podrán hacerse adjudicaciones de baldíos donde estén establecidas comunidades indígenas o que constituyan su hábitat, sino únicamente y con destino a la constitución de resguardos indígenas.” Ver también la ley 70 de 1993 y el decreto 2164 de 1995.

[99] M.P. Mauricio González Cuervo.

[100] M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

[101] Este Instituto nace a partir de la Declaración de Pátzcuaro (México), de 1940, en cuyo preámbulo se afirma: Los Gobiernos de las Repúblicas Americanas, animados por el deseo de crear instrumentos eficaces de colaboración para la resolución de sus problemas comunes, y reconociendo que el problema indígena atañe a toda América; que conviene dilucidarlo y resolverlo y que presenta en muchos de los países americanos, modalidades semejantes y comparables; reconociendo, además, que es conveniente aclarar, estimular y coordinar la política indigenista de los diversos países, entendida ésta como conjunto de desiderata, de normas y de medidas que deben aplicarse para mejorar de manera integral la vida de los grupos indígenas de América y considerando que la creación de un Instituto Indigenista Interamericano fue recomendada para su estudio por la Octava Conferencia Internacional Americana reunida en Lima, en 1938, en una Resolución que dice: “Que el Congreso Continental de Indigenista estudie la conveniencia de establecer un Instituto Indianista Interamericano y, en su caso, fije los términos de su organización y dé los pasos necesarios para su instalación y funcionamiento inmediatos”, y considerando que el Primer Congreso Indigenista Interamericano celebrado en Pátzcuaro, en abril de 1940 aprobó la creación del Instituto, y propuso la celebración de una Convención al respecto”.

[102] En el Convenio sobre poblaciones indígenas y tribales, 1957. Convenio relativo a la protección e integración de las poblaciones indígenas y de otras poblaciones tribales y semitribales en los países independientes, se expresa: “PREAMBULO (...) La Conferencia General de la Organización Internacional del Trabajo: Después de haber decidido adoptar

diversas proposiciones relativas a la protección e integración de las poblaciones indígenas y de otras poblaciones tribales y semitribales en los países independientes, cuestión que constituye el sexto punto del orden del día de la reunión; (...)”

[103] También el preámbulo del Convenio 169 es claro en cuanto al cambio de orientación asumido por la comunidad internacional: “Considerando que la evolución de derecho internacional desde 1957 y los cambios sobrevenidos en la situación de los pueblos indígenas y tribales en todas las regiones del mundo hacen aconsejable adoptar nuevas normas internacionales en la materia, a fin de eliminar la orientación hacia la asimilación de las normas anteriores; Reconociendo las aspiraciones de esos pueblos a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados en que viven.

[104] MP. Antonio Barrera Carbonell. SV. Hernando Herrera Vergara, Vladimiro Naranjo Mesa, Fabio Morón Díaz y Jaime Vidal (Conjuez).

[105] MP. Carlos Gaviria Díaz.

[106] El caso de estas dos comunidades es ampliamente conocido en el derecho internacional de los derechos humanos, escenario en el que han sido reconocidos como víctimas de desplazamiento forzoso, despojo de tierras y múltiples violaciones de sus derechos humanos. Las citadas comunidades enfrentaron la violencia de distintos grupos al margen de la ley, e incluso por parte de algunos miembros de la Fuerza Pública. Esa situación los llevó a crear espacios ajenos a todos los actores armados, demarcados y señalizados como “zonas humanitarias”. Esta iniciativa también ha sido reconocida en el derecho internacional de los derechos humanos y por esta Corporación en los autos de la Sala de seguimiento a la situación de desplazamiento forzado en Colombia.

[107] Corte IDH. Caso Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku vs Ecuador (Reparaciones y costas). Sentencia del 27 de junio del 2012. Párr. 165

[108] O.I.T., Convenio 169, art. 6.1.b.

[109] Sentencia C-891 de 2002. M.P.: Jaime Araujo Rentería.

[110] Corte IDH. Caso Pueblo indígena Kichwa de Sarayaku vs Ecuador (Reparaciones y costas). Sentencia del 27 de junio del 2012. Párr. 164

[111] Quesada Tovar, Carlos, Derecho a la consulta previa para comunidades campesinas, Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, tesis de Maestría, 2010. Pág. 78

[112] Esto no significa que el remedio judicial adoptado haya sido siempre el mismo. Así, en algunas decisiones la Sala ha considerado que debió consultarse la ley, en otras ha declarado la constitucionalidad condicionada a que la consulta se efectúe al momento de desarrollar determinados aspectos de la ley, y en una oportunidad confirió efectos diferidos a su decisión (C-366 de 2011). Sin embargo, ya desde el año 2002, el cumplimiento del requisito de consulta hacía parte del análisis de constitucionalidad de leyes y decretos con fuerza de ley. Actualmente, se ha incorporado al estudio previo de leyes estatutarias y leyes aprobatorias de tratado, y también se ha exigido previa la aprobación de actos legislativos. Lo que se desea resaltar, sin embargo, es que la sentencia C-030 de 2008 no tiene el carácter constitutivo del derecho, que le confiere la mayoría en la sentencia C-253 de 2013, de la cual me aparto en lo atinente a la modificación jurisprudencial sobre la consulta previa de medidas legislativas.