

Sentencia T-005/16

DERECHO A LA CONSULTA PREVIA DE COMUNIDAD INDIGENA-Caso en que se instala base militar y antenas de comunicación, datos y electricidad en predio que pertenece a territorio ancestral indígena

PRINCIPIO DE INMEDIATEZ COMO REQUISITO DE PROCEDIBILIDAD DE LA ACCION DE TUTELA-Debe ponderarse bajo el criterio del plazo razonable y oportuno/DERECHOS DE COMUNIDAD INDIGENA Y PRINCIPIO DE INMEDIATEZ-Vulneración de derechos persiste en el tiempo por los actos de operación de la base militar y las antenas, cuya construcción no fue objeto de consulta previa

La vulneración de los derechos fundamentales de la comunidad étnica es actual y ha sido progresiva en relación con el acceso al territorio ancestral, en tanto que después de 50 años persiste la resistencia indígena a perder las tierras que consideran sagradas y de vital importancia para mantener el equilibrio material y simbólico en el planeta.

PRINCIPIO DE DIVERSIDAD ETNICA Y CULTURAL-Reconocimiento constitucional

La Constitución reconoce el principio de diversidad étnica y cultural de la Nación y, en virtud de ello, otorga a las comunidades indígenas una protección especial de sus costumbres, autonomía y territorio, garantías que deben ser prestadas de forma efectiva por las autoridades a través de mecanismos adecuados que faciliten la participación libre e informada de los pueblos étnicos. Lo contrario, amenaza la supervivencia de estas comunidades como grupo diferenciado.

CONSULTA PREVIA-Principio del derecho internacional

Los instrumentos internacionales y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos han establecido parámetros de protección de los derechos a la propiedad y a la participación de los pueblos indígenas y tribales en la adopción de decisiones ambientales y sociales que los involucran, a través de la consulta previa.

CONVENIO 169 DE LA ORGANIZACION INTERNACIONAL DEL TRABAJO-Consulta previa a

pueblos indígenas

DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA DE COMUNIDADES INDIGENAS Y GRUPOS ETNICOS-Protección constitucional

La consulta previa es una garantía de reconocimiento de los pueblos indígenas o tribales como sujetos de derecho susceptibles de protección del Estado, siendo imprescindible asegurar su participación libre e informada en la adopción de las decisiones que afecten directamente su subsistencia, integridad y cultura.

AFECTACION DIRECTA A LOS PUEBLOS INDIGENAS Y TRIBALES POR MEDIDAS LEGISLATIVAS-Criterios para identificarla

PROPIEDAD COLECTIVA DE PUEBLOS INDIGENAS-Es un medio para garantizar derecho a la subsistencia y a la identidad étnica y cultura de las comunidades indígenas

La protección a la propiedad colectiva y al territorio ancestral se derivan de la relación espiritual y ancestral que existe con la tierra, por ser el lugar donde desarrollan sus actividades culturales, religiosas y económicas de acuerdo con sus tradiciones y costumbres, de modo que el concepto va más allá del título de propiedad, y en ese orden de ideas, es deber del Estado proteger a las comunidades indígenas frente a las perturbaciones que puedan sufrir en el ejercicio de sus actividades en lo que han considerado su territorio ancestral, y adoptar todas las medidas pertinentes para evitar que conductas de particulares puedan afectar sus derechos, siendo el mecanismo idóneo la consulta previa.

TERRITORIO INDIGENA-Protección especial de la zona denominada la “Línea Negra” como territorio ancestral de las comunidades indígenas

Esta Corte, de manera reiterada, ha protegido el territorio ancestral de las comunidades indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta delimitado por la línea negra, en razón a que la estrecha relación que tienen con la tierra, entre otras cosas, es la que permite la continuidad de su cultura, tradiciones y costumbres, es decir que, garantiza su pervivencia como grupo étnico y por tanto, deben ser consultados sobre las intervenciones que los afecten.

DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS PUEBLOS INDIGENAS-Orden a autoridades garantizar a comunidad indígena libre acceso a cerro, a fin de que puedan realizar las ceremonias de pago de acuerdo con sus costumbres ancestrales

DERECHO A LA CONSULTA PREVIA DE COMUNIDAD INDIGENA-Orden a autoridades realizar proceso consultivo con los representantes de comunidad indígena, para determinar el impacto cultural causado por la construcción y operación de la base militar e instalación de las antenas

Referencia: expediente T-4.992.001

Acción de tutela instaurada por la Fundación Misión Colombia contra la Nación, el Ministerio de Defensa Nacional, el Ejército Nacional, la Décima Brigada Blindada de Valledupar, el Ministerio del Interior, el Ministerio de Cultura, el Ministerio de Tecnologías de la Información y Comunicaciones, y el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible.

Magistrado Ponente:

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Bogotá, D.C., diecinueve (19) de enero de dos mil dieciséis (2016).

La Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Alberto Rojas Ríos, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y Jorge Iván Palacio Palacio, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241, numeral 9º, de la Constitución Política, y 33 y concordantes del Decreto Estatutario 2591 de 1991, profiere la siguiente:

SENTENCIA

Dentro del proceso de revisión del fallo dictado por la Subsección B de la Sección Segunda del Consejo de Estado, que revocó el emitido por el Tribunal Administrativo del Cesar, en el proceso de tutela de la referencia.

I. Antecedentes

El representante legal de la Fundación Misión Colombia, actuando como agente oficioso de

la comunidad indígena Arhuaca promovió acción de tutela contra la Nación, el Ministerio de Defensa Nacional, el Ejército Nacional, la Décima Brigada Blindada de Valledupar, el Ministerio del Interior, el Ministerio de Cultura, el Ministerio de Tecnologías de la Información y Comunicaciones, y el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, al considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la consulta previa y los conexos en el marco de la protección de la integridad cultural, económica y social de los grupos étnicos colombianos. Para sustentar su solicitud de amparo relata los siguientes:

1.Hechos.

1.1 Sostiene que desde 1962 el Ejército Nacional ocupó mediante vías de hecho el cerro El Alguacil o Inarwa[1] ubicado en el sector del municipio Pueblo Bello, Cesar, territorio ancestral Arhuaco de la Sierra Nevada de Santa Marta.

1.2 Señala que mediante escritura pública Núm. 104 de 25 de febrero de 1965[2], el Personero Municipal de Valledupar, delegado para representar al ente territorial en la formalización de ese negocio jurídico, otorgó a título gratuito a favor del Ministerio de Guerra – hoy Ministerio de Defensa Nacional-, la titularidad de ese cerro.

1.3 Refiere que el cerro El Alguacil está identificado como territorio ancestral indígena y principal centro de pagamento de la comunidad Arhuaca, de manera que el asentamiento militar y las obras adelantadas en ese lugar, desconocen los derechos que les han sido reconocidos por el Estado colombiano y, limitan el acceso de los indígenas a esta zona de su territorio ancestral, hecho que se agrava con la existencia de minas antipersona sembradas en los alrededores.

1.4 Manifiesta que para el 13 de enero de 1978, época en que se registró la escritura pública Núm. 104 de 1965, el Estado colombiano ya había reconocido que el cerro El Alguacil es territorio sagrado de las comunidades nativas de la Sierra Nevada de Santa Marta, al estar ubicado dentro de la Reserva Indígena según las Resoluciones Núms. 002 de 4 de enero de 1973 y 113 de 4 de noviembre de 1974 del Ministerio de Gobierno, que demarcaron simbólica y radialmente los hitos periféricos de la línea negra[3], área ancestral del pueblo Arhuaco.

1.5 Plantea que el acto administrativo mediante el cual se creó el folio de matrícula

inmobiliaria No, 190-2088 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Valledupar, está viciado de nulidad por ser contrario a la Constitución y la ley.

1.6 Afirma que mediante escritura pública Núm. 4549 de 23 de octubre de 2006, se registró una anotación en el folio de matrícula inmobiliaria Núm. 190-2088 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Valledupar, sobre “la construcción conformados (sic) por la construcción tradicional de un piso, con un área aproximada de 195 m², una estructura en muro de carga, mampostería en ladrillo, paredes en pañete estuco vinilo, pisos en cemento mineral, cubierta en teja eternit sobre estructura metálica, carpintería puertas en madera, con distribución de tres habitaciones grandes, dos habitaciones pequeñas, comando y cocina, baños sencillos con sus inmobiliario (sic) en mal estado, con destino a las instalaciones del “Batallón de Artillería Núm. 2 LA POPA”: Comando base militar”.

1.7 Aduce que para efectos de construir el Batallón de Artillería Núm. 2 La Popa debió agotarse la consulta previa y tramitarse una licencia ambiental al encontrarse vigentes las resoluciones Núms. 078 de 10 de noviembre de 1988 y 837 de 28 de agosto de 1995 del Ministerio del Interior, la última de las cuales que reformó y confirmó la creación del resguardo indígena Arhuaco y delimitó la línea negra, respectivamente.

1.8 Expresa que para entregar la explotación del cerro a terceros para instalar más de 480 antenas de comunicación y datos debió haberse agotado también el procedimiento de la consulta previa.

1.9 Sostiene que Electricaribe S.A. E.S.P. y Movistar instalaron redes eléctricas y antenas de comunicación y datos, sin consulta previa, desatendiendo la Ley 56 de 1981 “por la cual se dictan normas sobre obras públicas de generación eléctrica y acueductos, sistemas de regadío y otras y se regulan las expropiaciones y servidumbres de los bienes afectados por tales obras”.

1.10 Relata que la comunidad Arhuaca ha sufrido el despojo de su territorio ancestral, sagrado y comunitario viendo cómo es explotado comercialmente sin consultarles.

1.11 Señala que la Corte en el Auto 004 de 2009 se refirió a las vulneraciones de las que han sido objeto los Arhuacos en el cerro El Alguacil y que ante la persistencia del Gobierno

en guardar silencio y no atender las quejas formuladas, la Sala Especial de Seguimiento a la sentencia T-025 de 2004 dio traslado al Ministerio del Interior para que dispusiera las medidas de protección necesarias.

1.12 Como consecuencia, solicita que se ordene:

(i) Al Ministerio de Defensa Nacional, Ejército Nacional o Décima Brigada Blindada de Valledupar, para que a través de la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, adelanten un proceso de consulta con los representantes de la comunidad indígena Arhuaca, destinado a establecer el impacto que causó la construcción y operación de una base militar en el cerro El Alguacil y de las antenas de comunicaciones con fines estratégicos militares y asociados a la seguridad nacional, precisando los mecanismos de compensación a que tienen derecho, estableciendo los plazos para el retiro definitivo de todas las instalaciones asociadas a las antenas y redes eléctricas, a efectos de que se cumpla con la devolución de dichos territorios a la comunidad.

(ii) A Movistar y a las demás personas naturales y jurídicas que instalaron antenas de comunicación y datos, suspender las operaciones de la estación ubicada en el cerro El Alguacil, en un plazo máximo de 5 días hábiles, contado desde la notificación del respectivo fallo.

(iii) Exhortar a la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior para que aclare a las empresas interesadas en desarrollar cualquier acto, proyecto, obra, actividad o iniciativa que pretenda intervenir o tenga la potencialidad de afectar territorios habitados por comunidades étnicas, como a las entidades estatales responsables de autorizarlos sobre la obligatoriedad de agotar el procedimiento de consulta previa, en los términos de la jurisprudencia constitucional.

(iv) Prevenir a los Ministerios de Cultura y de Ambiente y Desarrollo Sostenible para que en el futuro se abstengan de entregar licencias ambientales, de construcción y, en general, de adoptar cualquier medida administrativa que intervenga los territorios habitados por comunidades indígenas, sin agotar el requisito de consulta previa.

(v) Exhortar a la Dirección de Asuntos Étnicos del Incodec y a la Superintendencia de Notariado y Registro para que, en el marco de sus competencias, revisen las irregularidades

del proceso de titulación de tierras y adopten las medidas necesarias para formalizar los predios que las comunidades indígenas reconocen como ancestrales.

1.14 Los Mamos Mayores, Mamos y Autoridades Indígenas pertenecientes a la Confederación Indígena Tayrona, en representación de los demás miembros de la etnia Arhuaca de la Sierra Nevada de Santa Marta, ratificaron la agencia oficiosa de la Fundación Misión Colombia y coadyuvaron las pretensiones de la presente acción[4].

2. Pruebas aportadas con la demanda.

2.1 Documentales

2.1.1. Copia de la escritura pública Núm. 104 de 25 de febrero de 1965 de la Notaría del Círculo de Valledupar, por medio de la cual el Personero Municipal en representación de esa localidad[5], entregó al Ministerio de Guerra, a título gratuito el derecho de dominio sobre el cerro El Alguacil, ubicado en jurisdicción del ente territorial entre los corregimientos de Pueblo Bello y San Sebastián de Rábego, con los siguientes linderos: “predio rural denominado el alguacil comprendido dentro de los siguientes linderos norte, con el nacimiento de los manantiales que forman la quebrada o arroyo del molino; sur, con los manantiales que forman el río Ariguani, este con la Cuchilla y Omeicarua gaca y; oeste, con los manantiales que forman las quebradas Macrumachucua y la quebrada Inaura. 73 tomo 23 de Valledupar.”

2.1.2. Cd. rom con el siguiente contenido:

3.1.2.1. Copia del Acuerdo Núm. 3 de 30 de enero de 1964, por medio del cual el Concejo de Valledupar entregó al Ministerio de Guerra la titularidad del predio El Alguacil.

3.1.2.2. Mapa georeferenciado del tendido eléctrico instalado por Electricaribe en el área del cerro El Alguacil.

3.1.2.3. Video del informe de Noticias Uno sobre la lucha de los indígenas Arhuacos por recuperar el cerro El Alguacil, emisión de 30 de junio de 2012, sección “¡Qué tal esto!”. Reportaje que se transcribe a continuación:

“Desde hace siglos los indígenas de la Sierra Nevada se comunican con sus dioses haciendo

una ofrenda con semillas en el cerro Inarwua, una de sus montañas sagradas. Pero la comunicación con el más allá está cada vez más difícil porque entre los mamos y los dioses se interponen 480 antenas, que causan interferencia. Este es Inarwa o el cerro del Alguacil, en la Sierra Nevada de Santa Marta. Cuentan los Mamos que sus abuelos subían hasta el cerro para ofrendar las semillas y los frutos a sus dioses, porque Inarwa había sido creado por la madre naturaleza para proveerles el alimento y para establecer comunicación con sus deidades. “Inarwa era como el padre de todas las semillas que existen actualmente, aquí en nuestro territorio indígena. Todos nuestros abuelos, nuestros ancestros han ido a pagar allá” Pero por falta de claridad en el registro de sus tierras, no pudieron volver ni a Inarwa ni a comunicarse con sus dioses. “Muchas enfermedad que están existiendo es porque nosotros no nos hemos ido a allá a pagar, es por eso. Muchos veranos, muchas lluvias”. La comunicación espiritual de los Indígenas con sus dioses fue interrumpida, según ellos, por estas antenas. La historia es la siguiente: en las 5 hectáreas del Ministerio de Defensa y el ejército hay más de 480 antenas de seguridad y telecomunicaciones, colgadas a esta torre. Todo esto sin contar con la comunidad indígena. A esto se le suma que solo hasta el 2006 el Ministerio de Defensa registró mejoras en este terreno, es decir la puesta de la torre y las antenas, razón por la cual no se entiende por qué no consultaron con los del resguardo”.

3. Trámite de instancia.

3.1. El Tribunal Administrativo del Cesar mediante auto de 11 de febrero de 2015, avocó conocimiento, admitió la acción de tutela interpuesta, corrió traslado a las entidades demandadas y decretó algunas pruebas.

3.2. Contestación de la demanda

3.2.1. La Décima Brigada Blindada del Ejército Nacional solicitó que se le desvincule y advirtió que la acción de tutela es improcedente para impugnar los actos administrativos de cesión del cerro El Alguacil, toda vez que existen otros mecanismos judiciales para discutir las disputas que se derivan de la propiedad de dicho predio. Además, adujo que no hay vulneración de los derechos fundamentales de la comunidad ni se evidencia la ocurrencia de un perjuicio irremediable[6].

3.2.2. El Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible se opuso a las pretensiones y manifestó que carece de legitimación en la causa por pasiva[7] en razón a que el

procedimiento de la consulta previa es competencia del Ministerio del Interior y el otorgamiento de licencias ambientales es función de la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales – ANLA, los entes territoriales y las corporaciones autónomas regionales[8].

3.2.3. El Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones solicitó la desvinculación del presente trámite y se opuso a la pretensión de que se retiren las antenas de comunicaciones porque se afectaría el derecho fundamental a comunicarse de otros colombianos. Además no hay prueba de afectación de derechos por la sola existencia de una antena[9].

Precisó que no es una autoridad militar ni coordina operaciones militares, tampoco está dentro de sus funciones y competencias pronunciarse respecto de las disputas territoriales de los indígenas o sobre la legalidad de actos administrativos, supervisar construcciones, dirigir o coordinar la protección del patrimonio arqueológico ni reemplazar a la cartera del Interior.

Explicó que la competencia para autorizar el uso del espectro electromagnético es de la Nación, no de ningún grupo humano en particular y respecto a la existencia de antenas en esa zona informó que “No hay ninguna torre en el cerro Alguacil, la torre más cercana queda en el corregimiento de Pueblo Bello y por ser una zona montañosa y el corregimiento queda en la parte baja y la diferencia de altura es de más de mil metros, por lo tanto no cubre el cerro.” En todo caso, de existir antenas no autorizadas el retiro puede ser solicitado directamente a la Agencia Nacional del Espectro, que es la entidad competente.

Expresó que si hubiere instalada una antena de Movistar, “ocurre que los operadores de Telefonía Móvil Celular tienen autorización general para instalar sus antenas, lo que no significa que no deban cumplir los demás requisitos aplicables según el territorio en que vayan a ubicarla, como pueden ser permisos ambientales y demás.”

3.2.3. El Batallón de Ingenieros Núm. 10 Gr. Manuel Alberto Murillo González, solicitó negar la tutela porque no vulneró ningún derecho fundamental, ni se demostró que la existencia de la base militar cause un perjuicio irremediable a la comunidad indígena Arhuaca. Advirtió que la solicitud de amparo es improcedente porque las pretensiones planteadas son susceptibles de reclamación por vía de la acción popular ya que buscan obtener la protección de derechos colectivos[10].

Explicó que la fuerza pública está constituida por las Fuerzas Militares -el Ejército Nacional, Armada y Fuerza Aérea- y la Policía Nacional[11], cuya misión constitucional es defender la soberanía, el orden, la independencia e integralidad del territorio nacional[12]. Por tal razón, encuentra que juegan un papel importante en el conflicto armado que vive el país y les está permitido el asentamiento de su personal y el desarrollo de operaciones militares a lo largo de la Nación, incluyendo el cerro El Alguacil, a fin de contrarrestar de manera efectiva las contingencias que atentan contra el bienestar general de la población y demás tareas encomendadas.

Las pretensiones del Estado colombiano poseen mayor peso que las de la comunidad indígena Arhuaca, en tanto representan el interés de todo el pueblo colombiano y están respaldadas en la soberanía nacional, la conservación del orden público y la garantía de seguridad de los habitantes del país en su vida, honra, bienes, creencias y demás derechos y libertades; mientras que las concernientes a pueblos tribales se fundan en el derecho a la propiedad y el mantenimiento de su integridad étnica y cultural. Además, afirma que mal podría pensarse que la instalación de una base militar estratégica en una zona de carácter sagrado vulnere garantías fundamentales, si se tiene en cuenta que ningún derecho es absoluto.

Concluyó que el Gobierno a través del Ministerio de Defensa Nacional y las FFMM instaló una base militar en el cerro El Alguacil: “con el fin de detectar, confirmar la ubicación de estructuras al margen de la ley y neutralizar su acción militar, para el logro de la Misión Constitucional, es un (sic) decisión de estado (sic), cuyo objeto y fin es otorgarle a los Colombianos seguridad y protección.”

3.2.4. El Ministerio de Cultura[13] advirtió que las pretensiones de la tutela se dirigen en forma precisa contra otras autoridades y en el marco de sus respectivas competencias. Solo en el numeral 9º se solicita prevenir al Ministerio de Cultura “para que en el futuro se abstenga de entregar licencias ambientales de construcción, y, en general, de adoptar cualquier medida administrativa que intervenga sobre los territorios habitados por comunidades indígenas, sin agotar el requisito de la consulta previa”, sin embargo, como su actividad es reglada no puede ejercer funciones distintas a las asignadas y, en ese orden, no le corresponde expedir licencias ambientales o de construcción, ni permisos para la explotación de ninguna parte del territorio nacional.

Finalmente, sostuvo que la discusión planteada por los demandantes sobre la titularidad del predio donde se encuentra la base militar, la afectación a las condiciones de seguridad nacional, la procedencia de la consulta previa y las condiciones técnicas para el funcionamiento o desmonte de antenas, son aspectos que no pueden ser dirimidos en sede de tutela sino que requieren de estudios y juicios de valor más profundos a aquellos del amparo constitucional. Además, se evidencia que la problemática planteada viene de tiempo atrás, con lo que se desconoce el principio de la inmediatez, debiendo ser declarada improcedente.

3.2.6. La Dirección de Consulta Previa del Ministerio de Interior solicitó negar las pretensiones invocadas y exonerar a la entidad de cualquier responsabilidad[14]. Explicó que se distinguen tres proyectos sobre los cuales se plantean las inconformidades: (i) la instalación de antenas de comunicación y funcionamiento de la estación en el cerro El Alguacil de la empresa Movistar; (ii) la instalación de antenas de comunicación y datos distintas al Ejército Nacional no asociadas a la seguridad nacional en ese lugar; y (iii) la construcción y operación de una base militar de la Décima Brigada Blindada de Valledupar del Ejército Nacional.

Señaló que en el presente caso la acción no cumple con el requisito de la inmediatez ya que las actividades relacionadas con el funcionamiento de la base militar del Ejército Nacional se remontan a hechos ocurridos entre el año 1962 y 2006, lo que quiere decir que la tutela no se ejerció dentro de un término oportuno, justo y razonable en relación con las circunstancias que dieron lugar a la presunta vulneración.

Manifestó que la construcción y operación de una base militar en el cerro es una actividad misional del Estado que se viene realizando desde hace más de cuatro décadas, para proteger de manera uniforme a toda la población y de ninguna manera puede considerarse la hipótesis de “afectación directa”, porque no atenta contra la supervivencia de los pueblos indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta, máxime si se tiene en cuenta que no hay ninguna afirmación en el sentido de que las operaciones adelantadas en la zona constituyan una intromisión o menoscabo en las dinámicas propias de los Arhuacos.

4. Sentencias que se revisan.

4.1. Primera instancia.

El Tribunal Administrativo del Cesar, mediante sentencia del 19 de febrero de 2015, protegió el derecho fundamental a la consulta previa de la comunidad indígena Arhuaca.

Como consecuencia, ordenó: (i) a la Nación, Ministerio de Defensa Nacional, Ejército Nacional y la Décima Brigada Blindada de Valledupar realizar el proceso de consulta con los representantes de la comunidad indígena Arhuaca, orientado a determinar el impacto que les ha causado y pueda llegarles a causar la construcción y operación de la base militar ubicada en el cerro El Alguacil, que deberá ser coordinado por la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, el cual deberá agotarse en un periodo de 30 días hábiles; (ii) exhortó al Ministerio de Defensa Nacional para que de haber autorizado la construcción y operación de estaciones de comunicación en el cerro El Alguacil sin agotar el requisito de consulta previa, proceda a cumplir dicho trámite; (iii) previno al Ministerio de Defensa Nacional para que se abstenga de autorizar la construcción o cualquier tipo de medida sobre el cerro El Alguacil; (iv) exhortó a la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior para que aclare a las empresas interesadas en desarrollar cualquier acto, proyecto, obra, actividad o iniciativa que pretenda intervenir o tenga la potencialidad de afectar territorios habitados por comunidades étnicas, como a las entidades estatales responsables de autorizarlos, sobre la obligatoriedad de agotar el procedimiento de la consulta previa en los términos de la jurisprudencia constitucional; (v) exhortó a la Dirección de Asuntos Étnicos del Incodec para que revise las irregularidades del proceso de titulación de tierras que, según los demandantes, se han presentado en el municipio de Valledupar y adopte las medidas necesarias para formalizar la titularidad de los predios que las comunidades indígenas reconocen como ancestrales; y (vi) ordenó a la Defensoría del Pueblo y a la Procuraduría General de la Nación que apoyen, acompañen y vigilen el cumplimiento del presente fallo, con el fin de garantizar los derechos protegidos y el cumplimiento de las órdenes adoptadas[16].

Como fundamento de su determinación, dicho Tribunal consideró que la acción de tutela es el único mecanismo jurídico con que cuentan los pueblos indígenas para reclamar la protección de su derecho a ser consultados. Respecto al principio de la inmediatez puntualizó que si bien es cierto ha transcurrido un tiempo prolongado desde la ocurrencia del hecho lesivo, también lo es que la acción de amparo es procedente ante la afectación actual de las garantías fundamentales de la comunidad Arhuaca, que se produce por los actos de operación de la base militar y las antenas, cuya construcción no fue objeto de

consulta previa, por lo que mientras se mantengan los actos de ejecución no consultados puede predicarse la existencia de un daño actual susceptible de amparo.

Explicó que la consulta previa es el trámite que debe cumplirse previo a adoptar medidas legislativas, administrativas y de otra índole susceptibles de afectar directamente a comunidades afro, indígenas y tribales, o que implique la ejecución de proyectos, obras o actividades en sus territorios, es decir, que no solo comprende las áreas establecidas como resguardo indígena o territorio colectivo de comunidades étnicas, sino que también incluye aquellas efectivamente habitadas por la comunidad, los lugares con los cuales guarda una estrecha relación espiritual o cultural, aunque estén por fuera del territorio demarcado.

Para el Tribunal el concepto de territorio de una comunidad indígena no se restringe a la ubicación geográfica, sino a la idea de que es el espacio donde la comunidad desarrolla su vida social y ejerce su autonomía. De este modo, encuentra que un título de propiedad no descarta, de suyo, la realización de la consulta, porque la eventual afectación que puede sufrir el grupo étnico, como consecuencia de una medida administrativa que avala la ejecución de un proyecto u obra sobre determinado predio no depende de que el mismo pueda clasificarse como territorio ancestral, puesto que lo relevante es que la intervención tenga la capacidad de incidir en forma directa en la comunidad que hace presencia en el lugar, por lo que debatir la titularidad del dominio carece de trascendencia.

El a quo concluyó que es necesario agotar el procedimiento de la consulta previa para medir el impacto de la construcción y operación en el territorio ancestral de la comunidad y exhortó al Ministerio de Defensa Nacional para que en caso de haber autorizado la construcción y operación de estaciones de comunicación en ese lugar, sin haber agotado la consulta previa, proceda a efectuarla.

4.2. Impugnaciones.

4.2.1. El Ministerio de Defensa Nacional impugnó la decisión[17], argumentando que el a quo no tuvo en cuenta que la entidad posee un título de propiedad sobre el cerro El Alguacil, y además, la comunidad indígena acudió a la tutela 50 años después de consolidado el hecho sin demostrar un perjuicio irremediable. Los argumentos expuestos, son los siguientes:

(i) La acción de tutela se funda en la ocupación del cerro El Alguacil mediante vías de hecho por parte de la Fuerza Pública, lo cual no se compadece con la realidad, ya que la titularidad de ese predio fue adjudicada por el municipio de Valledupar al Ministerio de Guerra mediante la escritura pública Núm. 104 de 1965.

Señaló que la propiedad del cerro fue entregada al Ministerio mucho antes de que se le otorgara el carácter del territorio ancestral de los pueblos indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta y haber sido demarcado con la denominada línea negra (Resolución Núm. 837 de 28 de agosto de 1995 del Ministerio del Interior), y como resguardo indígena y área de reserva de la comunidad Arhuaca (Resoluciones Núms. 113 de 1974, 078 de 1983 y 032 de 1996 del Instituto Colombiano de Reforma Agraria).

Dentro de la línea negra establecida en las Resoluciones Núms. 0002 de 4 de enero 1973 y 837 de 1995 del Ministerio del Interior, no se incluyó el cerro El Alguacil, lo que explica que no lo consideran sitio sagrado o zona de pago. Además, cuando se confirió el carácter legal de resguardo indígena y se amplió el área de reserva de los Arhuacos mediante las Resoluciones Núms. 113 de 1974, 078 de 1983 y 032 de 1986, diez años antes se había entregado a la cartera de la Defensa Nacional el título de propiedad del cerro, razón por la cual no procedía la consulta previa.

Precisa que la ubicación de la base en el cerro data de 1962 y las construcciones realizadas se hicieron hace 39 años, sin embargo, la última construcción fue en el 2006 y se elevó a escritura pública con el fin de dar cumplimiento a lo dispuesto en las leyes 716 de 2001 y 904 de 2004.

Indica que el cerro El Alguacil tiene 2.480 metros de altura y queda entre los municipios de Valledupar y Pueblo Bello. Los militares allí instalados cuidan la zona y las antenas que garantizan las comunicaciones de la Fuerza Pública con las unidades, los pelotones o compañías que desarrollan operaciones en defensa del orden público de los departamentos de Cesar, Magdalena y Guajira, siendo de gran importancia táctica y estratégica para coordinar el sobrevuelo de aeronaves, las operaciones militares, la señal para televisión, radio, telefonía y la seguridad para los habitantes del país. Además, existen otras antenas que prestan el servicio de comunicación según el objeto de cada uno de sus propietarios, lo cual no significa que se haya entregado el área a particulares.

Afirma que el Ministerio de Defensa Nacional no tenía el deber de agotar la consulta previa porque para esa época ni siquiera existía la figura creada en el Convenio 169 de la OIT, ni tampoco el Estado colombiano la había incorporado, por lo que la base y antenas instaladas gozan de total legalidad.

(ii) La presente acción de tutela es improcedente porque no cumple con el requisito de la inmediatez ya que fue instaurada ocho años después del hecho que originó la vulneración, de modo que aceptar lo solicitado por la actora conduciría a una grave afectación de la seguridad jurídica y del principio de confianza legítima. Tampoco se acreditó la existencia de un perjuicio irremediable, ya que no hay prueba de que se vulnere la integridad cultural, económica y social de los indígenas Arhuacos, máxime si se tiene en cuenta que la comunidad no lo señaló como sitio sagrado al momento en que definió la línea negra.

(iii) No procede la consulta previa porque de conformidad con el Convenio 169 de la OIT y la jurisprudencia de la Corte, debe realizarse con anterioridad a la adopción de la medida, antes de que sucedan los hechos y no sobre situaciones consolidadas. En el caso concreto la construcción de la base militar tuvo lugar hace ocho años y no se evidenció la afectación directa de la comunidad indígena Arhuaca.

En relación con la orden del a quo encaminada a tasar el impacto que ha causado la construcción e instalación de la base militar en el cerro para efectos de fijar una compensación, estimó que tal medición no puede ser retroactiva sino a futuro “toda vez que de admitirse la consulta previa con respecto a la base militar, se estaría cometiendo un error y habría extralimitación de funciones por parte del Juez de Tutela por las razones expuestas, siendo flagrante además la vulneración de la seguridad y la defensa nacional, que quedaría en manos de una concertación, cuyo tema sería improcedente por no ser de su competencia”.

4.2.2. La Décima Brigada Blindada del Ejército Nacional impugnó la decisión del a quo[18] aduciendo que la tutela es improcedente por no satisfacer el requisito de inmediatez. También anotó que se presentaron irregularidades dentro del trámite de la presente acción toda vez que no se ordenó la vinculación del Ministerio del Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible, Ministerio de Defensa Nacional, Ministerio de Tecnología de la Información y las Comunicaciones y empresa Movistar, entre otras.

Informó que el Ministerio de Defensa Nacional tiene el título de propiedad del cerro El Alguacil, según consta en la escritura pública Núm. 104 de 1965, razón por la cual la ocupación del predio es legítima. Además, explicó que por virtud de la Ley 716 de 2001 (ley de saneamiento contable) debió elevar a escritura pública las construcciones que habían sido levantadas en el predio.

En relación con la explotación del cerro a manos de terceros, señaló que las antenas existentes son para el uso de la Fuerza Pública dentro de las funciones de garantizar la seguridad nacional y la defensa de los integrantes del territorio, así como para garantizar la comunicación de las poblaciones cercanas, razón por la cual no es posible suspender operaciones necesarias para cumplir los fines del Estado.

Afirmó que es imposible que el cerro El Alguacil haga parte de los pagos de la comunidad indígena Arhuaca porque estos fueron distribuidos en 22 parcialidades[19] y aunque el poblamiento cotidiano es disperso, en ellos se efectúan reuniones y ceremonias. En todo caso, la casa más cercana está ubicada a dos kilómetros de la base militar.

Agregó que no se realizó la consulta previa porque entre los años 1962 a 1976 aún esa figura no existía, razón por la cual la construcción y operación de base son hechos cumplidos que gozan de total legalidad, de modo que no se puede retrotraer una ley para hacer efectiva una situación que se generó 50 años atrás.

Finalmente planteó la falta de legitimidad en la causa por activa de la Fundación Misional Colombia para interponer la presente acción y la improcedencia de la acción por la existencia de otros mecanismos de defensa judicial para impugnar la titularidad de la propiedad sobre el cerro El Alguacil.

4.3. Segunda Instancia.

La Subsección “B” de la Sección Segunda del Consejo de Estado mediante fallo de 23 de abril de 2015, revocó el amparo del derecho a la consulta previa de la comunidad indígena Arhuaca y en lo demás confirmó la decisión del a quo[20].

La decisión se sustentó en que el cerro El Alguacil no está dentro de la delimitación de la línea negra, por lo que no hay evidencia de que pertenece al territorio ancestral de la

comunidad Arhuaca. Además, la existencia de una base militar por sí misma no representa un riesgo para la población, siendo necesario que exista una amenaza grave e inminente para la vida o integridad de los demandantes, lo cual no fue acreditado en el caso sub examine.

Concluyó que debe tenerse en cuenta que el cerro El Alguacil es un punto de gran importancia táctica y estratégica a través del cual se brindan comunicaciones a gran parte de los departamentos de César, Guajira y Magdalena, y es un punto por el cual se coordina el sobrevuelo de aeronaves, operaciones militares, señal para televisión, radio, telefonía celular y seguridad para los habitantes de esta zona del país.

5. ACTUACIONES EN SEDE DE REVISIÓN.

5.1. Mediante auto de 4 de agosto de 2015, la Sala Sexta vinculó al presente trámite al municipio de Pueblo Bello (Cesar), a la Empresa Electricaribe S.A. ESP, a la Dirección de Asuntos Étnicos del Incoder, a la Superintendencia de Notariado y Registro, a la Agencia Nacional del Espectro, a ATC Sitios de Colombia, a la Sociedad Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario S.A., a Claro S.A. – Comcel S.A. y a Colombia Móvil S.A. ESP. Así mismo requirió a las entidades mencionadas para que rindieran el correspondiente informe, al igual que al Instituto Geográfico Agustín Codazzi, a la Dirección de Asuntos Étnicos del Incoder y al Ministerio del Interior.

5.2. Por auto de 21 de septiembre de 2015, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 57 del Reglamento Interno de la Corte[21], la Sala suspendió términos en el presente asunto y vinculó a la Policía Nacional, a la RTVC y a la Secretaría Distrital de Planeación de Valledupar (Cesar). Solicitó al Ministerio de Defensa Nacional, al Ejército Nacional, a la Agencia Nacional de Licencias Ambientales – ANLA, a ATC SITIOS DE COLOMBIA S.A.S., a la Policía Nacional, a la RTVC y a la Secretaría Distrital de Planeación de Valledupar (Cesar) información adicional a la suministrada en instancia y, al Instituto Colombiano de Antropología e Historia – ICANH, a la facultad de Ciencias Humanas de la Universidad Nacional, a la Organización Nacional Indígena de Colombia – ONIC y a Dejusticia, se solicitó rendir su concepto.

5.3. Por auto de 18 de noviembre de 2015, se vinculó al trámite de tutela a la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil – AEROCIVIL, Comunicaciones del Cesar y

Guajira S.A.S. y a las empresas CM& TV, al Consorcio Jorge Barón TV – SPORTSAT TV y a la Unión Temporal Colombiana de Televisión – NTC TV.

5.1. Contestación de las entidades y empresa vinculadas.

5.1.1. La Radio Televisión Nacional de Colombia –RTVC- solicitó negar las pretensiones y desvincular a la entidad del presente trámite ya que el servicio que presta desde el cerro El Alguacil no atenta contra la comunidad Arhuaca al no estar dentro del territorio indígena conocido como la línea negra, establecido y delimitado en las Resoluciones Núms. 078 de 1988 y 837 de 1995 del Ministerio del Interior. Además, no se demostró que el lugar fuese un sitio de pagamento o rezo de los demandantes.

Explicó que la RTVC es una entidad descentralizada indirecta, encargada de la gestión de radio y televisión pública antiguamente administrada por Inravisión, que al ser liquidada le transfirió los bienes e infraestructura de la red pública de comunicación. En cumplimiento de su función y objeto instaló en el cerro El Alguacil una torre y los equipos necesarios para la transmisión, recepción y procesamiento de las señales de radio y televisión para los departamentos de Cesar, Guajira y Magdalena. La estación ubicada en ese lugar es de alta potencia, su utilización ha sido continua y nunca ha sido apagada, para así prestar y garantizar el servicio a los habitantes del área de influencia.

El servicio que proporciona la entidad es de interés público porque ofrece contenidos con un fin educativo, cultural, informativo, recreativo y de alto impacto social, porque a través de ellos el Estado da a conocer sus programas, planes y proyectos a los que puede acceder la población en general. De ahí que también tenga una función social, ya que se establecen canales directos entre la comunidad y las autoridades públicas, se hacen convocatorias para la socialización y discusión de las necesidades de la gente integrando a todos los actores a la vida social.

Señaló que en virtud de las leyes 14 de 1991, 182 de 1995, 1507 de 2012 y el Decreto 3550 de 2004, la RTVC está facultada para prestar el servicio de radio y televisión pública y por ello dispuso la instalación de algunos elementos para mejorar la potencia y calidad de los servicios de Radio Nacional, Canal 1, Señal Colombia y Señal Institucional.

Concluyó que la consulta previa es anterior a la intervención, elaboración, producción o

emisión del hecho que genera la afectación, lo cual no se cumple en el caso sub examine porque la base militar existe desde hace 53 años, por lo que la reclamación carece de inmediatez. En consecuencia, es improcedente que se ordene el agotamiento de dicho procedimiento.

Finalmente, advirtió que la reclamación del territorio es ilegítima porque el cerro no hace parte del resguardo indígena Arhuaco ni de los demás pueblos indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta, “situación que pone de presente una pretensión mayor respecto de la posibilidad de ampliarse el territorio del resguardo indígena o la obtención de prebendas y beneficios netamente económicos frente a una posible reparación de perjuicios inexistentes y desvirtuados en el trámite de la presente acción”.

5.1.2. El Ministerio de Defensa reiteró su oposición a las pretensiones de la acción y los argumentos planteados en la contestación de la demanda y, adicionalmente explicó que la presencia del Ejército en el cerro data del año 1962 y obedece a motivos de seguridad y defensa nacional que le ha encomendado la Constitución, destacando que por la situación de orden público en la zona es necesario que continúen monitoreando el lugar.

En relación con la construcción de la edificación explicó que el predio El Alguacil es un bien fiscal en cabeza del Ministerio de Defensa que no hace parte del resguardo indígena Arhuaco, cuya tradición se dio mediante título real de cesión expedido en Santa Marta por el Gobernador de la Corona Española el 6 de marzo de 1718, registrado y protocolizado en la escritura pública Núm. 7 de 2 de marzo de 1934[22]. Posteriormente, por escritura pública Núm. 104 de 25 de febrero de 1965 de la Notaría del Círculo de Valledupar se otorgó al entonces Ministerio de Guerra el derecho de dominio con la destinación específica de instalar la red de transmisiones del Ejército Nacional.

Explicó que ni la base militar ni la construcción fueron objeto de consulta previa porque para la época en que se efectuaron no existía el Convenio 169 de 1989 de la OIT. Sin embargo, teniendo en cuenta la presencia indígena en la zona, se estableció una política integral de DDHH y DIH del Ministerio de Defensa Nacional en la que hubo concertación con la Organización de Pueblos Indígenas de Colombia, la Organización de los Pueblos Indígenas de la Amazonía Colombiana, la Confederación Indígena Tayrona.

Adicionalmente informó lo siguiente:

5.1.2.1 El cerro El Alguacil se encuentra ubicado en el municipio de Pueblo Bello, a 3.100 mts sobre el nivel del mar, limita al norte con la Sierra Nevada de Santa Marta, al occidente con las minas del Iracal, al oriente y al sur con los entes territoriales de Valledupar y Pueblo Bello, respectivamente.

La infraestructura instalada pertenece a las Fuerzas Militares, Policía Nacional, TELECOM y RTVC, “cada una de estas torres posee numerosas antenas y equipos para la transmisión de la señal y comunicación en toda Colombia, este cerro es el punto más estratégico en las telecomunicaciones en el norte del país por su altura y punto de vista con los demás repetidores de la jurisdicción.”

5.1.2.2. En cuanto al orden cronológico sobre cómo se ha hecho presencia en el cerro El Alguacil, explicó que el terreno que comprende dicho predio consta de una extensión de 5 hectáreas, lo que corresponde a 56.000 mts². Explicó lo siguiente:

(i) Entrega del predio por parte del municipio de Valledupar al entonces Ministerio de Guerra en 1964, mediante escritura pública Núm. 104 de 25 de febrero de 1965 de la Notaría Única de esa localidad.

(ii) Inicialmente se inició una construcción pequeña de 145 mts² que albergaba a los militares que cuidaban el cerro y las antenas instaladas.

(iii) Mediante escritura pública Núm. 4549 de 23 de octubre de 2006 de la Notaría 28 de Bogotá, el Ministerio de Defensa Nacional declaró la construcción de mejoras en el predio, específicamente la edificación de dos plantas de un piso de 195 mts² y otra de 64 mts² con antigüedad de 30 y 20 años, respectivamente.

(iv) El 10 de febrero de 2012 se inició el estudio de medición para el cerramiento de la base militar del cerro El Alguacil”, determinándose que el área a cercar era de 283 mts².

(v) En relación con el acceso al lugar afirmó que “[c]on el transcurrir del tiempo se ha realizado poco a poco el cerramiento de la base militar Cerro el Alguacil, hacia la parte norte y occidental se tiene un cierre con una cerca de ocho (08) hilos de alambre de púa, después viene un espacio prudencial y se encuentra una construcción con muros conexión y sacos terreros para la protección y además cuenta con cinco (05) núcleos (Garitas), hacia la

parte oriental y sur, se encuentra un abismo hacia ese sector, también cuenta con un sistema de seguridad de alertas tempranas para bases militares, con el fin de afianzar la seguridad para las antenas de comunicaciones y de los integrantes de la misma, ya que a esta propiedad del Ministerio de Defensa le llega partida de mantenimiento de forma mensual para su adecuación, y no permitir el decaimiento de las edificaciones realizadas, es por esto que a partir del 31 de diciembre de 2014, las instalaciones de la base militar pasó a jurisdicción del Batallón de Ingenieros No. 10 mediante acta No. 0543 registrada en el folio 19 y en la actualidad son estos quienes tienen la seguridad y custodia de este predio, basado en las órdenes e instrucciones de coordinación de la unidad táctica, con el fin de facilitar el cumplimiento de la misión que le son asignadas de conformidad a la políticas y órdenes emitidas por el comandante del Ejército mediante la ejecución del plan campaña “Espada de Honor” y los demás planes que le complementan, en especial el Plan de Seguridad y Control Territorial “República” dentro de la Jurisdicción del Comando de la Primera División, sin perjuicio de su misión principal. Logrando con esto impedir y/o contrarrestar ataques terroristas indiscriminados, que pretendan llevar a cabo por parte a las diferentes organizaciones ilegales al margen de la ley que delinquen bajo esta jurisdicción, contra las tropas de la Fuerza Pública y en especial contra la población civil en cumplimiento de la misión institucional.”

(vi) En cuanto a los controles de seguridad para el acceso a la base militar explicó que existe un puesto de control que es la guardia militar y está conformada por una vara para el control de ingreso a la base y se encuentra el comandante de guardia y los centinelas. Además, afirmó que “el personal de indígenas no transita alrededor de 700 a 800 metros cuadrados, ya que su lugar de transición (sic) es retirado a la entrada de la base militar.”

5.1.3. La Agencia Nacional de Licencias Ambientales -ANLA- informó que únicamente es competente para otorgar licencias cuando se trate de proyectos, obras o actividades del sector energía que estén sujetas al trámite de licenciamiento ambiental, en los términos del artículo 8° del Decreto 2041 de 2014[23].

5.1.4. El Ejército Nacional a través del Director de Negocios Generales informó que el presente asunto fue remitido por competencia a la Dirección de Cartografía y Finca Raíz y a la Décima Brigada, por lo que solicitó no tener como sujeto pasivo de la presente causa al

comandante de la institución.

5.1.5. El municipio de Valledupar solicitó declarar la improcedencia de la tutela en lo que respecta a ese ente territorial en razón a que el cerro El Alguacil está dentro de la jurisdicción de Pueblo Bello, de manera que le corresponde a ese ente territorial tramitar lo relacionado con permisos, autorizaciones y licencias relacionadas con el uso del suelo.

5.1.6. El municipio de Pueblo Bello contestó la tutela advirtiendo su improcedencia, al existir otro medio de defensa judicial y no haberse acreditado los elementos del perjuicio irremediable. Además, informó que no tiene ni ha tenido injerencia en los procesos de instalación de las antenas en el cerro El Alguacil, por lo que no cuenta con documentos acerca de licencias, autorizaciones o permisos otorgados para tal efecto.

5.1.7. ATC Sitios de Colombia S.A.S. solicitó negar la tutela porque no ha vulnerado derecho fundamental alguno. Explicó que las dos torres instaladas en el cerro El Alguacil cumplen con las autorizaciones de instalación y explotación exigidas para la época en que fueron colocadas, por lo que no es el amparo el mecanismo idóneo para discutir los actos administrativos que concedieron los respectivos permisos.

5.1.8. La Superintendencia de Notariado y Registro informó que en el cerro El Alguacil se registraron dos anotaciones: (i) adquisición del dominio del predio a título gratuito, entregado por el municipio de Valledupar al Ministerio de Guerra, mediante escritura pública Núm. 104 de 25 de febrero de 1965 de la Notaría Única de Valledupar; y (ii) declaración de construcción en suelo propio por parte del Ministerio de Defensa a través de la escritura pública Núm. 4549 de 23 de octubre de 2006 de la Notaría 28 de Bogotá.

5.1.9. La Electrificadora del Caribe S.A. E.S.P. -Electricaribe-, solicitó declarar improcedente la tutela, aduciendo que: (i) no está demostrado que el tendido eléctrico esté construido en territorio indígena; (ii) la empresa fue un comprador de buena fe que adquirió las redes bajo el presupuesto de que en su construcción y cadena de tradición no existían irregularidades, y que los derechos reales que le fueron trasferidos por la extinta ELECTRICESAR podían ser ejercidos bajo la seguridad de que en su constitución y/o transmisión se había cumplido con la normativa vigente; (iii) en caso de que las redes eléctricas estuviesen sobre un área indígena protegida lo cierto es que no puede aplicarse la ley en forma retroactiva, ya que estas se instalaron hace más de 30 años y la consulta previa es un derecho fundamental

colectivo introducido a la legislación colombiana mediante la ley 21 de 1991, después de que habían sido construidas; y (iv) si se determinara la supuesta vulneración de los derechos invocados no es por la acción u omisión de la entidad, ya que actuó con la convicción de que la infraestructura eléctrica se encontraba libre de cualquier controversia legal.

Electricaribe sostuvo que existe otro medio de defensa judicial a través de las acciones contencioso administrativas, esto es, impugnando los actos administrativos que adjudicaron los predios o la ocupación permanente del inmueble, a través de los medios de control de nulidad, nulidad y restablecimiento del derecho y de reparación directa. Sin embargo, sostuvo que la tutela no puede utilizarse como mecanismo para evadir figuras jurídicas como la prescripción y la caducidad, que permiten la consolidación definitiva de situaciones jurídicas particulares, por el efecto del paso del tiempo y que son necesarias en un Estado social de derecho para garantizar el principio de la seguridad jurídica.

5.1.10. La Agencia Nacional del Espectro -ANE- informó que la autorización de uso del suelo para la instalación de torres y antenas de telecomunicaciones es competencia de la respectiva entidad territorial y el permiso de uso del espectro electromagnético es competencia del Ministerio de la Tecnologías de la Información y las Telecomunicaciones. Así mismo certificó que según el “Informe de Ocupación de Frecuencias en la Ubicación Cerro Alguacil”, en el predio se encuentran instaladas 4 estaciones distribuidas en torres de Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P., Ejército Nacional, RTVC y Policía Nacional.

5.1.11. Comcel S.A. y Colombia Móvil S.A. E.S.P. informaron que no son propietarias, operadoras de la infraestructura ni de los equipos de comunicación aludidos en la tutela, por lo que solicitaron su desvinculación del trámite de tutela por falta de legitimación en la causa por pasiva.

5.1.12. Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. informó que la torre, antena y equipos instalados en el cerro El Alguacil fueron recibidos de TELECOM, en el año 2003, en virtud del contrato de explotación de activos y derechos para el uso de bienes destinados a la prestación del servicio público de telecomunicaciones y, están afectos al servicio que presta la empresa, dado que son esenciales para el servicio público de telefonía pública básica conmutada y datos a todos los usuarios de los municipios de Becerril, Drummond, La Jagua

de Ibirico, Manaure, San José de Oriente, Medialuna, Pueblo Bello, Caracolí, Casacará, Codazzi, El Dificil, Bosconia y Valledupar[24].

Solicitó declarar improcedente la solicitud de amparo porque existen otros mecanismos de defensa ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo y no se acreditó la existencia de un perjuicio irremediable. Además, no puede exigírsele a la empresa haber agotado el procedimiento de la consulta previa porque para la época en que se instalaron las antenas y torres de comunicaciones, aun no se encontraba vigente la ley 21 de 1991, por medio de la cual se incorporó el Convenio 169 de la OIT.

5.1.13. La Sociedad Fiduciaria de Desarrollo Agropecuario S.A. -Fiduagraria S.A.- en calidad de vocera y administradora del patrimonio autónomo para la administración y enajenación de los bienes, derechos y activos afectos al servicio de telecomunicaciones de Telecom en liquidación - PARAPAT- , solicitó declarar improcedente la solicitud de amparo en razón a que existe otro medio de defensa judicial y no se acreditó la existencia de un perjuicio irremediable. Además, explicó que los bienes muebles instalados en el cerro El Alguacil están afectos a la prestación de los servicios públicos de telecomunicaciones y, por tanto, son esenciales y necesarios para garantizarlo.

5.1.14. La Aeronáutica Civil -AEROCIVIL- contestó la tutela informando que “una vez revisados los archivos del Grupo de Inspección de Aeropuertos de la Unidad Administrativa Especial de Aeronáutica Civil, quien es el encargado de expedir conceptos de alturas no se evidencian conceptos para el área del Cerro Alguacil.”

5.1.15. El Canal Regional de Televisión Caribe Ltda. -Telecaribe- informó que en el cerro El Alguacil tiene instalado un montaje de transmisiones, autorizado por la División de Radio del Ministerio de Comunicaciones, según el oficio Núm. 623 de 20 de diciembre de 1990, que le asignó la disponibilidad de frecuencias para la red de microondas en la costa atlántica. Actualmente posee dos transmisores de televisión, uno del servicio análogo y el otro digital terrestre, ambos alojados en la estación que pertenece a la RTVC-.

Explicó que el montaje y puesta en marcha de las operaciones y montaje del Canal Telecaribe son anteriores a la Constitución de 1991, que introdujo el mecanismo de la consulta previa y ha sido desarrollado por la jurisprudencia de esta Corte.

5.2. Pruebas allegadas en sede de revisión

5.2.1. El predio denominado cerro El Alguacil:

5.2.1.1. Copia de la escritura pública Núm. 104 de 25 de febrero de 1965 de la Notaría del Círculo de Valledupar, por medio de la cual el Personero Municipal en representación de esa localidad[25], entregó al Ministerio de Guerra, a título gratuito el derecho de dominio sobre el cerro El Alguacil, ubicado en jurisdicción del ente territorial entre los corregimientos de Pueblo Bello y San Sebastián de Rábego.

5.2.1.2. Copia del certificado de tradición expedido el 8 de mayo de 2012 por la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Valledupar, según el cual el inmueble identificado con matrícula inmobiliaria Núm. 190-2088, registrado el 13 de enero de 1978, denominado cerro El Alguacil, con las siguientes anotaciones registradas: (i) mediante escritura pública Núm. 104 de 25 de febrero de 1965 de la Notaría Única de Valledupar, el municipio le entregó al Ministerio de Guerra el derecho real de dominio completo sobre el inmueble denominado El Alguacil; y (ii) mediante escritura pública Núm. 4549 de 23 de octubre de 2010 de la Notaría 28 de Bogotá, el Ministerio de Defensa Nacional protocolizó la declaración de construcción en suelo propio.

5.2.1.3. Copia de la escritura pública Núm. 4549 de 23 de octubre de 2006 de la Notaría 28 de Bogotá, por medio de la cual el Ministerio de Defensa Nacional declaró que en el cerro El Alguacil, de propiedad de la Nación, ubicado en jurisdicción del municipio de Valledupar, con presupuesto del Ejército Nacional se construyó el Batallón de Artillería Núm. 2 La Popa, con las siguientes instalaciones: “comando base militar: construcción tradicional de un piso, con un área aproximada de 195 mts², una edad aproximada de 30 años, estructura en muro de carga, mampostería en ladrillo, paredes en pañete estuco vinilo, pisos en cemento mineral, cubierta en teja de eternit sobre estructura metálica, carpintería puertas en madera, con distribución de tres habitaciones grandes, dos habitaciones pequeñas, comando (ilegible) sencillos con su inmobiliario en mal estado. Con un valor estimado de \$28.840.500. Alojamiento (ilegible) Construcción tradicional de un piso con estructura en muro de carga, mampostería en ladrillo, paredes en pañete, estuco vinilo, paredes internas en (ilegible) estuco y vinilo, cubierta en teja de asbesto (ilegible) sobre estructura metálica, carpintería en puertas de madera y ventanas con marco metálico, con cielo raso en

machimbre, con baños sencillos (ilegible) en piso y paredes con mobiliario sencillo, con un área de 64 m2, una edad de 20 años y un valor estimado de \$13.286.400.”

5.2.1.4. El Comandante de la Décima Brigada Blindada del Ejército Nacional informó que el cerro El Alguacil no está señalado como lugar de pago de la comunidad Arhuaca, ya que esos puntos están distribuidos en 22 parcialidades: (i) Zona Central: Nabusimake, Yechikin y Busin; (ii) Zonal occidental: Serankua, Windiwameina y Singunei; (iii) Zona sur: Zigta, Yeurwa, Gumuke, Yeiwin, Seiarukwingumu, Buyuaguenka y Simonorwa; (iv) Zona suroriental: Wirwa, Yugaka y Karwa; y (v) Zona oriental: Sogrome, Donachwi, Timaka, Aruamake, Seinimin.

5.2.1.5. El Ministerio del Interior a través de la Dirección de Consulta Previa certificó que el cerro El Alguacil está ubicado en la jurisdicción del municipio de Pueblo Bello y se constató la presencia o registro de la comunidad indígena Arhuaca de la Sierra Nevada de Santa Marta.

5.2.1.6. De acuerdo con el certificado expedido el 27 de agosto de 2015 por el Incoder, el cerro El Alguacil se encuentra dentro del área delimitada del resguardo indígena Arhuaco de la Sierra Nevada, constituido mediante Resolución Núm. 0113 de 4 de diciembre de 1974 del INCORA, y está dentro del área delimitada por la línea negra según los hitos periféricos contenidos en el artículo 1° de la Resolución Núm. 837 del 28 de agosto de 1995 del Ministerio del Interior.

5.2.2. Respecto de las antenas instaladas en el cerro El Alguacil, se allegó:

5.2.2.1. Copia de la resolución Núm. 004 de 15 de abril de 1986 expedida por el Consejo Nacional de Televisión del Instituto Nacional de Radio y Televisión NRAVISIÓN-, por medio de la cual autorizó la creación del canal de televisión regional TELECARIBE, para prestar el servicio público de televisión en los departamentos del Atlántico, Cesar, Sucre, Magdalena y Guajira.

5.2.2.2. Copia del oficio Núm. 623 de 20 de diciembre de 1990, suscrito por el Jefe de la División de Radio del Ministerio de Comunicaciones, mediante el cual le comunica a TELECARIBE que el enlace Alguacil-Valledupar le fue asignado como frecuencia para la red micrrondas en la costa atlántica.

5.2.2.3. Copia del contrato interadministrativo Núm. 026/94-CFGM-DICOE-023 de 24 de noviembre de 1982, celebrado entre la Dirección de Comunicaciones de las Fuerzas Militares y el Instituto Nacional de Radio y Televisión “INRAVISIÓN” (hoy RTVC), por medio del cual se autorizó la construcción de casetas y la instalación de equipos y antenas.

Copia de la escritura pública Núm. 002635 de 4 de agosto de 1998 de la Notaría 45 de Bogotá, por medio de la cual la Electrificadora del Cesar S.A. E.S.P. transfirió sus activos a la Electrificadora del Caribe S.A. E.S.P., entre los que se destacan las subestaciones y redes eléctricas.

Copia de “Informe de Ocupación de Frecuencias en la Ubicación Cerro Alguacil” realizado por la Agencia Nacional del Espectro, según el cual en el predio se encuentran instaladas 4 estaciones distribuidas torres de Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P., del Ejército Nacional, la RTVC y la Policía Nacional.

6. Intervenciones

6.1. La Facultad de Jurisprudencia del Colegio Mayor Nuestra Señora del Rosario solicitó que se protejan los derechos fundamentales invocados teniendo en cuenta el concepto amplio y la protección especial que se ha brindado de áreas sagradas y de importancia cultural para las comunidades étnicas y protegiendo en su integridad la línea negra en aras de garantizar el pleno y libre ejercicio de las actividades culturales, religiosas y económicas, como las han desarrollado de forma ancestral la comunidad Arhuaca; de igual modo requirió del Estado cumplir con la obligación de proteger a los pueblos indígenas ante las perturbaciones que puedan sufrir en el ejercicio de sus actividades al interior de su territorio ancestral y tomar todas las medidas pertinentes para evitar que conductas de agentes externos puedan afectar sus derechos y cultura; atender la realización de la consulta previa que se ha establecido como el mecanismo de protección idónea para garantizar que las actuaciones no afecten los intereses de los pueblos indígenas. Pidió el acompañamiento del Ministerio Público en todos los procedimientos tendientes a protegerlos; y se decreten las medidas de reparación integral.

Explicó que en la Sierra Nevada de Santa Marta habitan los pueblos indígenas Kogi, Arhuacos, Wiwa y Kankuamos provenientes de una cultura milenaria que perviven en el tiempo y, por mandato de la Ley de Origen “Constituye también un conjunto de normas y

parámetros que rigen la naturaleza, las personas y sus interrelaciones. Es la ciencia tradicional de sabiduría y el conocimiento ancestral indígena para el manejo de todo lo material y espiritual, cuyo cumplimiento garantiza el equilibrio y la armonía de la naturaleza, el orden y la permanencia de la vida, del universo y de los mismos pueblos indígenas y regula además las relaciones.”[26] se preocupan por cuidar y conservar ese lugar que para ellos constituye el “Corazón del Mundo”. Sin embargo, ese territorio ha estado en constantes disputas sociales, culturales y ambientales, generando el rompimiento del equilibrio que debe existir en la tierra. El “Corazón del Mundo” es patrimonio cultural de la Nación y está delimitado por la línea negra “que es una línea simbólica ubicada en las partes bajas de la Sierra, que interconecta espiritual y materialmente todos los sitios sagrados y da integralidad al territorio tradicional y que se constituye en el punto de partida para la ordenación de su territorio”.

El cerro Inarwa se encuentra dentro de la línea negra y representa un gran valor cultural para los Arhuacos, quienes a través de sus autoridades tradicionales vienen implementando estrategias de defensa integral de sus territorios ante las amenazas, presiones e intereses en sus recursos naturales, buscando garantizar la pervivencia del pueblo y de sus futuras generaciones en el territorio ancestral, así como su fortalecimiento organizativo.

Adujo que la línea negra es una zona de especial protección, debido al valor espiritual y cultural que tiene para los Arhuacos, Wiwas, Kogi y Kankuamos, por lo que esas comunidades deben ser consultadas cuando un proyecto pueda afectar el ejercicio de sus derechos. Esto porque se ha logrado un consenso y un pacto social por medio del cual el Estado colombiano se compromete a proteger y a garantizar el respeto del territorio que comprende el espacio geo-referencial denominado la línea negra, de modo que la garantía no recaer únicamente sobre algunos sitios al interior de tal zona, sino en la totalidad del territorio que incorpora la misma[27].

Informó que según la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al garantizar la participación efectiva de una comunidad en los planes de desarrollo o inversión que se darán en su territorio, el Estado tiene el deber de consultar, con dicha comunidad, según sus costumbres y tradiciones. En el caso específico, los actores argumentan que no hubo consulta previa ni procesos de participación idóneos al momento de instalar dichas antenas.

6.1.2. Dejusticia solicitó que se verificase la situación alegada por los demandantes, se protejan los derechos a la consulta previa y la integridad física y cultural del pueblo Arhuaco y se ordene a las autoridades responsables: (i) abstenerse de omitir la realización de consultas previas en el futuro y (ii) la realización de un proceso de consulta para determinar los impactos de la instalación y operación de la base militar y las antenas de comunicaciones y datos y para precisar los mecanismos de reparación para el pueblo Arhuaco.

Precisó que el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas reconocen y protegen la estrecha relación material y espiritual de los grupos indígenas con la tierra y el territorio que han ocupado ancestralmente, la cual es objeto de protección reforzada por parte del Estado, independientemente de si ha sido reconocida la propiedad.

De igual manera, Dejusticia consideró que el título de propiedad colectiva no es sobre la tierra sino que tiene efectos meramente declarativos y por virtud de ella los pueblos indígenas son propietarios colectivamente de los territorios que les ha sido reconocidos, es decir aquellos en los que se han conformado resguardos. También tienen derecho sobre los territorios que usan y habitan ancestralmente aunque no les hayan sido titulados de manera colectiva, los cuales tienen tres elementos: (i) el carácter imprescriptible, inalienable e inembargable del territorio; (ii) el hecho de que la ancestralidad de la ocupación hace las veces del título de propiedad y (iii) la definición del territorio de manera compleja, incluyendo el espacio en el que se desarrolla de manera amplia la cultura de la comunidad.[28]

Afirmó que los pueblos indígenas que habitan en la Sierra Nevada de Santa Marta son los Kogi, Arhuaco, Wiwa y Kankuamo y ahí coexisten los Parques Nacionales Naturales El Tayrona y Sierra Nevada de Santa Marta; y los resguardos indígenas Arhuaco, Kogui-Arsario y Kankuamo. Sin embargo, los límites del territorio indígena se encuentran en la línea negra, que en su cosmovisión es la frontera territorial entre la Sierra y el mundo, para separar los hermanos mayores de los hermanos menores o las personas mestizas de las blancas, relación que fue reconocida por el Gobierno al expedir las Resoluciones 002 de 1973 y 837 de 1995.

Concluyó que en el asunto sub examine la instalación de la base militar y antenas de comunicaciones se hizo dentro de territorio ancestral afectando las prácticas tradicionales de la comunidad y su cultura, es decir, que la afectación e impactos existen y nunca se realizó un proceso de consulta previa. Sin embargo, en el evento de constatarse que persiste una afectación como resultado de una medida inconsulta debe optarse por retomar el carácter participativo de la consulta y acudir a ella para buscar una medida de reparación o mitigación del daño y mecanismos para revertir la acción inconsulta.

Así las cosas, independientemente de que la afectación hubiere ocurrido antes de que fuere expedida la Constitución y se incorporara el Convenio 169 de la OIT, mientras subsista la afectación a los derechos de los pueblos indígenas el Estado está en la obligación de buscar una forma de subsanar o mitigar el daño, en virtud de la prevalencia del carácter sustantivo de la consulta, de la garantía del pluralismo y la diversidad, de la obligación de proteger la integridad cultural y la participación diferenciada y reforzada de los pueblos indígenas. Lo contrario, significaría desconocer garantías de rango constitucional colocando en situación de desprotección a los afectados.

La determinación del daño, luego de un proceso participativo permitiría definir el tipo de reparación a implementar. Bien sea una medida de restitución, indemnización, satisfacción o rehabilitación, que deberán responder a la definición del daño y a la mejor forma de resarcirlo que informe la comunidad dentro del proceso participativo. No obstante, siempre tiene que confluir una garantía de no repetición que se puede lograr con el reconocimiento de la obligación de asegurar la participación de los pueblos indígenas a través del ejercicio del derecho a la consulta previa libre e informada.

6.1.3. El Instituto Colombiano de Antropología e Historia -ICAH- afirmó que es de vital importancia consultar y llegar a acuerdos con la comunidad Arhuaca respecto a los usos que deben darse a sitios ancestrales de importancia ecológica y sagrada como el cerro Inarwa Tama. Desde este punto de vista la incidencia de la construcción de una base militar y de las antenas de comunicaciones sin tener en cuenta las concepciones y prácticas territoriales indígenas pueden tener implicaciones serias sobre su pervivencia cultural en términos de soberanía alimentaria, usos sagrados del territorio y mantenimiento de las relaciones ecológicas, entre otros.

Anotó que en la cosmovisión del pueblo Arhuaco su vida colectiva se desarrolla dentro de un “territorio ancestral”[29], es decir que “existe un vínculo histórico y mítico entre la sociedad arhuaca y las relaciones constituidas entre espacios y lugares” de importante contenido simbólico, porque de este emanan el conocimiento y el saber vivir como pueblo. De ahí que en el pensamiento de los indígenas la tierra no esté asociada a un concepto de propiedad sino en el origen del ser de las cosas de la naturaleza denominada “Ley de Origen”, que ordena el territorio y sus formas de vida, derivando de ahí el carácter sagrado.

Señaló que para los Arhuacos el “territorio ancestral” alude a “una intrincada cartografía multidimensional (que incluye dimensiones geográficas, del subsuelo y celestes; de cortas y largas distancias; así como conexiones materiales y espirituales) ordenada simbólicamente según una estructura cosmogónica de descendencia, donde los cerros menores son hijos de cerros mayores, y todos comparten un ancestro común: Gonawindua (pico Simón Bolívar de la Sierra Nevada de Santa Marta). Es decir que el cerro Inarwa Tama es uno de los cerros menores en donde es necesario realizar determinadas ceremonias o rituales llamados “pagamentos”, con el fin de mantener el equilibrio dentro del territorio ancestral.”. Los pagamentos son ofrendas que se entregan a los Mamos para que ellos las depositen en los lugares o sitios sagrados que corresponden a los hitos geográficos del territorio ancestral.

El cerro Inarwa o El Alguacil es uno de los sitios sagrados donde se ofrecen “pagamentos” a las montañas y a los ríos con el fin de mantener un equilibrio con la naturaleza, que hace parte de la cosmovisión indígena acerca de la estructura del cosmos, que puede darse en tres niveles que conectan a la naturaleza con la estructura social[30].

El Alguacil está dentro de la línea negra de sitios sagrados, cumple un papel dentro de la geografía simbólica y de la cosmovisión de los Arhuacos al formar parte de la Sierra Nevada de Santa Marta, un sistema mítico y geográfico en el que Gonawindua -el cerro mayor- es el corazón del mundo del que depende el equilibrio de la naturaleza y la Sierra es el padre de los seres humanos.

La instalación de la base militar en el cerro El Alguacil altera el equilibrio material y simbólico a nivel microcósmico, macrocósmico y supracósmico, es decir, las relaciones territoriales. En consecuencia, la presencia de la base no sólo afecta la autonomía indígena

como derecho fundamental a la autodeterminación, sino también “los modos de transmisión y reproducción de la estructura de organización social, política y territorial, representada en el mapa simbólico de cadenas montañosas jerarquizadas de la Sierra Nevada de Santa Marta”[31], siendo posible identificar algunos impactos culturales sobre el territorio indígena Arhuaco[32] relacionados con el ecosistema -flora y fauna- y el riesgo de pérdida de saberes ambientales y la no realización de pagamentos al limitar el acceso de la comunidad al lugar, afectación del rol de control social ejercido por el Mamo sobre el sistema de cadenas montañosas regidas por la Ley de Origen y del discurso simbólico y práctico sobre el cual se construye el proyecto político del Consejo Territorial de Cabildos de la Sierra Nevada de Santa Marta.

6.1.4. La Organización Nacional Indígena de Colombia -ONIC- solicitó conceder el amparo invocado en razón a que se han vulnerado los derechos fundamentales a la consulta previa y al reconocimiento de la propiedad de los pueblos indígenas sobre los territorios ocupados ancestralmente.

Destacó los antecedentes históricos del territorio de los indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta desde la antigüedad, pasando por la época en que hizo presencia la misión Capuchina, el establecimiento de la figura del cabildo y gobernador, y la delimitación de la línea negra, compuesta por un conjunto de puntos que las autoridades han denominado como sagrados.

Explicó la ONIC que el cerro Inarwa hace parte del territorio indígena del resguardo Arhuaco y es uno de los sitios más representativos de esa cultura porque según la tradición es el “padre de los alimentos”, por lo que es necesario recuperarlo ya que desde la instalación de la base militar y las antenas de comunicaciones no han podido realizar los trabajos tradicionales que ayudan a mantener el equilibrio de la naturaleza.

Trajo a colación la consulta previa como mecanismo de protección del territorio indígena y de los derechos de las comunidades previsto en el Convenio 169 de la OIT, definido como el punto de partida y encuentro de los derechos de los pueblos indígenas, al permitirles adoptar decisiones autónomas sobre su destino y las prioridades sociales, económicas y culturales. Es así como tiene una doble connotación, porque es un derecho fundamental de las minorías étnicas y a la vez una obligación del Estado adelantarla[33].

Indicó que el sistema interamericano de derechos humanos ha reconocido y protegido la relación única que existe entre los pueblos indígenas y el territorio[34] que trasciende lo económico al ser concebida como un elemento material y espiritual, asociado a su historia, tradiciones, costumbres, filosofía y valores. En ese orden, el desconocimiento de esta garantía puede afectar otras como la identidad e integridad cultural, y la supervivencia colectiva de las comunidades y sus miembros.

Las comunidades indígenas tienen derecho al reconocimiento jurídico a través de un título de propiedad colectiva debidamente registrada a nombre de la comunidad indígena, así como al uso y goce de su territorio ancestral. Asimismo, le corresponde al Estado la obligación de otorgar los correspondientes títulos de dominio en la extensión suficiente para el desarrollo de sus formas de vida y aun cuando hubieren perdido la posesión de sus territorios en forma total o parcial y estén siendo explotados por terceros, conservan los derechos plenos de propiedad y, por tal razón pueden reivindicarlos y obtener la restitución efectiva[35].

Finalmente señaló que el resguardo indígena Arhuaco fue titulado mediante la Resolución Núm. 0113 de 4 de noviembre de 1974 y la denominada línea negra fue delimitada mediante las Resoluciones Núm. 02 de 4 de enero de 1973 y 837 de 1995 del Ministerio del Interior, fronteras que incluyen sin excepción alguna el cerro Inarwa o El Alguacil. En consecuencia, la comunidad indígena ha tenido la posesión ancestral del lugar y bajo la figura del Resguardo poseen la propiedad colectiva, sin embargo, actualmente no pueden acceder a ella porque está siendo utilizada y ocupada por el Ministerio de Defensa Nacional y otras empresas, sin contar con la autorización expresa porque no se agotó el procedimiento de la consulta previa.

6.1.5. La Confederación Indígena Tayrona explicó que de acuerdo con la Ley de Origen las sociedades fueron ubicadas en diferentes lugares del mundo con su respectivo espacio territorial, bajo unas leyes para su cumplimiento como garantía para mantener el orden universal. Bajo esa lógica, el territorio es un ser viviente y hace referencia al espacio espiritual y físico donde se desarrolla la cultura, el conocimiento, las relaciones sociales, culturales y espirituales, que constituyen el fundamento de la permanencia del pueblo Arhuaco, que a través del tiempo ha venido reclamando los derechos y la autonomía territorial que tiene sobre el territorio ancestral demarcado por la línea negra.

Afirmó que los Arhuacos han tenido como política la recuperación del territorio, representado no solamente en la ocupación física del espacio, sino en la conservación de todos los elementos y manifestaciones naturales que en él existen, con el fin de restablecer la armonía con la naturaleza, sus elementos y el espíritu. Es el lugar “donde se origina la vida, se fundamentan y se sustentan las vivencias y convivencias, los pensamientos, las sabidurías, y la existencia de todos los seres. Es en donde se interpreta la Ley de origen para lograr la armonía y el equilibrio entre los humanos, la naturaleza y el Universo en general. El territorio es la Madre Tierra y contiene la vida. El territorio es permanencia de la identidad cultural, nos permite el desarrollo entre lo material y lo espiritual. Lo espiritual es un tejido de relaciones vitales de todos los seres con el territorio y con él se sostiene el equilibrio de dichas relaciones”. Es por ello que deben hacer los pagos y saneamientos tradicionales para compensar el beneficio que reciben de la madre naturaleza.

Según manifestó la Confederación Tayrona, para los Arhuacos el territorio ancestral está delimitado por la línea negra, conformada por “una sucesión de hitos geográficos sagrados ubicados en el contorno de la Sierra Nevada, entre estos sitios existe una canal energética de interconexión como la del agua con los picos nevados y demás accidentes geográficos y las cuatro franjas del mar (mukuriwa, zanuriwa, tukuriwa, gunuriwa), las lagunas glaciares y las lagunas costeras, nacimientos de agua en los páramos y las desembocaduras de los ríos; de tal manera que entre todos conforman una red; el flujo de relaciones permanentes es lo que le da vida y esencia al Territorio y nuestra misión es mantener activas las conexiones de esa red.” El reconocimiento de los sitios sagrados demarcados en esa área debe ser propiedad a perpetuidad de los pueblos de la Sierra Nevada para el ejercicio tradicional en el marco del reconocimiento del derecho colectivo al territorio.

A continuación se procede a señalar los interrogantes que fueron formulados por la Sala Sexta de Revisión y las respuestas suministradas por la Confederación Indígena Tayrona:

1. Explique en qué consiste el pago que la comunidad étnica debe realizar en el cerro El Alguacil así como los miembros que participan en el ritual, la frecuencia en que se realiza y el lugar en el cerro donde debe llevarse a cabo.

“A los indígenas se nos ubicó en territorios sagrados para que espiritualmente veláramos

por el equilibrio y la sostenibilidad de la vida en toda la dimensión del mundo y el universo; nos corresponde contribuir, mediante los pagos espirituales y sobrellevando una vida visible acorde a ellos, por la utilidad de la materia en la suplencia de las necesidades, es decir compensar dicha materia en el mundo espiritual para que no se pierda la correlación dada entre ésta con su respectivo espíritu; nos corresponde abastecer el mundo espiritual de los no indígenas de los elementos necesarios, los cuales al expresarse en materia facilitan la vida de ellos, es como echarles comida espiritualmente para que materialmente siempre puedan vivir, darles petróleo en espíritu, oro en espíritu, agua en espíritu, fertilidad de la tierra en espíritu.

El pago: Desde esta perspectiva el pago o retribución del padre INARWA es el ejercicio, ritual que hace posible las condiciones óptimas biofísicas del suelo, la germinación de las semillas, la reproducción de elementos en función de lograr su conservación, la reproducción de la semilla, y en general el aseguramiento de la alimentación propia de la población indígena de la sierra nevada. Consistente este “pago” en: Rituales, bailes y conversación directa con los padres y madres a fin de obtener de ellos la correspondencia en la solución que aqueja la comunidad en materia de alimentación física y espiritual.

De los miembros que participan: La ley de origen ha determinado que este principio debe ser ejercido por toda la población indígena a quienes se le ha entregado el legado de conservar y cuidar (cuarenta y cinco mil Arhuacos, veinte mil Koggis, veinte mil Wiwas, treinta mil Kankwamos), y cada nueva vida de estas y las siguientes generaciones, consagradas y direccionadas por todos los mamus de los 4 pueblos, autoridades internas de los 4 pueblos, líderes y consejeros mayores que interactúan de manera permanente con la población general.

La frecuencia del pago en referencia: Existe un calendario tradicional, sin embargo el tiempo y el ejercicio del desarrollo de este pago tiene que ver con el grado de necesidades que hace referencia a los alimentos que requiere la comunidad, para este caso el Padre INARWA ha perdido la comunicación espiritual y ha dificultado las respuestas frente a la producción a la mayor parte de las poblaciones indígenas y no indígenas, lo que hace un mayor requerimiento del ejercicio, mas permanencia física en el lugar (INARWA), mas bailes, más población en su acompañamiento.

El lugar en el cerro inarwa donde se realizan los pagos: INARWA es en principio un Gobierno, (el gobierno de los alimentos) lo que puede expresarse como una institución que tiene varios ayudantes, entonces INARWA tiene en su parte baja cuatro sitios donde están sus ayudantes y en el centro igual cuatro lugares que son de uso espiritual donde llegan los MAMUS, LIDERES, MAYORES a retribuir los servicios y el centro del cerro que es donde se encuentra el padre INARWA”.

2. Explique cómo el pago en el cerro El Alguacil materializa la “Ley de Origen”, cual es la importancia de llevarlo a cabo y cómo contribuye a la pervivencia de la comunidad Arhuaca de la Sierra Nevada.

En este contexto la materialización de esta relación y su efectividad para el logro de optimizar las condiciones biofísicas del suelo, la germinación de las semillas, la reproducción de elementos en función de lograr su conservación, la reproducción de la semilla, solo es posible en el ejercicio del pago al Padre Inarwa con los materiales (propios del cerro o el Padre inarwa) al tiempo que estos requieren un tratamiento físico y espiritual para el logro de respuestas en lo que hace referencia a necesidades de alimentos, vemos entonces un impacto negativo de como los alimentos propios desaparecen, las plagas de los suelos se vuelven incontrolables, y las semillas dejan de germinar, queriendo decir que en tiempos anteriores a la ocupación del cerro o padre inarwa no sucedía esto, y que para seguir viviendo y manteniendo la cultura y por ende la humanidad se requiere su recuperación y restablecer el orden natural la contribución a la pervivencia radica, en el ejercicio cultural y espiritual que es mandato de origen, de las retribuciones que aseguran el funcionamiento energético para la alimentación de la población y en el goce efectivo de las respuestas de los padres y madres de los alimentos”.

3. Relate como han realizado el pago en el cerro El Alguacil desde que hay presencia militar hasta la fecha y explique en qué oportunidades y a través de qué mecanismos le han solicitado al Ejército Nacional que les permita ingresar al cerro.

“Posterior a la entrada de los capuchinos, En 1962 se abre la carretera que va desde Pueblo Bello al cerro Alguacil o Inarwa (lugar sagrado) contra la voluntad del pueblo Arhuaco, la intención era instalar una base militar y ubicar antenas de comunicación. Esta carretera, que para los “civilizados” era entrada del progreso, para nosotros implicaba una forma de

acabar con nuestra identidad y de violentar nuestros lugares sagrados. Pese a las quejas elevadas por parte de nuestros líderes como fueron Dionisia Alfaro y Bernardino Alfaro, quienes viajaron hasta Bogotá tratando de impedir las obras, éstas se hicieron, y se mantiene aún la base militar, custodiando en la actualidad más de 400 antenas de diferentes empresas privadas.

Desde ese entonces hasta 2004 no se le permitió a los mamus, líderes, mayores y al pueblo arhuaco el acceso para el desarrollo de los rituales y la comunicación con el padre INARWA, A partir de 2004 y en función de poder responderle a la población frente al fenómeno de carencia de alimentos, los Mamus decidieron subir al cerro sabiendo que el Ejército en varios momentos había cohibido hasta los habitantes cercanos a la posibilidad de realizar los rituales, dando como resultado un primer encuentro en casa indígena Valledupar entre coronel primera brigada y directivos del pueblo Arhuaco. Desde ese momento se vislumbra la necesidad de frecuentar y mirar el impacto negativo causado al Padre Inarwa, y una vez valorado se mira con preocupación se piensa en la necesidad de la desocupación. Hasta este momento y condiciones de autoridades tradicionales y legítimos dueños se han venido solicitando permisos que no permiten el desarrollo de las actividades tradicionales y espirituales de manera colectiva y con la privacidad que esto requiere”.

4. Explique por qué en la concertación realizada por el Gobierno con las etnias de la Sierra Nevada de Santa Marta, (Arhuacos, Koggis, Wiwas, Kankwamos) producto de la cual se expidió la Resolución Núm. 837 de 28 de agosto de 1995 del Ministerio del Interior, no se identificó Inarwa Tana o cerro El Alguacil como hito periférico o sitio sagrado.

“El Estado colombiano reconoció la llamada Línea Negra como demarcación del territorio ancestral de los pueblos indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta mediante Resolución 000002 del 04 de enero de 1973, modificada por la Resolución N° 837 del 28 de agosto de 1995.

El Instituto Colombiano de la Reforma Agraria -INCORA- mediante Resolución 113 de 1974, crea la reserva Indígena Arhuaca, en la zona media y alta de la vertiente sur del macizo con una extensión de 185.000 hectáreas. Posteriormente, mediante Resolución 078 de 1983, le confiere el carácter de resguardo indígena, incorporando al área diez mil

novecientas hectáreas contiguas al límite Sur de la Reserva; y en el año 1996 mediante Resolución 032 crea el Resguardo de Bunsichama con una extensión de 128 hectáreas, separadas del Resguardo anterior, en jurisdicción del municipio de Pueblo Bello, a escasos kilómetros del casco urbano. Lo que nos arroja un total de 196.028 hectáreas tituladas.

Con el referente de la creación de la zona de reserva de 1974, se creía que ya existía una protección del territorio al interior del polígono de esta reserva y luego con la resolución 078 de 1983 que le confiere la figura del resguardo se creía solucionado la no intervención al territorio que en términos generales no había de que preocuparse, por esto y pese a las permanentes reclamaciones hechas por el pueblo Arhuaco nunca hubo respuesta, De tal manera que el acuerdo aducía que los espacios sagrados dentro del resguardo (imprescriptible, inembargables, inalienables) estarían en manos de la colectividad del pueblo Arhuaco, el acuerdo de LINEA NEGRA fue en 1973 y modificado en 1995, Esta modificación es posterior a la creación del resguardo y con la premisa de poder a futuro asegurar todos los sitios de importancia cultural (sitios y espacios sagrados) del territorio tradicional en su conjunto”.

5. Informe si la existencia de antenas o torres de comunicación y del tendido eléctrico en el cerro El Alguacil constituyen una afectación a la pervivencia de la etnia desde su cosmovisión, puntualmente desde su espiritualidad, y la razón de ser de acuerdo con la “Ley de Origen”. En caso afirmativo explique la respuesta:

“Indudablemente, existe desde la concepción cultural y desde la ley de origen una afectación. Esta afectación es mirada desde los preceptos de la norma natural como (a’kinkumana) Consecuencia negativa del rompimiento del equilibrio, producida por incumplimiento de la ley de origen. Se manifiesta en el sufrimiento de los humanos y desastres naturales; en la naturaleza con el verano prolongado o lluvias excesivas, calentamiento, heladas, granizadas y enfermedades de las plantas, especialmente de las alimenticias. Fuera del lenguaje sagrado se dice que provienen del reclamo de los seres vitales o ancestros generando toda clase de sufrimientos, conflictos o enfermedades y pérdida de vitalidad de todo lo existente.

Para el caso particular del ejercicio que se han dejado de realizar en Inarwa durante más de 50 años, de personas que inclusive han fallecido, son entre otras los requerimientos de los

padres para el logro de equilibrio en el comportamiento natural del tiempo y la naturaleza a fin de obtener una manifestación favorable para la obtención de alimentos, de la falta este ejercicio en Inarwa la comunidad ha perdido la capacidad biofísica de los suelos, las conservación y germinación óptimas de las semillas y el ejercicio psicosocial de las generaciones en el reconocimiento específicos del conocimiento que todo indígena arhuaco deberían tener (espíritu, alma, intención, pensamiento, vida, personalidad) significando la pérdida paulatina de la estructura de pensamiento cultural y el reconocimiento de la solución de la problemática con el mandato de la ley de origen”.

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Competencia.

Esta Corte es competente para conocer del fallo materia de revisión, de conformidad con lo establecido en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución, y 31 a 36 del Decreto Estatutario 2591 de 1991.

2. Planteamientos de la acción y problema jurídico.

La acción de tutela fue interpuesta por la Fundación Misión Colombia, en representación de la comunidad indígena Arhuaca, con el fin de que se protejan sus derechos fundamentales a la consulta previa y los conexos en el marco de la protección de la integridad cultural, social y económica de los grupos étnicos, presuntamente vulnerados por las entidades demandadas al instalar en el cerro El Alguacil o Inarwa Tama una base militar y varias antenas de comunicaciones.

Para la parte actora, el cerro El Alguacil está identificado como territorio ancestral indígena y principal centro de pago de los Arhuacos, de manera que el asentamiento militar y las obras adelantadas en ese lugar, desconocen los derechos que les han sido reconocidos por el Estado limitando el acceso a esta zona del territorio indígena.

Lo anterior quiere decir que para construir el Batallón de Artillería Núm. 2 La Popa, debió agotarse la consulta previa y tramitarse una licencia ambiental porque se encontraban vigentes las resoluciones Núms. 078 de 10 de noviembre de 1988 y 837 de 28 de agosto de 1995 del Ministerio del Interior, mediante las cuales se creó el resguardo indígena Arhuaco

y delimitó la línea negra, respectivamente. Igualmente, el demandante advierte que para entregar la explotación del cerro a terceros para instalar “más de 480 antenas de comunicación y datos” debió haberse agotado también la consulta previa.

En consecuencia, pretende la protección de sus derechos fundamentales en orden a: (i) adelantar la consulta con los representantes de la comunidad indígena Arhuaca, destinado a establecer el impacto que causó la construcción y operación de una base militar en el cerro El Alguacil y de las antenas de comunicaciones con fines estratégicos militares y asociados a la seguridad nacional, reconociendo los mecanismos de compensación a que tienen derecho y estableciendo los plazos para el retiro definitivo de todas las instalaciones asociadas a las antenas y redes eléctricas, a efectos de que se cumpla con la pertinente devolución de dichos territorios ancestrales a la comunidad; (ii) las entidades que instalaron antenas de comunicación y datos, suspendan las operaciones de la estación ubicada en el cerro El Alguacil en un plazo máximo de 5 días hábiles, contados desde la notificación del respectivo fallo, además de adelantar el procedimiento de la consulta previa.

Asimismo, (iii) exhortar a la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior para que aclare a las empresas interesadas en desarrollar cualquier proyecto, obra, actividad o iniciativa que pretenda intervenir o tenga la potencialidad de afectar territorios habitados por comunidades étnicas, como a las entidades estatales responsables de autorizarlos, sobre la obligatoriedad de agotar el procedimiento de la consulta previa; (iv) prevenir a los Ministerios de Cultura y de Ambiente y Desarrollo Sostenible para que en el futuro se abstengan de entregar licencias ambientales, de construcción y, en general, de adoptar cualquier medida administrativa que intervengan los territorios habitados por comunidades indígenas, sin agotar el requisito de consulta previa; y (v) exhortar a la Dirección de Asuntos Étnicos del Incoder y a la Superintendencia de Notariado y Registro para que en el marco de sus competencias revisen las irregularidades del proceso de titulación de tierras y adopten las medidas necesarias para formalizar la titularidad de los predios que las comunidades indígenas reconocen como ancestrales.

En criterio de las entidades demandadas la solicitud de amparo no cumple con los requisitos de subsidiariedad e inmediatez porque la base militar está instalada desde 1962, es decir, hace más de 50 años sin que los indígenas Arhuacos presentaran algún tipo de reclamación sobre la titularidad y posesión del predio El Alguacil. Además, el predio no está señalado

como uno de los hitos periféricos o sitios sagrados de la línea negra, ni hace parte del resguardo Arhuaco.

De acuerdo con el Ministerio de Defensa Nacional y el Ejército Nacional las pretensiones no tienen fundamento jurídico en razón a que existe un título de dominio a su favor que les fue entregado por el municipio de Valledupar. Por su parte, las entidades que tienen instaladas las antenas de comunicaciones, televisión y radio, así como la empresa que ubicó el tendido eléctrico, sostienen que los equipos asentados en el cerro El Alguacil cuentan con los permisos y autorizaciones exigidas, por lo que no han vulnerados los derechos invocados.

Las entidades y empresas demandadas y vinculadas al presente trámite afirman que la presente solicitud de amparo es improcedente porque el levantamiento de la base militar ocurrió antes de que entrara en vigencia el Convenio 169 de 1989 de la OIT, por lo que no era exigible agotar la consulta previa.

Sin embargo, el Ministerio de Defensa Nacional y el Ejército Nacional impugnaron la decisión argumentando que el a quo pasó por alto la existencia de un título de propiedad a favor de la Nación, basando su decisión únicamente en un concepto de territorio ancestral sin que se demostrara la afectación de los derechos fundamentales ni el perjuicio irremediable. Además, reiteraron que la presencia militar en la zona, per se, no genera una afectación y, en consecuencia, debe aplicarse el principio de prevalencia del interés general, prefiriendo asegurar la seguridad de los nacionales sobre los intereses indígenas.

El juez de segunda instancia revocó el amparo del derecho a la consulta previa de la comunidad indígena y en lo demás confirmó el fallo del a quo, sustentado en que el cerro El Alguacil no está dentro de la delimitación de la línea negra. El Consejo de Estado sostuvo que la existencia de una base militar no puede significar un riesgo para la población, máxime si se tiene en cuenta que el cerro El Alguacil es un punto de importancia táctica y estratégica a través del cual se brindan comunicaciones a gran parte de los departamentos de César, Guajira y Magdalena, y se coordina el sobrevuelo de aeronaves, operaciones militares, señal para televisión, radio, telefonía celular y seguridad para los habitantes de esta zona del país.

Finalmente, el juez de segunda instancia concluye con la imposibilidad de adelantar el procedimiento de la consulta previa porque se entiende que el agotamiento debe

efectuarse previo a la intervención o ejecución de la obra, plan o proyecto, lo cual no se cumple en este caso, ya que los hechos presuntamente infractores, datan de 1963, época en la que aún la figura no existía.

Con base en lo expuesto, le corresponde a la Sala determinar si el Ministerio de Defensa Nacional, el Ejército Nacional, el Batallón de Ingenieros Núm. 10 Manuel Murillo González, la Policía Nacional, la RTVC, la Secretaría Distrital de Planeación de Valledupar, el municipio de Pueblo Bello, las empresas Colombia Telecomunicaciones S.A., ATC Sitios de Colombia, la Empresa Comunicaciones del Cesar y Guajira S.A.S. y la Policía Nacional vulneraron los derechos fundamentales a la consulta previa, integridad cultural, económica y social de la comunidad indígena Arhuaca, al instalar una base militar y antenas de comunicación, datos y electricidad en el cerro El Alguacil, pese a que dicho predio pertenece al territorio ancestral indígena. En caso de que fuera procedente, deberá establecer si hay lugar a ordenar la realización de dicho procedimiento para establecer medidas de compensación por el impacto cultural causado.

Adicionalmente, es preciso determinar si los las comunidades indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta tienen derecho a acceder al predio del cerro El Alguacil como parte del territorio ancestral reconocido el Estado Colombiano.

A fin de dar respuesta al problema jurídico planteado, se desarrollará (i) el principio constitucional de la diversidad étnica y cultural; (ii) la consulta previa, su institucionalización internacional, la incorporación en la legislación y la justicia doméstica como derecho fundamental; (iii) el derecho de propiedad colectiva de las comunidades indígenas; (iv) la línea negra; y finalmente (v) el caso concreto, para ello previamente debe efectuarse el examen de procedencia de la acción -los requisitos de subsidiariedad e inmediatez- y se determinará si en el presente asunto debió agotarse la consulta previa.

3. Análisis de la Sala

3.1. El principio constitucional de diversidad étnica y cultural.

De acuerdo con el artículo 1° de la Constitución, Colombia es un Estado social de derecho democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto por la dignidad humana. Por su parte, el artículo 7° superior establece que el Estado reconoce y protege la diversidad

étnica y cultural de la Nación colombiana y, el artículo 70 prevé que la cultura, en sus diversas manifestaciones, es fundamento de la nacionalidad, siendo un deber reconocer con igual dignidad a todas las culturas que conviven en el país. En concordancia con lo anterior, los artículos 8° y 9° de la Carta establecen la obligación de proteger la riqueza cultural de la Nación y la importancia de la autodeterminación de los pueblos.

De los anteriores mandatos se deriva el denominado principio de diversidad étnica y cultural, como expresión del carácter democrático, participativo y pluralista del Estado colombiano, a través del reconocimiento de la diversidad y la aceptación de la multiplicidad de formas de vida y cosmovisiones[36].

Lo anterior ha sido interpretado por la Corte como una manifestación de los principios en que se funda el Estado social de derecho y, como garantía de protección a las diferentes culturas que coexisten en el territorio nacional. En este sentido, la sentencia T-461 de 2014 afirmó que “El reconocimiento de la diversidad étnica colombiana, como manifestación de su multiculturalidad y pluralismo, fue consagrado en la Constitución de 1991 a través de la integración de las comunidades indígenas a las visiones y procesos de las mayorías, otorgándoles la posibilidad de participación dentro de los mismos para de esta manera garantizar y proteger sus derechos como minorías, consistentes en el crecimiento y desarrollo de acuerdo con sus costumbres y valores propios.[37]” Así mismo, lo destaca esta Corporación en sentencia T-646 de 2014, al advertir el cambio de paradigma dado el reconocimiento de la diversidad cultural como un elemento relevante objeto de protección.

En el caso de los pueblos indígenas o tribales el principio en mención implica el otorgamiento de un tratamiento especial, conforme a los valores culturales y las particularidades propias de su condición[38]. Como parte de su reconocimiento se encuentran disposiciones constitucionales como el derecho de propiedad de resguardos y tierras colectivas inalienables, imprescriptibles e inembargables[39], la jurisdicción especial para los pueblos indígenas[40], el derecho a gobernarse por sus propias autoridades según sus usos y costumbres[41], y un régimen especial de representación en el Congreso para las comunidades indígenas y los grupos étnicos[42].

El principio de diversidad étnica y cultural de la Nación, no solo se manifiesta a partir de la

declaratoria de existencia del grupo minoritario diferenciado, sino que implica también el reconocimiento y ejercicio efectivo de la autodeterminación de los pueblos indígenas o tribales, sus instituciones y autoridades de gobierno, y la posibilidad de guiarse por sus propias normas, costumbres, opciones de desarrollo, visión del mundo y proyectos de vida.

En ese sentido, la jurisprudencia de este Tribunal ha determinado que el amparo de los derechos fundamentales de las comunidades indígenas es indispensable para garantizar la supervivencia, lo que implica la conservación de su cultura, tradiciones ancestrales, valores, cosmovisión e identidad social, religiosa y jurídica, entre otros. Además, debe resaltarse que la existencia física de los pueblos étnicos está íntimamente relacionada con el lugar donde se asientan porque allí desarrollan y expresan su identidad y cultura diferenciada, de lo cual también se deriva el derecho a la tierra y el territorio[43].

En conclusión, la Constitución reconoce el principio de diversidad étnica y cultural de la Nación y, en virtud de ello, otorga a las comunidades indígenas una protección especial de sus costumbres, autonomía y territorio, garantías que deben ser prestadas de forma efectiva por las autoridades a través de mecanismos adecuados que faciliten la participación libre e informada de los pueblos étnicos. Lo contrario, amenaza la supervivencia de estas comunidades como grupo diferenciado.

3.2. La Consulta Previa

3.2.1. La consulta previa en el ámbito internacional.

El Convenio 107 de 1957[44] sobre Pueblos Indígenas y Tribales de la OIT constituyó el primer intento de codificar las obligaciones internacionales de los Estados en relación con la protección e integración de los pueblos indígenas, tribales y semitribales[45]. Dicho instrumento abordó asuntos relacionados con los derechos a las tierras; contratación y condiciones laborales; formación profesional, artesanías e industrias rurales; seguridad social y salud; y educación y medios de comunicación[46]. El mencionado convenio propendía por la progresiva integración de las poblaciones indígenas, tribales y semitribales a la vida que se desarrollaba en sus correspondientes países.

Sin embargo, la visión del Convenio 107 de 1957 fue revaluada en años posteriores cuando

en 1986 la ONU convocó una Comisión de Expertos, cuya conclusión fue que el “enfoque integracionista del Convenio estaba obsoleto y que su aplicación era prejudicial en el mundo moderno” y, por tanto, el mencionado instrumento fue objeto de revisión entre los años 1988 y 1989.

Como resultado de lo anterior se adoptó el Convenio 169 de 1989[47] que introdujo una serie de modificaciones respecto del anterior, en tanto que: (i) se apartó de la idea de que los pueblos indígenas y tribales eran sociedades temporarias destinadas a desaparecer con la modernidad al afirmar que constituyen sociedades permanentes; (ii) dejó de hacer referencia a poblaciones para identificarlos como pueblos indígenas y tribales; y (iii) superó la idea de fomentar la integración y pasó a reconocer y respetar la diversidad étnica y cultural[48].

El Convenio 169 de 1989 de la OIT, se fundamenta en los principios generales de (i) identificación de los pueblos indígenas y tribales a partir de los estilos tradicionales de vida, cultura y modo de vida diferenciado, organización social, costumbres, lengua, y leyes propias, entre otras[49]; (ii) no discriminación[50]; (iii) la necesidad de adoptar medidas especiales para salvaguardarlos como comunidad y a sus miembros, instituciones, bienes, trabajo, culturas y medio ambiente[51]; (iv) el reconocimiento de su cultura y otras características específicas[52]; (v) la consulta y participación informada, previa y libre en todas las decisiones que los afectan[53]; y (vi) el derecho a decidir las prioridades para el desarrollo[54].

Este instrumento dispuso que los gobiernos de los distintos Estados tienen la responsabilidad de desarrollar una acción coordinada y sistemática con el propósito de proteger los derechos de los pueblos indígenas y tribales, asegurando la concurrencia de las instituciones y mecanismos apropiados de participación, donde exista una articulación entre los procesos de desarrollo.

En Colombia el Convenio 169 fue incorporado al derecho interno mediante la ley 21 de 1991 “Por medio de la cual se aprueba el Convenio número 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, adoptado por la 76a. reunión de la Conferencia General de la O.I.T., Ginebra 1989.” Y forma parte del bloque de constitucionalidad en virtud de lo dispuesto en el artículo 93 superior, según el cual “Los derechos y deberes consagrados en

esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”.

La protección del derecho a la tierra, el territorio y los recursos naturales de los pueblos indígenas se ha visto reflejada en diversos pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que a través del estudio de casos concretos ha desarrollado el alcance del derecho a la propiedad colectiva de los pueblos indígenas y tribales, la libre autodeterminación y la consulta previa, al resolver los casos de la comunidad indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay, sentencia de 24 de agosto de 2010; del Pueblo Saramaka vs. Surinam, sentencia del 28 de noviembre de 2007; comunidad indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay, sentencia de 29 de marzo de 2006 Yatama vs. Nicaragua, sentencia de 23 de junio de 2005; comunidad indígena Yakye Axa vs. Paraguay, sentencia de 17 de junio de 2005; de la comunidad Moiwana vs. Suriname, sentencia de 15 de junio de 2005; de la comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua, sentencia de 31 de agosto de 2001; Aloeboetoe y otros vs. Surinam, sentencia de 4 de diciembre de 1991.

3.2.2. La consulta previa como derecho fundamental

En este contexto, la consulta previa introducida por el Convenio 169, en el artículo 6º establece para los gobiernos la obligación de consultar a los pueblos interesados, en ejercicio de la buena fe y mediante procedimientos apropiados, las decisiones legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente; y para las comunidades indígenas el derecho fundamental a que en ejercicio de su autonomía, participen libremente a través de sus autoridades o instituciones representativas, en la aprobación de las medidas propuestas[56].

De acuerdo con la sentencia SU-039 de 1997, la consulta previa tiene como objetivos: “(i) dotar a las comunidades de conocimiento pleno sobre los proyectos y decisiones que les conciernen directamente -como los proyectos destinados a explorar o explotar los recursos naturales en los territorios que ocupan o les pertenecen, así como los mecanismos, procedimientos y actividades requeridos para ponerlos en ejecución; (ii) ilustrar a las comunidades sobre la manera como la ejecución de los referidos proyectos puede conllevar una afectación o menoscabo a los elementos que constituyen la base de su cohesión social, cultural, económica y política y, por ende, el sustrato para su subsistencia como grupo

humano con características singulares; (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.”

Asimismo, por vía jurisprudencial esta Corporación sintetizó los principios bajo los cuales se rige la consulta previa[57], así:

(i) Prevención de las afectaciones, es decir, que debe ser previa a la realización de la obra, proyecto o actividad, dado que lo perseguido por consulta es evitar causar alguna afectación a las comunidades adoptando las medidas que sean necesarias, adecuadas y suficientes para prevenir y minimizar los impactos negativos que tienen los proyectos. Sin embargo, de manera excepcional procede como mecanismo de compensación e indemnización de daños ya causados, porque a pesar del carácter preventivo, existen casos en que la medida fue adoptada y ejecutada de manera inconsulta, produciendo el impacto negativo en la comunidad, lo cual no significa que no deba agotarse el procedimiento, sino que este debe encaminarse a corregir los perjuicios ocasionados[58].

(ii) Información adecuada y suficiente, esto significa que la medida propuesta debe ser puesta en total conocimiento de la comunidad, identificando los riesgos de afectación ambiental, social o cultural, con el fin de que pueda adoptar una posición y formular alternativas de prevención o corrección de los impactos negativos que se pudiesen ocasionar[59].

(iii) Buena fe[60], entendido como el deber de que las relaciones entre particulares y con el Estado se desarrollen mostrando una conducta honesta y leal, a fin de darle seguridad, confianza y credibilidad a la contraparte. Específicamente, en la consulta previa este principio debe estar presente en todas las etapas y es vinculante para las partes, lo cual implica “desde la perspectiva de las autoridades del Estado y de los particulares interesados en la medida susceptible de afectar a las comunidades indígenas: La disposición para adelantar la consulta, acudir a los escenarios de participación que resulten pertinentes, suministrar la información necesaria para que las comunidades puedan evaluar el impacto de la medida, ser receptivos a las inquietudes que surjan en el trámite de la

consulta, valorarlas y obrar en consecuencia. Por el contrario, se opone al postulado de la buena fe, la reticencia en participar en los escenarios de consulta, o la obstaculización a los mismos, retener o demorar información relevante, actuar con actitud refractaria hacia las inquietudes de las comunidades indígenas y en plan de confrontación con ellas”[61].

(iv) Participación externa, interpretado de dos formas: (i) en la consulta previa tanto el ejecutor o el Estado, como las comunidades, deben participar en el planteamiento y elaboración de los riesgos y afectaciones que generan el proyecto, obra o actividad a llevar a cabo, en relación con la integridad cultural, la autonomía política y organizativa y, el goce efectivo de los derechos territoriales del pueblo indígena[62]; y (ii) la participación en los beneficios que el Estado reciba de la ejecución de la medida, programa, proyecto u obra que se realice en territorio de la comunidad étnica.[63]

La consulta previa es una garantía de reconocimiento de los pueblos indígenas o tribales como sujetos de derecho susceptibles de protección del Estado, siendo imprescindible asegurar su participación libre e informada en la adopción de las decisiones que afecten directamente su subsistencia, integridad y cultura.

De lo anterior se deriva el carácter ius fundamental de la consulta, al asegurar la protección y preservación de la integridad étnica y cultural de las comunidades como grupo social diferenciado[64]; además de estar íntimamente ligado al derecho de participación de los pueblos indígenas sobre cualquier decisión que pueda afectarles directamente[65].

El derecho a la libre autodeterminación de los pueblos indígenas o tribales[66], según lo precisa la Corte en la sentencia C-293 de 2012, reiterando lo expuesto en el fallo T-973 de 2009, tiene tres ámbitos de protección, relacionados con diversos factores de interacción, así:

“En el ámbito externo, el respeto por la autonomía de las comunidades indígenas exige reconocer el derecho de tales grupos, a participar en las decisiones que los afectan. Ese reconocimiento supone que en las relaciones entre estos pueblos y el Estado, la consulta previa a las comunidades indígenas juega un rol necesario en los términos previamente enunciados, para asegurar que las aspiraciones culturales, espirituales y políticas de los pueblos indígenas sean consideradas en el ejercicio de las demás atribuciones y competencias de la Administración. (...) Un segundo ámbito de protección, también externo,

tiene que ver con la participación política de estas comunidades, en la esfera de representación nacional en el Congreso. Así, las comunidades indígenas tienen el derecho de participar en la circunscripción especial electoral prevista para ellas, de acuerdo con la Constitución. (...) Finalmente, existe un tercer ámbito de reconocimiento a la autonomía de estas comunidades que es de orden interno, y que está relacionado con las formas de autogobierno y de autodeterminación de las reglas jurídicas al interior de los pueblos indígenas. Ello supone el derecho de las comunidades, (i) a decidir su forma de gobierno (CP art. 330); (ii) el derecho a ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial (C.P. art. 246) y (iii) el pleno ejercicio del derecho de propiedad de sus resguardos y territorios, con los límites que señale la Constitución y la ley. La autonomía política y jurídica, relacionada de este modo con una autogestión territorial, actúa así como un instrumento de reafirmación de la identidad de las comunidades indígenas, las cuales, mediante el ejercicio de sus prácticas tradicionales, avanzan en el fortalecimiento de sus autoridades internas y en el auto-reconocimiento de sus espacios de expresión colectiva.”

De lo anterior se extrae que dada la identidad étnica y cultural propia de los pueblos indígenas o tribales, derivada de una cosmovisión y valores particulares[67], debe garantizárseles el derecho a la supervivencia como grupo diferenciado a través del ejercicio a la libre autodeterminación, en virtud de lo cual pueden establecer sus instituciones y autoridades, darse sus propias normas, tomar decisiones y optar por formas de desarrollo o proyectos de vida[68]. Sin que ello implique que se trate de una garantía absoluta, ya que dicha prerrogativa debe ejercerse “de conformidad con sus referentes propios y conforme con los límites que señalen la Constitución y la ley[69], pues el pluralismo y la diversidad no son ajenos a la unidad nacional[70], ni a los valores constitucionales superiores[71]”[72].

Esta Corporación fijó los presupuestos de protección a las comunidades indígenas, afrodescendientes, raizal, palenquera y gitana, determinando que la acción de tutela no pierde alcance o vigencia respecto de esa atribución constitucional cuando la obra que afecta a la población ya se ha ejecutado o cuando las decisiones que perjudican a una comunidad están implementándose[73]. En lo que se refiere a la primera, la sentencia T-129 de 2011 explicó lo siguiente:

“En el asunto resuelto en la Sentencia T-652 de 1998 la Corte procedió a estudiar el caso de la comunidad Embera-Katío del Alto Sinú, la cual alegaba que en la expedición de la licencia ambiental que autorizó la construcción de la hidroeléctrica Urrá (1) en el río Sinú se había pretermitido el trámite de consulta previa. En esta oportunidad la Corte se pronunció sobre el derecho a la integridad territorial y el dominio sobre el resguardo; el derecho fundamental a la supervivencia del pueblo indígena; a la explotación de recursos naturales en territorios indígenas y la protección que debe el Estado a la identidad e integridad étnica, cultural, social y económica de las comunidades indígenas; la consulta para el llenado y funcionamiento de la represa; el derecho al mínimo vital y cambio forzado de una economía de subsistencia de bajo impacto ambiental a una agraria de alto impacto y menor productividad; las autoridades Embera-Katío del Alto Sinú y la representación de ese pueblo y sobre las formas tradicionales de organización y cabildos. Debido a que la obra ya se había ejecutado y a las problemáticas derivadas de la misma, la Corporación resolvió ordenar la indemnización a la comunidad, la unificación del resguardo, la concertación del régimen especial en salud de los afectados, la supervivencia de la comunidad y el etnodesarrollo de los afectados, entre otras medidas.”

Posteriormente, la misma providencia, luego de insistir en el carácter fundamental del derecho a la consulta previa y de señalar algunas de las condiciones bajo las cuales ha sido protegido por parte de las sentencias de tutela, concretó que la base normativa de esa atribución se encuentra establecida en el artículo 6.1 del convenio 169 de 1989 de la OIT y relacionó sus diferentes características de la siguiente manera:

“En síntesis, todo tipo de acto, proyecto, obra, actividad o iniciativa que pretenda intervenir en territorios de comunidad étnicas, sin importar la escala de afectación, deberá desde el inicio observar las siguientes reglas: [74]

(i) La consulta previa es un derecho de naturaleza fundamental y los procesos de consulta previa de comunidades étnicas se desarrollarán conforme a este criterio orientador tanto en su proyección como implementación.

(ii) No se admiten posturas adversariales o de confrontación durante los procesos de consulta previa. Se trata de un diálogo entre iguales en medio de las diferencias.

(iii) No se admiten procedimientos que no cumplan con los requisitos esenciales de los

procesos de consulta previa, es decir, asimilar la consulta previa a meros trámites administrativos, reuniones informativas o actuaciones afines.

(iv) Es necesario establecer relaciones de comunicación efectiva basadas en el principio de buena fe, en las que se ponderen las circunstancias específicas de cada grupo y la importancia para este del territorio y sus recursos.

(v) Es obligatorio que no se fije un término único para materializar el proceso de consulta y la búsqueda del consentimiento, sino que dicho término se adopte bajo una estrategia de enfoque diferencial conforme a las particularidades del grupo étnico y sus costumbres. En especial en la etapa de factibilidad o planificación del proyecto y no en el instante previo a la ejecución del mismo.

(vi) Es obligatorio definir el procedimiento a seguir en cada proceso de consulta previa, en particular mediante un proceso pre-consultivo y/o post consultivo a realizarse de común acuerdo con la comunidad afectada y demás grupos participantes. Es decir, la participación ha de entenderse no sólo a la etapa previa del proceso, sino conforme a revisiones posteriores a corto, mediano y largo plazo.

(vii) Es obligatorio realizar un ejercicio mancomunado de ponderación de los intereses en juego y someter los derechos, alternativas propuestas e intereses de los grupos étnicos afectados únicamente a aquellas limitaciones constitucionalmente imperiosas.

(viii) Es obligatoria la búsqueda del consentimiento libre, previo e informado. Las comunidades podrán determinar la alternativa menos lesiva en aquellos casos en los cuales la intervención: (a) implique el traslado o desplazamiento de las comunidades por el proceso, la obra o la actividad; (b) esté relacionado con el almacenamiento o vertimiento de desechos tóxicos en las tierras étnicas; y/o (c) representen un alto impacto social, cultural y ambiental en una comunidad étnica, que conlleve a poner en riesgo la existencia de la misma.

(...)

(ix) Es obligatorio el control de las autoridades en materia ambiental y arqueológica, en el sentido de no expedir las licencias sin la verificación de la consulta previa y de la

aprobación de un Plan de Manejo Arqueológico conforme a la ley, so pena de no poder dar inicio a ningún tipo de obra o en aquellas que se estén ejecutando ordenar su suspensión.[75]

(x) Es obligatorio garantizar que los beneficios que conlleven la ejecución de la obra o la explotación de los recursos sean compartidos de manera equitativa. Al igual que el cumplimiento de medidas de mitigación e indemnización por los daños ocasionados.

(xi) Es obligatorio que las comunidades étnicas cuenten con el acompañamiento de la Defensoría del Pueblo y la Procuraduría General de la Nación en el proceso de consulta y búsqueda del consentimiento. Incluso de la posibilidad de contar con el apoyo de organismos internacionales cuyos mandatos estén orientados a prevenir y proteger los derechos de las comunidades étnicas de la Nación.”

Lo expuesto evidencia la importancia del derecho fundamental a la consulta previa, siendo preciso advertir que no existe una única fórmula de hacerla efectiva, porque depende de las características de la comunidad afectada, así como de los componentes de la medida. Con todo, la complejidad del mismo sí implica la adopción de todas las atribuciones establecidas en cabeza de la administración pública, de manera que el proceso logre articular a todas las personas y permita un diálogo claro, sincero, completo y fructífero[76].

Sobre el goce efectivo del derecho, esta Corporación en sentencia T-172 de 2013 concluyó:

“Con todo, las obligaciones cardinales adscritas al goce efectivo del derecho están radicadas en cabeza de las entidades públicas correspondientes en todos los niveles territoriales. Son ellas las que deben garantizar que se identifique a las comunidades que se verán afectadas por el proyecto, que se defina un cronograma concertado y sensato, que el diálogo entre las partes realmente garantice los derechos de las partes y que este se realice de manera fructífera. Lo anterior también implica el concurso proactivo y serio de las partes, especialmente de la(s) empresa(s) o sociedad(es) que ejecutarán el proyecto. Al respecto, en la sentencia T-129 de 2011 se afirmó lo siguiente:

“(iii) La consulta previa y el consentimiento no son las únicas garantías que debe prestar el Estado y los concesionarios al momento de considerar los planes de “infraestructura o

desarrollo”, ya que se debe permitir la participación y compartir de forma razonable los beneficios del proyecto con el pueblo o la comunidad étnica que sea directamente afectada. Este derecho está contemplado en el artículo 15 del Convenio 169 de 1989, en los siguientes términos:

Será deber de la contraparte, sea de naturaleza pública o privada, facilitar la identificación plena de la afectación o perjuicios, rendir informes consistentes y verídicos sobre los alcances de la obra, proyecto o labor y cumplir cabalmente con los compromisos que se hayan pactado con las comunidades. La falta a cualquiera de esas obligaciones constituirá una vulneración del derecho a la consulta previa y dará paso a que se proceda legítimamente a la suspensión o terminación –si es del caso- de los trabajos”.

3.2.3. El concepto de la afectación directa

A partir de las reglas previstas en el Convenio 169 de la OIT y la Guía de Aplicación del citado Convenio, la jurisprudencia constitucional ha identificado dos niveles de afectación en el caso de las comunidades indígenas y tribales: “de un lado, el que corresponde a la definición de aquellas políticas y programas que de alguna manera les conciernen, caso en el cual existe un derecho general de participación; y, del otro, el que se refiere al establecimiento de medidas legislativas o administrativas que los afectan directamente, evento en el que surge entonces la obligación de efectuar el proceso de consulta previa[77]”. [78]

En la sentencia C-175 de 2009 la Corte precisó: “en lo que tiene que ver con la previsión de medidas legislativas y administrativas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas y tribales, el Convenio 169 de la OIT dispone la obligación a cargo de los gobiernos de consultar a las comunidades interesadas, a través de sus autoridades representativas”. En igual sentido agregó: “es un procedimiento distinto a los escenarios generales y concretos de participación antes enunciados, reservado para aquellas medidas que tengan incidencia particular y directa en los intereses de las comunidades diferenciadas. Existe, en relación con esas medidas, un derecho fundamental de los pueblos indígenas y afrodescendientes a la consulta previa y un deber estatal correlativo de llevar a cabo los trámites idóneos y eficaces para que las comunidades tradicionales participen en el diseño de las políticas que, habida cuenta su contenido material, les conciernen.”

A partir del deber que le asiste al Gobierno de someter a consulta previa las medidas legislativas o administrativas que afecten directamente a las comunidades, esta Corporación ha señalado que este concepto es consecuencia del derecho a la autonomía de los pueblos indígenas, en virtud del cual están en libertad de decidir acerca de las prioridades en su proceso de desarrollo; y la protección de la cultura y preservación de la integridad étnica[79].

De acuerdo con la jurisprudencia, es necesario consultar a las comunidades indígenas y garantizar su participación efectiva, libre e informada, cuando se establece que la medida legislativa o administrativa genera un impacto sobre su “autonomía, diversidad e idiosincrasia”[80], en los siguientes casos:

(i) En los eventos señalados expresamente en la Constitución en los artículos 329 y 330, es decir, cuando se van a crear entidades territoriales indígenas y, la adopción de decisiones relacionadas con la explotación de recursos naturales que se encuentren en los territorios indígenas[81].

(ii) A partir de la sentencia SU-383 de 2003 esta Corte ha sostenido que debe agotarse el procedimiento de la consulta previa cuando existe una afectación directa de otros aspectos inherentes a la subsistencia de la comunidad indígena como grupo reconocible.

Recientemente, la sentencia T-800 de 2014 reiteró los criterios jurisprudenciales fijados en las sentencias T-769 de 2009, C-882 de 2011 y C-030 de 2008, concluyendo que la consulta previa “resulta obligatoria cuando las medidas que se adopten sean susceptibles de afectar específicamente a las comunidades indígenas en su calidad de tales, por lo que en cada caso concreto resulta necesario distinguir dos niveles de afectación: (i) el que se deriva de las políticas y programas que de alguna forma les conciernen y (ii) el que se desprende de las medidas legislativas o administrativas que puedan afectarlos directamente. De lo anterior, se dedujo que existían varios escenarios ante los cuales existe el deber de consulta: (i) decisiones administrativas relacionadas con proyectos de desarrollo: licencias ambientales, contratos de concesión y concesiones mineras, entre otros; (ii) presupuestos y proyectos de inversión financiados con recursos del presupuesto nacional”; (iii) decisiones sobre la prestación del servicio de educación que afectan directamente a las comunidades;

y (iii) medidas legislativas”.

A través de la jurisprudencia este Tribunal ha establecido algunos criterios para identificar la afectación directa a las comunidades indígenas por la adopción de medidas legislativas o administrativas que les conciernan. En este sentido, la sentencia C-030 de 2008 precisó que independientemente de que la alteración al estatus de la persona o la comunidad sea positiva -porque le representa un beneficio-, o negativa -al imponerle una restricción, limitación o gravamen-, debe ser objeto de consulta.

Luego, la sentencia C-175 de 2009 estableció los criterios específicos para identificar cuándo existe una vulneración directa, específica y particular sobre los grupos étnicos, derivada de una medida legislativa o administrativa, así:

“(i) ‘Para el caso particular de las medidas legislativas, la consulta se predica sólo de aquellas disposiciones legales que tengan la posibilidad de afectar directamente los intereses de las comunidades. Por lo tanto, aquellas medidas legislativas de carácter general, que afectan de forma igualmente uniforme a todos los ciudadanos, entre ellos los miembros de las comunidades tradicionales, no están prima facie sujetas al deber de consulta, excepto cuando esa normatividad general tenga previsiones expresas, comprendidas en el ámbito del Convenio 169 de la OIT, que sí interfieran esos intereses’

(ii) ‘(...) el deber de consulta previa respecto de medidas legislativas, resulta jurídicamente exigible cuando las mismas afecten directamente a las comunidades indígenas y afrodescendientes. Ello sucede cuando la materia del proyecto está relacionada con aspectos que tienen una vinculación intrínseca con la definición de la identidad étnica de dichos grupos. Por ende, no existirá deber de consulta cuando la medida legislativa no pueda predicarse de forma particular a los pueblos indígenas y tribales y, a su vez, el asunto regulado no tenga relación con aspectos que, razonable y objetivamente, conformen la identidad de la comunidad diferenciada’.

(iii) ‘(...) para acreditar la exigencia de la consulta previa, debe determinarse si la materia de la medida legislativa tiene un vínculo necesario con la definición del ethos de las comunidades indígenas y afrodescendientes. En otras palabras, el deber gubernamental consiste en identificar si los proyectos de legislación que pondrá a consideración del Congreso contienen aspectos que inciden directamente en la definición de la identidad de

las citadas comunidades indígenas y, por ende, su previa discusión se inscribe dentro del mandato de protección de la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana’.

(iv) ‘Como se señaló en la sentencia C-030/08, uno de los parámetros para identificar las medidas legislativas susceptibles de consulta es su relación con las materias reguladas por el Convenio 169 de la OIT’

(v) ‘la determinación de la gravedad de la afectación de la medida legislativa o administrativa deberá analizarse según el significado que para los pueblos indígenas y tribales afectados tengan los bienes o prácticas sociales interferidas. En otras palabras, el mandato de reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural, implica que el análisis del impacto de las medidas se realice a partir de las características específicas de la comunidad y la comprensión que éstas tienen del contenido material de dichas políticas’.

(vi) ‘aquellas políticas que en razón de su contenido o implicaciones interfieran directamente con los intereses de las comunidades diferenciadas’.”

Adicionalmente, la sentencia C-063 de 2010 explicó que hay una afectación directa cuando una norma regula principalmente una o varias comunidades indígenas o cuando a pesar de ser general tiene mayores efectos sobre ellos que sobre el resto de la población, siendo en estos casos obligatorio agotar el procedimiento de la consulta previa.

Recientemente la sentencia T-462A de 2014 decidió la acción de tutela interpuesta por las comunidades indígenas Honduras y Cerro Tijeras, Cauca, a quienes les fueron vulnerados sus derechos fundamentales a propósito de la construcción de la represa Salvajina, que funciona desde hace 25 años. Por lo que se ordenó la consulta previa para formular diagnósticos de impacto, identificar aquellas afectaciones que fueron imprevisibles a la hora de ejecutar la obra y establecer las medidas de compensación, corrección y mitigación más acordes con los intereses de las comunidades.

4.2. Derecho de propiedad colectiva de las comunidades indígenas

El derecho de propiedad colectiva sobre los territorios indígenas reviste gran importancia para la supervivencia de la cultura y valores espirituales de los pueblos aborígenes. Esta circunstancia fue reconocida por el Convenio 169 de 1989 de la OIT, al establecer el deber

de los Estados de promover la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de esos pueblos, respetando su identidad social, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones. Además, le impuso ayudar a los pueblos interesados a eliminar las diferencias socioeconómicas que puedan existir entre los miembros indígenas y de la comunidad nacional, de una manera compatible con sus aspiraciones y formas de vida.

El reconocimiento de la estrecha relación que existe entre los indígenas y el territorio por ser el espacio donde desarrollan su identidad cultural y social, fue abordado por el Convenio 169 en la parte II, haciendo referencia a “Tierras”[82].

En este sentido, la Asamblea Nacional Constituyente en la ponencia sobre “Los Derechos de los Grupos Étnicos” al enunciar los derechos fundamentales étnicos, resaltó la importancia del derecho al territorio, al afirmar que sin este, las garantías superiores a la identidad cultural y la autonomía son un formalismo, ya que las comunidades indígenas necesitan el territorio en el cual se han asentado, para desarrollar su cultura².

En igual sentido, esta Corte desde sus inicios, en la sentencia T-188 de 1993 destacó “la especial relación de las comunidades indígenas con los territorios que ocupan, no sólo por ser éstos su principal medio de subsistencia sino además porque constituyen un elemento integrante de la cosmovisión y la religiosidad de los pueblos aborígenes.”

Sobre la base de lo anterior, este Tribunal ha ratificado el carácter de derecho fundamental de la propiedad colectiva de los grupos étnicos sobre sus territorios, atendiendo el significado que tiene para las comunidades indígenas, como elemento que constituye un aspecto esencial de su cosmovisión y religiosidad y es la base de su subsistencia[83], así no esté incluido dentro del catálogo de garantías previsto en el capítulo 1 del título II de la Constitución.

En la sentencia T-380 de 1993, afirmó que el reconocimiento del derecho a la propiedad colectiva de los resguardos, previsto en el artículo 329[84] de la Carta Política a favor de las comunidades indígenas, comprende a la propiedad colectiva de éstas sobre los recursos naturales no renovables existentes en su territorio; y en la T-525 de 1998, reiteró que la propiedad colectiva de los territorios indígenas reviste gran importancia dentro del esquema constitucional, por cuanto es esencial para asegurar la supervivencia y preservación de la cultura y valores espirituales de los pueblos.

Luego, en la sentencia T-634 de 1999, acerca de la propiedad colectiva, la Corte concluyó que la Carta Política constitucionalizó los resguardos, otorgándoles el carácter de propiedad colectiva inajenable, imprescriptible e inembargable y que más allá del concepto de “tierra” involucra el de “cultura”, al considerar que las comunidades indígenas “enriquecen la cultura nacional, e inclusive a la cultura universal porque es sabido que los indígenas tienen como eje de la vida a la naturaleza, luego ésta, al no ser una simple mercancía, adquiere una connotación indispensable para un equilibrio ecológico que permita que sobreviva la humanidad. Ese solidarismo indígena alrededor de la naturaleza se contrapone al economicismo liberal del modelo de Estado liberal que proyectaron las revoluciones burguesas. No es justo, en ningún momento, que se afecte, o lo que es peor, se hunda esa cultura indígena, que como toda cultura está ubicada en la superestructura de las sociedades, y en ocasiones cumple funciones que el propio Estado descuida o está incapacitado para dar. Es decir, cuando se afecta la cultura indígena se afecta un derecho colectivo.”

Esta Corporación en la sentencia SU-380 de 2003 mantuvo el enfoque de derecho fundamental sobre la propiedad colectiva de las comunidades indígenas y últimamente ha avanzado al ligarlo a la noción de posesión ancestral, desvinculándolo de los requisitos de titulación exigidos por la regulación civil al interpretarlo como una protección derivada del bloque de constitucionalidad -el Convenio 169 de 1989 de la OIT- en concordancia con los artículos 58, 63 y 329 de la Carta Política, tal y como lo señalan las sentencias T-617 de 2010, T-235, T-693 y T-698 de 2011.

Asimismo, en la sentencia T-693 de 2011 esta Corporación sostuvo que la noción de territorio que tienen los pueblos indígenas es diferente a la visión de la cultura occidental, porque “Para estos pueblos, la tierra está íntimamente ligada a su existencia y supervivencia desde el punto de vista religioso, político, social y económico; no constituye un objeto de dominio sino un elemento del ecosistema con el que interactúan. Por ello, para muchos pueblos indígenas y tribales la propiedad de la tierra no recae sobre un solo individuo, sino sobre todo el grupo, de modo que adquiere un carácter colectivo [85](...).

Esta visión contrasta con la de la cultura occidental, para la que el territorio es un concepto que gira en torno al espacio físico poblado en el que la sociedad se relaciona, coopera y compite entre sí, y sobre el que se ejerce dominio. Otro aspecto que vale la pena resaltar, se relaciona con la propiedad, ya que, contrario al concepto comunal que manejan las

comunidades étnicas, la cultura occidental mantiene una visión privatista de la propiedad.”

En ese orden de ideas, el territorio indígena está asociado a una noción de ancestralidad y no al reconocimiento estatal a través de los títulos de dominio, ya que para los pueblos étnicos la tierra significa el espacio donde desarrollan su identidad cultural. Así lo sostuvo este Tribunal en sentencia T-698 de 2011, al concluir que: “en relación con el contenido del concepto de territorio de una comunidad étnica conducen a anticipar que un título de propiedad no descarta, de suyo, la realización de la consulta. Sencillamente, porque la eventual afectación que puede sufrir una comunidad étnica como consecuencia de una medida administrativa que avala la ejecución de un proyecto u obra sobre determinado predio no depende de que el mismo pueda clasificarse o no como territorio ancestral. Para efectos de la consulta, lo relevante es que la intervención avalada por la administración tenga la capacidad de generar la afectación directa a la que tantas veces se ha hecho referencia. Y esa afectación puede ocurrir cuando la medida interviene en una zona con presencia de minorías étnicas, independientemente de quién aparezca como su propietario.”

Recientemente las sentencias T-849 de 2014[86] y T-461 de 2014 reiteraron la idea de ancestralidad, la conservación y protección del territorio propendiendo por el uso y goce efectivo de las tierras de acuerdo con su tradición, cultura y cosmovisión[87].

En conclusión, la protección a la propiedad colectiva y al territorio ancestral se derivan de la relación espiritual y ancestral que existe con la tierra, por ser el lugar donde desarrollan sus actividades culturales, religiosas y económicas de acuerdo con sus tradiciones y costumbres, de modo que el concepto va más allá del título de propiedad, y en ese orden de ideas, es deber del Estado proteger a las comunidades indígenas frente a las perturbaciones que puedan sufrir en el ejercicio de sus actividades en lo que han considerado su territorio ancestral, y adoptar todas las medidas pertinentes para evitar que conductas de particulares puedan afectar sus derechos, siendo el mecanismo idóneo la consulta previa.

3.4. La línea negra, territorio ancestral de los grupos indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta.

En el norte del país, en la Sierra Nevada de Santa Marta se encuentran asentados cuatro grupos indígenas descendientes de los Tayrona: los Kogi, Wiwas, Arhuacos y Kankuamos, quienes desde tiempos inmemorables han hecho presencia en ese territorio sagrado, cumpliendo la misión que les fue encargada: cuidar la naturaleza.

Según la Ley de Origen, las sociedades fueron ubicadas en diferentes lugares del mundo en un espacio territorial, para desarrollar su cultura, el conocimiento, las relaciones sociales, culturales y espirituales, fundamento de la permanencia del pueblo Arhuaco[88].

Para los Arhuacos el territorio es el lugar “donde se origina la vida, se fundamentan y se sustentan las vivencias y convivencias, los pensamientos, las sabidurías, y la existencia de todos los seres. Es en donde se interpreta la Ley de origen para lograr la armonía y el equilibrio entre los humanos, la naturaleza y el Universo en general. El territorio es la Madre Tierra y contiene la vida. El territorio es permanencia de la identidad cultural, nos permite el desarrollo entre lo material y lo espiritual. Lo espiritual es un tejido de relaciones vitales de todos los seres con el territorio y con él se sostiene el equilibrio de dichas relaciones” y es por ello que deben hacer los pagos y saneamientos tradicionales para compensar el beneficio que reciben de la madre naturaleza.

En el mismo sentido, es preciso citar a Danilo Villafañe, indígena Arhuaco[89], quien afirma que el concepto de territorio en las comunidades de la Sierra Nevada de Santa Marta, debe incorporar siete categorías a partir de las cuales se legitima la pertenencia ancestral y el derecho a la posesión que exigen sus pueblos indígenas y que pueden exponerse así:

“1. Su Historia, basada en la continuidad de la realización de las funciones asignadas, y en la que el pasado ordena, por tradición, el equilibrio necesario. En este sentido, una visión progresista que deslegitime o menosprecie la importancia de ese pasado no tiene cabida en su pensamiento cultural. El Sé es la ley tradicional para el orden territorial decidido en los ezwama.

2. La interdependencia entre el territorio y la cultura tradicional indígena.

3. Las prácticas sagradas, basadas en la Ley ancestral que garantizan el mantenimiento del equilibrio.

4. La vida, tanto del territorio como de todo lo que él contiene por la Ley del sé.
5. El orden, dado por la compleja estructura articulada por los sitios, conocimientos y prácticas determinadas por la Ley tradicional.
6. La responsabilidad y competencia ejercida al interior y hacia el exterior por las autoridades indígenas –mamos, makú y mayores–.
7. Lo ancestral, pues el territorio y su conocimiento están inmersos en la cultura de los cuatro pueblos de la Sierra Nevada desde los orígenes míticos.”.

De acuerdo con la intervención presentada en sede de revisión por la Organización Nacional Indígena de Colombia -ONIC-, históricamente el pueblo Arhuaco ha habitado las estribaciones de la sierra nevada de Santa Marta, con una extensión territorial de 196.480 hectáreas aproximadamente, esta etnia se encuentra distribuida en 46 Comunidades ubicadas en 4 zonas así: “EN LA ZONA CENTRAL: Nabusímake, Makogeka, Kurakatá, Sirkariu, PeñímHke, Tin:tgeka y A’tikímHke. EN LA ZONA ORIENTAL: Gun Aruwtl-n, ArwámHke, Jwano’swi, Sogrome, Tima’.ka, Séynimin, ISHrwa, Jugaka, Birwa, Jukwínchukwa, Seyu’mHke, Seykún, Umttriwa, Ikarwa. EN LA ZONA SUROCCIDENTAL: Karwa, SimHnHrwa, Jewrwa, ZíkHta, Bunjwageka, MamaruwHn, Gúnychukwa, Ga’mHke, KwánimHn, Gunarínchukwa, Jimain, Businchama. EN LA ZONA OCCIDENTAL: Serankwa, Jéchikin, Windiwameyna, Dwanawimakú, Sínguney, BunkwímHke, BunkwámHke, Ko’chukwa, SéynHrwa, MamHnkHna, Gunmaku, kankawarwa, KHntínHrwa.”

Según los antecedentes históricos, en el año 1916, los Arhuacos y demás pueblos indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta le solicitaron al Gobierno enviar maestros para enseñar lectura, escritura y matemáticas, por lo que enviaron a misioneros Capuchinos del centro del país, que atropellaron la cultura indígena, e intentaron prohibirla a los niños, estableciendo un régimen de terror en un internado. También establecieron trabajos obligatorios, cambiaron el nombre de Nabusímake a San Sebastián de Rabego y prohibían realizar los pagamentos y demás ceremonias propias de la cultura, hasta que en 1982 lo indígenas expulsaron a los misioneros, quienes efectivamente abandonaron la sierra un año después[90].

Previo a la salida de los capuchinos y luego de años de resistencia por parte de los

Arhuacos, en 1972 fue reestructurada “la organización interna con el establecimiento de la figura de autoridad cabildo gobernador, que resultó una forma de organización adecuada para resistir y defender los valores y tierras indígenas”; y en 1974 el INCORA estableció el resguardo indígena Arhuaco.

Por su parte, el Ministerio del Interior profirió la Resolución Núm. 02 de 4 de enero de 1973 por medio de la cual creó la línea negra, modificada posteriormente mediante Resolución Núm. 837 de 1995, expresó que “los pueblos de la Sierra Nevada de Santa Marta han delimitado de manera ancestral su territorio mediante una serie de líneas virtuales radiales denominadas “negras” o “de Origen” que unen accidentes geográficos o hitos, considerados por ellos como sagrados, con el cerro Gonawindúa -Pico Bolívar-, de tal manera que sus pagos en estos hitos garantizan el flujo de fuerzas espirituales entre ellos y el centro de la Sierra, trabajo espiritual que a su vez garantiza el equilibrio de la Sierra Nevada y del mundo en general. [L]as concepciones radial y perimetral del territorio indígena de la Sierra Nevada de Santa Marta corresponde a dos modelos de categorías diferentes: la primera, a la cosmovisión indígena, de delimitación espiritual, dinámica y holística del territorio: la segunda, a la concepción de área geométrica y estática occidental para definición de un territorio.”

En relación con la importancia de la denominada línea negra y el reconocimiento por parte del Estado, la Corte en sentencia T-634 de 1999, al decidir la acción de tutela promovida por los indígenas Arhuacos contra el acto administrativo que autorizó la creación del municipio de Pueblo Bello, Cesar, trajo a colación el concepto de territorio ancestral que en su momento aportó la Comunidad étnica, en el siguiente sentido:

“Cuando los indígenas hablamos del territorio tradicional, hacemos referencia al espacio donde se recrea la cultura, a la integridad de relaciones sociales, culturales y espirituales que constituyen la base de nuestra permanencia como etnia. Razón por la cual las luchas indígenas se han enfocado a recuperar el territorio y tener un control, fundamentado en la ocupación ancestral de los espacios, porque nos representa la garantía para seguir existiendo como pueblos, porque de aquí depende la vida, cultura y toda clase de conocimiento.

(...)

La Línea Negra (sei-shizha), constituye nuestro Territorio Tradicional y sagrado para las comunidades indígenas existentes en la Sierra Nevada de Santa Marta. Esta línea demarca los lugares de vital importancia para hacer los pagos y ritos ceremoniales, que tienen importancia fundamental en el equilibrio ecológico y ambiental de la naturaleza, para de esta manera evitar sequías, terremotos, inundaciones, enfermedades etc (...).[91]

Ahora bien, sobre la obligación de proteger el ejercicio de los derechos de las comunidades indígenas en el área de la línea negra, la Corte en la sentencia T-547 de 2010 resolvió la acción de tutela interpuesta por los cuatro pueblos indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta en contra del Ministerio del Interior, el Ministerio de Ambiente y la Empresa Puerto Brisa S.A, con ocasión de la licencia ambiental que le fue otorgada a esta última, para la construcción del 'Puerto Multipropósito de Brisa', Departamento de la Guajira, en un área que según los demandantes, formaba parte de su territorio ancestral. En esa oportunidad se determinó que hubo vulneración de los derechos fundamentales y ordenó realizar la consulta previa. Este Tribunal expresó lo siguiente:

"El proyecto del Puerto Multipropósito de Brisa se desarrolla en una zona que es considerada por las comunidades indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta como parte de su territorio ancestral y en la cual se realizan prácticas culturales por dichas comunidades.

[E]s claro que el proyecto puede afectar de manera directa a las comunidades indígenas porque incide sobre su entorno territorial y sobre lugares en los cuales realizan prácticas culturales, razón por la cual, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, en principio, debía haberse surtido un proceso de consulta, para establecer, en primer lugar, las razones por las cuales la misma se consideraba procedente, así como los términos y las condiciones en que debía realizarse, para, luego, establecido que la consulta era necesaria, proceder a consultar formalmente con las comunidades el impacto que para las mismas podría derivarse de la ejecución del proyecto (...) es posible que la ejecución del Proyecto de Puerto Multipropósito Brisa afecte a las comunidades indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta, es preciso llevar a cabo un proceso de consulta, no ya sobre la licencia ambiental, sino en relación con tales impactos y la manera de evitarlos o mitigarlos".[92]

En igual sentido, la sentencia T-849 de 2014 decidió la acción de tutela formulada por la

comunidad indígena Arhuaca contra el Ministerio del Interior, la Corporación Autónoma Regional del Cesar, Agregados del Cesar EU, y Pavimentos y Construcciones El Dorado LTDA Ingenieros Contratistas, quienes celebraron un contrato de concesión dentro del territorio que comprende la línea negra y sin haberse agotado el procedimiento de la consulta previa. En dicha providencia, la Corte protegió los derechos fundamentales y ordenó agotar el procedimiento de la consulta previa. Al respecto concluyó:

“De las fuentes analizadas, llega la Sala a la conclusión que la “Línea Negra” es una zona de especial protección, debido al valor espiritual y cultural que tiene para los cuatro pueblos indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta, por esa razón, esas comunidades deben ser consultadas cuando un proyecto pueda afectar el ejercicio de sus derechos, no hacerlo constituiría un incumplimiento del Estado colombiano de sus obligaciones y una vulneración de los derechos de la comunidad.

Así las cosas, esta Sala de Revisión reitera los pronunciamientos realizados por la Corte Constitucional en las sentencias SU-510 de 1998, T-634 de 1999, C-891 de 2002, T-349 de 2008, T-547 de 2010, T-513 de 2012 y T-993 de 2012, relativos al deber objetivo de cuidado del Estado colombiano para la protección del territorio de las comunidades que habitan la Sierra Nevada de Santa Marta y las consideraciones relativas a la protección de la línea negra.

A su vez, la Sala considera importante señalar que, aunque la influencia cultural de los pueblos que habitan la Sierra Nevada de Santa Marta desborda el territorio delimitado por la Resolución 02 de 1973, proferida por el entonces Ministerio de Gobierno y la Resolución 837 de 1995, expedida por el Ministerio del Interior, se ha logrado un consenso y un pacto social por medio del cual el Estado colombiano se compromete a proteger y a garantizar el respeto del territorio que comprende el espacio geo-referencial denominado la línea negra.

De esta manera, el compromiso asumido por el Estado colombiano no se limita a la garantía de protección de algunos sitios al interior de la denominada línea negra, sino a la totalidad del territorio que incorpora la misma toda vez que corresponde a un espacio geo-referencial delimitado por un polígono que recrea un espacio determinado y no un conjunto de lugares sin conexión alguna en lugares aislados. De hecho, hay que diferenciar

de los lugares que fungen como límites de la línea negra y los sitios, también sagrados, al interior de la misma[93].

Sin embargo, ello no implica que no puedan ejecutarse contratos de concesión al interior del territorio denominado la línea negra, sino que sobre los mismos debe informarse a las comunidades indígenas que habitan la Sierra Nevada de Santa Marta, con el propósito de agotar el derecho a la consulta previa.

Por ello, no es suficiente con que el Ministerio del Interior profiera una certificación que indique que en el área en la cual se efectuará un determinado proyecto no hay presencia de comunidades indígenas, cuando el territorio que se va a afectar se encuentra dentro del espacio geo-referencial delimitado por la línea negra, toda vez que el espacio especialmente protegido no lo es, con ocasión a la cercanía de la comunidad, sino por el carácter sagrado que involucra su totalidad.

Como consecuencia de lo expuesto, todos los actos administrativos por medio de los cuales se haya concedido permiso para la explotación al interior de la línea negra, con posterioridad a la ratificación del convenio 169 de la OIT por Colombia[94], sin realizar el procedimiento de consulta previa, generan la vulneración de los derechos fundamentales de las comunidades indígenas que habitan la Sierra Nevada de Santa Marta. Por ello, aunque tales actos administrativos se presuman legales, son susceptibles de perder sus atributos de ejecutividad y ejecutoriedad, toda vez que su expedición es contraria a la Constitución.”

Finalmente, la sentencia en comento le ordenó al Ministerio del Interior, que en las solicitudes de certificación de presencia de comunidades indígenas al interior del territorio denominado la línea negra, advierta de la obligatoriedad de realizar el proceso de consulta previa, debido a la protección especial que requiere ese espacio geo-referencial de conformidad con las consideraciones expuestas por este Tribunal.

De lo expuesto se concluye que esta Corte, de manera reiterada, ha protegido el territorio ancestral de las comunidades indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta delimitado por la línea negra, en razón a que la estrecha relación que tienen con la tierra, entre otras cosas, es la que permite la continuidad de su cultura, tradiciones y costumbres, es decir que, garantiza su pervivencia como grupo étnico y por tanto, deben ser consultados sobre

las intervenciones que los afecten.

3.5. Caso concreto

3.5.1. Procedencia de la acción de tutela

El artículo 86 de la Constitución establece que a través de la acción de tutela, toda persona puede reclamar ante los jueces “en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe en su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública”, o de los particulares en los casos previstos en la ley y en la Carta Política. Sin embargo, el amparo solamente procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

3.5.1.1. La inmediatez

La acción de tutela está diseñada para obtener la protección inmediata de los derechos fundamentales, por lo que en principio quien acuda a este mecanismo debe hacerlo dentro de un término justo y razonable[95]. Sin embargo, la jurisprudencia de esta Corporación ha sostenido que este no es un parámetro absoluto, sino que debe verificarse el ejercicio oportuno del instrumento en cada situación particular.

Para establecer la razonabilidad del tiempo transcurrido entre el desconocimiento de la atribución fundamental y el reclamo ante el juez constitucional, la jurisprudencia ha establecido un conjunto de pasos o espacios de justificación. Al respecto, la sentencia T-743 de 2008 precisó que debe determinarse: (i) si existe un motivo válido para la inactividad de los accionantes; (ii) si la inactividad justificada vulnera el núcleo esencial de los derechos de terceros afectados con la decisión; (iii) si existe un nexo causal entre el ejercicio tardío de la acción y la vulneración de los derechos fundamentales del interesado;[96] (iv) si el fundamento de la acción de tutela surgió después de acaecida la actuación violatoria de los derechos fundamentales, de cualquier forma en un plazo no muy alejado de la fecha de interposición.[97]

A partir del desarrollo de las nociones mencionadas el juez de tutela puede hallar la proporcionalidad entre el medio judicial utilizado por el demandante y el fin perseguido, para de esta manera determinar la procedencia de la acción de tutela como mecanismo idóneo para la protección del derecho fundamental reclamado.

Adicionalmente, la jurisprudencia también ha señalado que puede resultar admisible que transcurra un extenso espacio de tiempo entre el hecho que generó la vulneración y la presentación de la acción de tutela siempre que se presenten dos circunstancias[98]: (i) cuando se demuestra que la afectación es permanente en el tiempo y (ii) cuando se pueda establecer que “la especial situación de aquella persona a quien se le han vulnerado sus derechos fundamentales, convierte en desproporcionado el hecho de adjudicarle la carga de acudir a un juez; por ejemplo el estado de indefensión, interdicción, abandono, minoría de edad, incapacidad física, entre otros”.[99]

En conclusión, el límite para interponer la solicitud de protección no es el transcurso de un periodo determinado, sino que la afectación de derechos fundamentales que se pretende remediar sea actual[100].

En el asunto sub examine, las entidades demandadas afirman que la presente tutela no cumple con el requisito de la inmediatez porque desde que se instaló la base militar y las antenas de comunicaciones y datos en el cerro El Alguacil han transcurrido aproximadamente 50 años, sin que los afectados hubieren acudido al mecanismo constitucional de protección.

Con base en lo anterior, podría afirmarse que en efecto ha transcurrido un lapso más que razonable desde la construcción de la base militar y la instalación de las diferentes antenas y, por tanto, no hay inmediatez en el ejercicio de la acción.

Sin embargo, la situación planteada por la actora no solo es actual sino que se ha agravado con el paso del tiempo.

1. Los Arhuacos son descendientes de los indígenas Tayrona, quienes desde tiempos inmemorables han habitado la Sierra Nevada de Santa Marta y el área denominada la línea negra.

2. Durante la época de la colonia hasta la década de los ochenta del siglo XX los indígenas de la Sierra Nevada fueron despojados de su territorio ancestral y anulados como personas y grupo étnico. Específicamente durante la Misión Capuchina enviada por el Gobierno Nacional para impartir educación a los miembros de las comunidades Koguis, Wiwas, Kankuamos y Arhuacos, fueron prohibidas todas las prácticas culturales y espirituales que hacían parte de su modo de vida y cosmovisión. En su lugar se impuso la cultura occidental y las creencias religiosas católicas.

3. En 1964 el municipio de Valledupar le entregó al entonces Ministerio de Guerra, la titularidad del predio El Alguacil, mediante escritura pública registrada en 1978.

4. Inicialmente el Ministerio de Guerra realizó una construcción pequeña de 145 mts² que albergaba a los militares que cuidaban el cerro y las antenas instaladas.

5. Desde 1982 paulatinamente se han instalado antenas y torres de datos, telefonía, aeronavegación, radio, televisión, así como tendidos, redes, estaciones y subestaciones eléctricas en el predio El Alguacil por parte de entidades públicas y privadas.

6. En el 2006 el Ejército Nacional protocolizó la construcción del Batallón de Artillería Núm. 2 La Popa, cuya área construida se amplió a otras dos edificaciones de 195 mts² y 64 mts², cada una.

7. En el 2012 el Ejército Nacional inició los estudios de medición para el cerramiento de la base militar del cerro El Alguacil” determinándose que el área a cercar era de 283 mts².

8. Desde entonces se inició el cercamiento de la base militar con alambre de púa, sacos terreros y cinco garitas, además del puesto de control de ingreso a la base con una vara y guardia militar.

Ahora bien, de acuerdo con la información suministrada en sede de revisión por la Confederación Indígena Tayrona, durante mucho tiempo no se les permitió el ingreso al cerro El Alguacil, sino hasta el año 2004 cuando después de múltiples protestas[101] de la comunidad Arhuaca hubo un acuerdo entre los Mamus y el Coronel de la Primera Brigada en relación con el acceso de los líderes mayores para el desarrollo de los rituales y ceremonias

de pago al Padre Inarwa.

Sin embargo, en la actualidad deben tramitar permisos para poder ingresar al predio, impidiendo el desarrollo de las actividades tradicionales y espirituales de manera colectiva, generando enfrentamientos entre los indígenas y militares.

La comunidad indígena Arhuaca desde el año 2012 ha realizado movilizaciones masivas y solicitado la mediación de la Organización de las Naciones Unidas -ONU-, con el fin de llamar la atención del Gobierno Nacional y lograr el reconocimiento y protección de su territorio ancestral, desatacando la importancia de realizar las actividades de pago por las semillas y los alimentos al Padre Inarwa en el cerro El Alguacil, el cual se ha deteriorado con la presencia militar y de las empresas privadas que han instalado antenas y torres de comunicación, datos, telefonía, energía, radio, televisión y aeronavegación en ese lugar.[102]

Como resultado de las movilizaciones indígenas se programó para el 27 de septiembre de 2013 un encuentro entre el Gobierno Nacional y los líderes indígenas con el acompañamiento de organismos internacionales para lograr un diálogo de entendimiento entre las partes, destacando la importancia del cerro El Alguacil para los Arhuacos sin que a la fecha haya resultados.[103]

Durante el 2014 se presentaron enfrentamientos entre los indígenas y el Ejército Nacional por el ingreso al territorio ancestral sagrado El Alguacil y a consecuencia de ello, la comunidad Arhuaca denunció ante los medios de comunicación el abuso de la fuerza por parte de los militares.[104]

De lo anterior se concluye que si bien es cierto la controversia por el territorio ancestral del cerro El Alguacil en la Sierra Nevada de Santa Marta viene presentándose desde 1965 cuando le fue entregada la titularidad del predio al Ministerio de Guerra, también lo es que la disputa se ha agravado con el paso del tiempo debido a (i) la paulatina construcción de las edificaciones pertenecientes al Batallón de Artillería Núm. 2 La Popa; (ii) la instalación de torres y antenas de comunicaciones, datos, telefonía fija, televisión, radio, aeronavegación y electricidad por parte de distintas entidades públicas y privadas; (iii) el cerramiento al lugar hasta el punto de impedir el libre acceso; y (iv) la imposición de trámites para obtener permiso para realizar ceremonias de pago, hasta el punto que los indígenas Arhuacos

no pueden ingresar a su territorio de forma libre, evidenciando que los hechos que motivaron la acción de tutela iniciaron en el pasado pero es ahora cuando revisten tal gravedad que los Arhuacos tuvieron que acudir a este mecanismo judicial.

Adicionalmente no puede pasarse por alto el hecho de que ante la reciente imposibilidad de acceso al cerro El Alguacil, la comunidad indígena ha realizado protestas, manifestaciones y denuncias, también ha acudido al Gobierno Nacional y a distintos organismos internacionales con el fin de que se plantee una solución a su problemática sin que hasta la fecha exista una alternativa de solución.

En esas condiciones, la Sala concluye que la afectación no solo ha sido continúa sino que se ha agravado con el paso del tiempo hasta cuando la comunidad decidió instaurar el amparo con el fin de que sea el juez constitucional el que garantice las actividades de pagamento en el cerro El Alguacil, asegurando así la pervivencia de la comunidad como cultura y en general del universo porque en su cosmovisión, con las ceremonias de agradecimiento al Padre Inarwa se asegura el equilibrio de la naturaleza y se cumple con la ley de origen encomendada por la madre tierra.

Por lo anterior, esta Corporación concluye que en el asunto sub examine se cumple con el requisito de la inmediatez.[105]

3.5.1.2. La subsidiariedad

En desarrollo del artículo 86 superior, acerca de la procedencia de la solicitud de amparo, el Decreto Estatutario 2591 de 1991, en el artículo 6° establece que la acción de tutela no procederá “Cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. La existencia de dichos medios será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentre el solicitante”.

De lo anterior se infiere que, “por su propia teleología, la acción de tutela reviste un carácter extraordinario, que antepone el respeto por las jurisdicciones ordinarias y especiales, así como por sus propias acciones, procedimientos, instancias y recursos[106], a fin de que la acción constitucional no usurpe las competencias de otras autoridades jurisdiccionales. (Sentencia T-304 de 2009)”[107].

En consecuencia, la acción de tutela es una herramienta judicial de naturaleza subsidiaria, no obstante, aun existiendo otro mecanismo de defensa dentro del ordenamiento jurídico esta Corporación ha admitido que la acción de tutela procede[108] cuando se acredita que el medio ordinario no es lo suficientemente idóneo para otorgar un amparo integral, o no es expedito para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable[109].

Lo anterior significa que debe analizarse en cada caso la eficacia real de los recursos con que cuenta el demandante[110], para lo cual se deben valorar los efectos de su utilización en el sub-examine respecto a la protección que eventualmente pudiese otorgar el juez constitucional y con base en ello determinar la procedencia del amparo[111], que podría ser: (i) como mecanismo transitorio con el propósito de evitar un perjuicio irremediable, o (ii) como mecanismo principal cuando, a pesar de existir otro medio de defensa judicial, el mismo no es idóneo, ni eficaz, para la defensa de los derechos fundamentales amenazados o conculcados[112].

En cuanto a la primera excepción, esta Corporación ha aclarado que la simple existencia de otro mecanismo judicial no es razón suficiente para que se declare improcedente la acción, ya que es necesario determinar si el mismo es eficaz para proteger de forma efectiva y oportuna los derechos fundamentales invocados y si ofrece una solución clara, definitiva y precisa al asunto bajo análisis[113].

Respecto a la segunda situación excepcional esta Corte ha indicado que se puede interponer la acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, que se configura “cuando el peligro que se cierne sobre el derecho fundamental es de tal magnitud que afecta con inminencia y de manera grave su subsistencia, requiriendo por tanto de medidas impostergables que lo neutralicen.”[114]

De otro lado, a pesar de la informalidad del amparo constitucional, el demandante que aduzca la existencia de un perjuicio irremediable debe demostrar los factores a partir de los cuales deriva dicho perjuicio, toda vez que la simple afirmación de su acaecimiento no es suficiente para justificar la procedencia de la acción de tutela. En tal sentido, en la sentencia T-436 de 2007, dijo que es necesario que quien alega el daño irreparable explique en que consiste, las condiciones que lo enfrentan al mismo y además debe aportar elemento mínimos de juicio que le permitan al juez verificarlo.

Debe destacarse, finalmente, que esta Corporación ha reconocido la importancia del deber del juez constitucional de verificar el efectivo cumplimiento de los requisitos de procedibilidad de la acción de tutela, toda vez que sólo de esta forma es posible lograr la protección de los derechos fundamentales sin desarticular el sistema de competencias y procedimientos del Estado constitucional de derecho.

En el asunto sub examine, las entidades solicitaron declarar la improcedencia de la solicitud de amparo porque los demandantes tienen a su alcance otros medios de defensa judiciales, a través de las acciones correspondientes ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo -los medios de control de nulidad, nulidad y restablecimiento del derecho y de reparación directa-, o también pueden reclamar la protección de los derechos colectivos en ejercicio de la acción popular.

Sin embargo, dada la naturaleza de las pretensiones, es decir, la solicitud de que se protejan los derechos fundamentales a la consulta previa y la diversidad étnica y cultural, los medios ordinarios que ofrece el ordenamiento jurídico no constituyen herramientas que aseguren de manera eficaz la vigencia de los derechos fundamentales de la comunidad Arhuaca, razón por la cual le corresponde al Juez de Tutela adoptar las medidas necesarias y suficientes para su salvaguardia.

Acerca de la subsidiariedad de la acción, la sentencia T-462A de 2014, efectuó el siguiente análisis:

“En el caso concreto las pretensiones de las comunidades indígenas pueden resumirse en dos: la primera se dirige al cumplimiento de los compromisos adquiridos por diversas entidades como medidas de compensación por los impactos generados con la construcción de la represa; y la segunda se concreta en la exigencia de la realización de una consulta para identificar los impactos y adelantar las acciones necesarias con el fin de detener las vulneraciones a otros derechos fundamentales, como la salud y la educación.

En tercer lugar, podría considerarse la eventual procedencia de una acción popular frente a las pretensiones relacionadas con derechos colectivos; sin embargo, la discusión que presenta la acción de tutela se enfoca en derechos que no son de esta naturaleza, como el de educación y salud. Además, debe recordarse que los derechos de los pueblos indígenas y tribales a la protección de su identidad étnica y cultural, al territorio y a la consulta previa,

entre otros, aunque se caracterizan por su titularidad grupal, no son derechos colectivos y en todo caso son derechos fundamentales. A diferencia de lo sostenido por varias de las entidades demandadas y vinculadas, e incluso los jueces de instancia, la Sala considera entonces que la acción popular tiene un alcance insuficiente para garantizar la protección de los derechos fundamentales que se alegan vulnerados.

En cuanto a la segunda pretensión, dado que (i) no existió un trámite de licencia ambiental en estricto sentido para la ejecución de las obras de la central hidroeléctrica, (ii) tampoco hubo estudios previos de impacto social y económico sobre las comunidades asentadas en el área del proyecto, y (iii) en el marco del trámite del Plan de Manejo Ambiental que se adelanta actualmente, las comunidades no han obtenido solución a esta pretensión todavía, el único medio de defensa judicial para exigir una consulta es a través de la acción de tutela. En sustento de ello, la Corte Constitucional en su jurisprudencia ha sido clara en establecer que la acción de tutela es el mecanismo judicial idóneo para proteger los derechos fundamentales de las comunidades indígenas debido a su condición de vulnerabilidad y su especial protección constitucional (T-698 de 2011).

Con base en lo anterior, esta Sala considera que la acción de tutela es procedente para proteger los derechos fundamentales invocados por los resguardos indígenas de Honduras y Cerro Tijeras.”

Con base en lo expuesto, la acción de tutela es el mecanismo idóneo para reclamar la protección de los derechos fundamentales invocados por la actora, porque está de por medio la salvaguarda de garantías de orden superior como la diversidad étnica y cultural de la Nación, la autonomía y autodeterminación de los pueblos indígenas y la consulta previa; derechos que no son susceptibles de protección en sede de lo contencioso administrativo, cuyas acciones tienen finalidades diferentes a la que se persigue a través del presente amparo.

3.5.1.3. Legitimación por activa en tutela.

Los artículos 86 Superior y 10º del Decreto Estatutario 2591 de 1991 disponen que toda persona puede interponer la acción de tutela para invocar la protección de sus derechos fundamentales cuando los considere amenazados o vulnerados. Asimismo, el artículo 10º en mención establece cuatro posibilidades para la interposición de la acción de amparo, a

saber: (i) directamente por la persona afectada; (ii) por intermedio de un representante; (iii) mediante agente oficioso, cuando el interesado no se encuentre en condiciones de promover su propia defensa; (iv) por el defensor del pueblo; o (v) por los personeros municipales.

Esta Corporación se ha referido en varias ocasiones a la agencia oficiosa, precisando su fundamento constitucional, elementos normativos, finalidad y efectos[115]. Conforme a esa jurisprudencia, la agencia oficiosa se encuentra prevista en el inciso 2º del artículo 10º del Decreto Estatutario 2951 de 1991, y se configura cuando una persona, sin ser apoderado judicial, ni el titular de los derechos fundamentales afectados o amenazados, presenta la demanda a nombre de otro individuo que está ausente o impedido para hacerlo directamente[116].

Este Tribunal ha señalado que la posibilidad de agenciar derechos ajenos ante el juez de tutela constituye un claro desarrollo de los principios constitucionales de eficacia de los derechos constitucionales, prevalencia del derecho sustancial y solidaridad social, así como una faceta del derecho fundamental de acceso a la administración de justicia[117]. De igual forma, ha precisado que, a pesar de ser innegable la relevancia constitucional de la agencia oficiosa esto no significa que su ejercicio no pueda ser sometido a una regulación específica.

En este contexto ha afirmado que “el ejercicio de la agencia oficiosa solo opera cuando el titular del derecho no puede asumir su defensa personalmente (o mediante apoderado), debido a que es la persona que considera amenazado un derecho fundamental quien decide, de manera autónoma y libre, la forma en que persigue la protección de sus derechos constitucionales, y determina la necesidad de acudir ante la jurisdicción. Estas consideraciones se desprenden directamente de la autonomía de la persona (artículo 16, C.P.) y del respeto por la dignidad humana (artículo 1º, C.P.), fundamento y fin de los derechos humanos”[118].

Bajo esta línea argumentativa la jurisprudencia constitucional ha enunciado los siguientes elementos normativos que la informan: “En primer lugar, debe manifestarse que [se] actúa en tal calidad. En segundo lugar, debe encontrarse acreditado en el expediente que la persona a favor de quien [se] actúa no puede interponer por sí misma el amparo que se

invoca –puede ser por medio de una prueba sumaria-. En tercer lugar, no es necesario que exista una relación jurídica entre el agente y el agenciado o agenciados titulares de los derechos fundamentales. En cuarto lugar, cuando ello sea posible, debe existir una ratificación oportuna por parte del agenciado respecto de los hechos o las pretensiones que se consignan en el escrito de tutela”.

Ahora bien, respecto al primer requisito, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que la manifestación del agente oficioso de actuar como tal, puede ser expresa o deducirse del escrito de tutela. Así las cosas, se configura una agencia oficiosa tácita cuando de los hechos narrados por el accionante se deduce la calidad en la que actúa. Así lo sostuvo en sentencia T-312 de 2009, al indicar: “En relación con el primer requisito, la Corte ha señalado que la manifestación del agente oficioso de actuar como tal, puede ser expresa o puede inferirse del escrito de tutela. En ese orden de ideas, se considera válida la agencia oficiosa tácita, cuando del relato de los hechos del escrito de tutela se deduzca inequívocamente tal circunstancia, toda vez que, en atención al principio de informalidad de la acción, el requisito no puede entenderse como una exigencia de incorporar formas sacramentales en la petición de amparo[119]. Lo relevante para la aceptación de la agencia tácita, es que sea claro que la persona que interpone la acción no es un ‘falso agente’[120] o, en otras palabras, alguien que carece de interés y suplanta la voluntad del directo interesado en la protección de sus derechos constitucionales”. Por último, es preciso señalar que la jurisprudencia constitucional ha aclarado que los dos primeros elementos normativos arriba mencionados son constitutivos o esenciales de la agencia oficiosa, mientras que el tercero y el cuarto son accesorios.

En el asunto sub examine, la Fundación Misión Colombia interpuso la acción de tutela en representación de la Comunidad Indígena Arhuaca, en calidad de agente oficiosa y posteriormente, fue ratificada a través del escrito de coadyuvancia presentado por los Mamos Mayores, Mamos y Autoridades Indígenas pertenecientes a la Confederación Indígena Tayrona y demás indígenas de la etnia Arhuaca de la Sierra Nevada de Santa Marta[121].

Esta Corporación ha insistido en que la procedibilidad de las acciones de tutela instauradas por minorías étnicas y, en general, por sujetos en situación de vulnerabilidad sea analizada con criterios ponderados, lo cual se justifica en la necesidad de que estos grupos puedan

acudir, sin obstáculos, a los mecanismos judiciales diseñados para la protección de sus derechos en las mismas condiciones en que pueden hacerlo otros sectores de la población. Al respecto, este Tribunal en la sentencia T-576 de 2014, sostuvo:

“Esa posibilidad, que, se insiste, busca facilitar el acceso a la justicia de poblaciones tradicionalmente alejadas del aparato judicial por razones de aislamiento geográfico, postración económica o por su diversidad cultural, tiene plena justificación en el marco de un Estado comprensivo de la diversidad étnica y de las especificidades que caracterizan a aquellos grupos que se identifican como culturalmente distintos de la sociedad dominante.

Las concesiones que la Corte Constitucional ha hecho en este sentido –al flexibilizar las condiciones de procedibilidad de las tutelas promovidas para salvaguardar derechos fundamentales de las colectividades étnicamente diferenciadas- responden también a la necesidad de asegurar que las autoridades cumplan con sus compromisos frente a la protección de las poblaciones indígenas y tribales. Recuérdese, al respecto, que el Convenio 169 de la OIT, incorporado al ordenamiento interno por la Ley 21 de 1991, compromete a sus Estados parte a proteger a los pueblos interesados contra la violación de sus derechos y a asegurar que puedan iniciar procedimientos legales, “personalmente o por conducto de sus organismos representativos”, para asegurar que tales derechos sean respetados.[122]

Declarar improcedente una tutela promovida por estas colectividades con el pretexto de que su solicitud incumple ciertos requisitos procedimentales que por cuenta de su condición de vulnerabilidad no le son exigibles resulta, en ese contexto, inaceptable, como lo han indicado los precedentes jurisprudenciales citados en la parte motiva de esta providencia.[123] Por esos motivos, la Sala revocará las decisiones de instancia, en tanto declararon improcedente la solicitud de amparo, y abordará, a continuación, su estudio de fondo”.

Atendiendo al criterio expuesto y en consideración a la condición especial que ostenta la comunidad indígena Arhuaca, la Sala dará por satisfecho el requisito de la legitimación en la causa por activa y en consecuencia, abordará el estudio de fondo.

3.5.2. Solución al problema jurídico

El cerro El Alguacil se encuentra ubicado en jurisdicción del municipio de Pueblo Bello, Cesar, consta de una extensión de 5 hectáreas que corresponden a 56.000 mts², está a 3.100 mts sobre el nivel del mar. Limita al norte con la Sierra Nevada de Santa Marta, al occidente con las minas del Iracal, al oriente y al sur limita con los municipios de Valledupar y Pueblo Bello, respectivamente.

De acuerdo con las pruebas incorporadas en el expediente, el título de dominio del cerro El Alguacil inicialmente fue cedido por la Corona Española al Ministerio de Guerra el 6 de marzo de 1718, registrado y protocolizado en la escritura pública Núm. 7 de 2 de marzo de 1934[124]. Posteriormente, el municipio de Valledupar le entregó al Ministerio de Guerra la titularidad del predio, según la escritura pública Núm. 104 de 25 de febrero de 1965 de la Notaría Única de Valledupar, registrado el 13 de enero de 1978 en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos.

Desde 1978 la Nación ha figurado como propietaria del bien de acuerdo con el registro de instrumentos públicos, por lo que de conformidad con las normas civiles, es el titular de los derechos reales del bien. Es más, de acuerdo con la información proporcionada por el Ejército Nacional, después de la entrega por el municipio de Valledupar, los militares hicieron presencia en el lugar con una construcción de 145 mts² que albergaba a los militares que cuidaban el cerro. Y en los años subsiguientes amplió la construcción del Batallón de Artillería La Popa Núm. 2 y autorizó la instalación de torres y antenas de comunicaciones -datos, telefonía, televisión, radio, aeronavegación- y subestaciones eléctricas que poco a poco se extendieron por el lugar.

Las instalaciones en este lugar constan de una “red trunkalizada UHF, la red VHF y los sistemas de microondas para garantizar el comando y control en el norte del país”; están colocados “los repetidores utilizados por cada una de las unidades tácticas para garantizar el comando y control a nivel de pelotón y compañía en las diferentes jurisdicciones, garantizando el mando y control con los diferentes equipos de comunicación VHF y UHF, Repetidores, VRC980, VRC1465, en VHF y en UHF la red trunkalizada, como son los radios Motorola XTS4250 – XTS5000 – radios base XTL 5000 y los repetidores Quantar dos metros.”; y actualmente en el cerro hay infraestructura instalada perteneciente a las Fuerzas Militares, Policía Nacional, Colombia Telecomunicaciones y RTVC, “cada una de estas torres posee numerosas antenas y equipos para la transmisión de la señal y comunicación

en toda Colombia, este cerro como ya fue mencionado anteriormente es el punto más estratégico en las telecomunicaciones en el norte del país por su altura y punto de vista con los demás repetidores de la jurisdicción.”

Según pudo constatar, las Fuerzas Militares, Policía Nacional, Colombia Telecomunicaciones, la RTVC, Electricaribe S.A. E.S.P., Telecaribe y la Empresa Comunicaciones del Cesar y Guajira S.A.S. cuentan con la autorización para instalar equipos, antenas y redes eléctricas, según el “Informe de Ocupación de Frecuencias en la Ubicación Cerro Alguacil” realizado por la Agencia Nacional del Espectro.

Aunado a lo anterior, el 10 de febrero de 2012 el Ejército Nacional inició el estudio de medición para el cerramiento de la base militar del cerro, determinándose que el área a cercar era de 283 mts². Con el paso del tiempo, se ha instalado poco a poco una cerca hacia el norte, luego se construyeron muros, garitas y se establecieron sacos terreros; además, existe un control de seguridad para el acceso a la base militar conformado por una vara para el control de ingreso donde se encuentran los centinelas.

Del recuento se concluye que en la actualidad el cerro El Alguacil no solo está completamente ocupado por las edificaciones militares y las antenas, torres y subestaciones instaladas, sino que el acceso al predio está limitado, de manera que en este momento los indígenas no pueden subir a Inarwa para efectuar sus ceremonias y ritos de pago, situación que afecta la cultura Arhuaca.

Es innegable que la presencia de las comunidades indígenas Arhuaca, Kogi, Kankuamo y Wiwas en el área de la Sierra Nevada de Santa Marta es anterior a la época en que se efectuaron las titulaciones a nombre del Ministerio de Guerra -hoy Ministerio de Defensa Nacional-. Sin embargo por la fuerte discriminación de la que históricamente han sido objeto, fueron relegados a lo más alto de la sierra donde prefirieron refugiarse para sobrevivir hasta cuando la expulsión de los misioneros Capuchinos y la vigencia de la Carta Política de 1991 les otorgó la seguridad y protección para regresar y permanecer en su territorio ancestral.

Desde tiempos inmemorables los indígenas han estado asentados en el lugar, que en su cosmovisión es el corazón del mundo y explican su presencia en la Sierra Nevada de Santa Marta no como algo casual, sino como parte de la misión que les fue encomendada por la

Madre en la “ley de origen” y que consiste en mantener el equilibrio de la naturaleza, de ahí la importancia de sus prácticas tradicionales, ceremonias y rituales[125].

En la cosmovisión de la comunidad Arhuaca los indígenas fueron ubicados en los territorios sagrados para velar por el equilibrio y la sostenibilidad de la vida en el universo, correspondiéndoles contribuir al mantenimiento de la naturaleza a través de los pagos espirituales para compensar los elementos y en general, la materia que toman de la tierra para suplir sus necesidades de supervivencia, es decir, compensan en el mundo espiritual el desgaste material.[126] Según sus propias palabras: “nos corresponde abastecer el mundo espiritual de los no indígenas de los elementos necesarios, los cuales al expresarse en materia facilitan la vida de ellos, es como echarles comida espiritualmente para que materialmente siempre puedan vivir, darles petróleo en espíritu, oro en espíritu, agua en espíritu, fertilidad de la tierra en espíritu”. [127]

Para ellos el territorio ancestral es el “espacio concebido desde nuestros orígenes como Madre, es el mapa tradicional que contiene los códigos fundamentales para la vida y permanencia cultural, donde se recrea de manera permanente los principios y preceptos que estructuran la identidad de los pueblos indígenas en la Sierra Nevada de Santa Marta”[128] y se refiere “a una intrincada cartografía multidimensional (que incluye dimensiones geográficas, del subsuelo y celestes; de cortas y largas distancias; así como conexiones materiales y espirituales) ordenada simbólicamente según una estructura cosmogónica de descendencia, donde los cerros menores son hijos de cerros mayores, y todos comparten un ancestro común: Gonawindua (pico Simón Bolívar de la Sierra Nevada de Santa Marta)”[129].

En ese orden, los límites del territorio ancestral Arhuaco van más allá de los títulos de propiedad y de la delimitación efectuada por la Nación al crear el resguardo indígena, porque sus fronteras están delimitadas por la línea negra, entendidas como un concepto colectivo de reivindicación territorial de los cuatro grupos indígenas que habitan la Sierra Nevada de Santa Marta, que separa mundos culturales distintos, el de ellos y el del resto. Sus límites están conformados por hitos sagrados en los cuales se hacen pagos que permiten construir el sentido de su territorio y están conectados con el cerro Gonawindúa.[130]

En este contexto, la Sierra Nevada de Santa Marta y sus zonas aledañas como el cerro El Alguacil, ancestralmente han sido territorio indígena y su importancia para la comunidad Arhuaca radica en la conexión espiritual que existe entre ellos y esa tierra, porque es en ese lugar donde ellos desarrollan su cultura a través de las ceremonias y ritos de pagamento, que en su cosmovisión representa el cumplimiento de su misión en el mundo.

En el cerro El Alguacil los Arhuacos tienen al padre Inarwa que es el “gobierno de los alimentos”, a quien le deben la germinación de las semillas y la producción de los alimentos para la población de la Sierra Nevada, siendo necesaria la compensación a través de rituales, bailes y conversación directa con los padres y madres para obtener la correspondencia entre lo físico y lo espiritual. Al padre Inarwa se le encomienda todo aquello que signifique la preservación de la humanidad, siendo el cerro el único y exclusivo espacio asignado para mantener la comunicación entre el hombre indígena y la naturaleza.

Según la intervención realizada por el Instituto Colombiano de Antropología e Historia de Colombia, el cerro Inarwa en la cosmovisión Arhuaca es una de las montañas menores, tutelada por Gonawindúa. Además, es uno de los sitios sagrados donde se ofrecen “pagamentos” a las montañas y a los ríos con el fin de mantener un equilibrio con la naturaleza y puntualmente agradecer por los alimentos.

De acuerdo con el Insumo Técnico para la conceptualización de daños y medidas de reparación cultural en el caso Puerto Brisa, municipio de Dibulla, con el fin de ajustar la Resolución ANLA Núm. 218 de 2011, realizado por Daniel Varela y María Teresa Salcedo, “Los pueblos indígenas organizan su sociedad, parentesco y sistema político, siguiendo la interpretación de esta misma estructura. De acuerdo con esta línea de argumentación, el concepto “territorio ancestral” no hace referencia a un espacio de posesión directa de un bien específico sino a una geografía simbólica”, la cual tiene tres niveles:

“A nivel microcósmico Inrwa Tama hace parte de un ecosistema conformado por un sistema de cadenas montañosas y es tutelado por un cerro mayor. A su vez, este cerro tutela otros cerros y por tanto es considerado dentro de la cosmovisión indígena de los Pueblos de la SNSM como un “Ezuama”, un cerro mítico ancestral. Estos Ezuamas (mayores y menores) configuran la interconexión de todo el “territorio ancestral” y se articulan entre

sí por medio de una “línea negra”. Tal interconexión permite un equilibrio simbólico reflejado en el entorno y la organización social, política y territorial de los pueblos indígenas.

A su vez, esta interconexión se comunica en un nivel superior macrocósmico. En estos cerros, los mamos ejercen el gobierno sobre el territorio que comprende cadenas montañosas menores con cuerpos de agua y ecosistemas diversos. De este modo, Inarwa Tama cumple una función dentro de la organización política y social de los indígenas arhuacos, pues en ellos la autoridad participa en el ejercicio de jurisdicción territorial.

Finalmente, a nivel supracósmico, el cerro Inarwa Tama es concebido como un entorno en el que los indígenas, al considerarse como los “hermanos mayores”, tienen una función de velar por la protección del sistema de la Sierra del que hace parte. De esta manera, la importancia del cerro mencionado se evidencia en el conjunto de prácticas, saberes y en la visión de los pueblos de la SNSM. Dicho cerro permite a los indígenas cumplir su papel regulador y protector, de acuerdo con su cosmovisión., y por ende, de reproducir su cultura y formas de vida”.

En consecuencia, el cerro Inarwa -cerro menor- está dentro de la línea negra de delimitación periférica de los sitios sagrados, y a pesar de no estar señalado expresamente como un hito periférico o punto sagrado, cumple un papel dentro de la geografía simbólica en la cosmovisión de los Arhuacos, Kogis, Wiwas y Kankuamos al formar parte del sistema de la Sierra Nevada de Santa Marta, territorio ancestral de estas comunidades, constituyéndose en el único lugar donde pueden agradecer por los alimentos recibidos y así mantener la correlación entre lo espiritual y lo material.

Inarwa es el lugar de pago donde a través de un ritual con bailes en el que se establece una conversación directa entre los Mamos y los padres y madres se agradece por los alimentos y, su importancia radica en que hace posible que las condiciones biofísicas del suelo sean óptimas, haya germinación de las semillas, reproducción de elementos en función de lograr su conservación, reproducción de las semillas y, en general, el aseguramiento de la alimentación propia de la población indígena de la sierra.

Acerca de la presencia indígena en el cerro El Alguacil, el certificado expedido por la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior confirma que en ese lugar, ubicado

en la jurisdicción del municipio de Pueblo Bello, hay registro de la comunidad indígena Arhuaca de la Sierra Nevada de Santa Marta.

Asimismo, la constancia expedida por el Incoder certifica que el mencionado predio se encuentra dentro del área delimitada del resguardo indígena Arhuaco de la Sierra Nevada, constituido mediante Resolución Núm. 0113 de 4 de diciembre de 1974 del INCORA; y está dentro del área delimitada por la línea negra, según los hitos periféricos contenidos en el artículo 1° de la Resolución Núm. 837 del 28 de agosto de 1995 del Ministerio del Interior.

Lo expuesto significa que el cerro El Alguacil hace parte del territorio ancestral de los grupos étnicos de la Sierra Nevada, quienes históricamente han hecho presencia en el lugar e identifican dicha zona como sitio de pago espiritual al padre Inarwa con lo cual aseguran la existencia humana y la pervivencia de su cultura. Además, el predio está dentro de la delimitación del resguardo indígena Arhuaco y de la línea negra, ambos protegidos por el Estado.

A continuación se incorpora el mapa de delimitación geográfica de la línea negra, el resguardo indígena Arhuaco o Ijke y el cerro El Alguacil, suministrado por el Incoder.

Convenciones:

1. Trazo grueso: demarcación de la línea negra.
2. Trazos medianos y relleno punteado: territorio indígena delimitado como Resguardo Arhuaco; y
3. Punto señalado al interior del territorio del resguardo: cerro El Alguacil.

De acuerdo con el mapa y la señalización del resguardo indígena Arhuaco, la línea negra y el cerro El Alguacil o Inarwa -en lengua Ijke-, se tiene que este último hace parte del territorio ancestral de los indígenas Arhuacos, independientemente de que el título real de dominio esté formalmente en manos del Ministerio de Defensa Nacional.

Esto evidencia que desde 1965, época en que llegaron los militares al lugar hasta nuestros días, cuando está construido el Batallón de Artillería La Popa Núm. 2, instaladas varias antenas de comunicaciones y subestaciones eléctricas y, cerrado el acceso al cerro El Alguacil, paulatinamente se le ha impedido a los indígenas de la Sierra Nevada - principalmente a los Arhuacos- ejercer de manera continua sus prácticas tradicionales, pagamentos y rituales en un lugar sagrado dentro de su territorio ancestral, afectando la pervivencia de sus valores, espiritualidad, cultura e identidad como grupo diferenciado, es más, en su cosmovisión se ha puesto bajo amenaza la existencia de la humanidad al no poder acudir al padre Inarwa para retribuirle los alimentos recibidos y encomendarle sus necesidades de subsistencia.

Tal circunstancia desconoce los compromisos adquiridos por el Estado en relación con la protección de los pueblos indígenas y tribales, vulnerando los derechos a la integridad cultural de los grupos étnicos, a la diversidad étnica y cultural, a la libre autodeterminación de los grupos étnicos y a la participación de ellos en las decisiones que los afectan, a través del mecanismo de la consulta.[131]

A pesar de que para la época en que el Ministerio de Defensa Nacional y el Ejército Nacional se asentaron en el cerro El Alguacil o Inarwa, ubicado en el territorio ancestral indígena, no existía la obligación de consultar a la comunidad la ejecución de la primera obra ni la instalación de algunas antenas o torres de comunicaciones y subestaciones eléctricas; lo cierto es que las actuaciones -construcciones, instalaciones y cerramiento- posteriores ocurridas en vigencia del Acuerdo 169 de la OIT y de la Constitución si debieron ser objeto de deliberación con las comunidades, sumatoria que ha derivado en la afectación continúa del grupo étnico en su existencia, cultura y costumbres, porque son las que en la práctica les han impedido ingresar al lugar para realizar los rituales y ceremonias de pago ya explicadas.

Por si lo anterior fuera poco, debe precisarse que tal y como se advirtió en el subcapítulo denominado “procedencia de la acción” -inmediatez-, la vulneración de los derechos fundamentales de la comunidad étnica es actual y ha sido progresiva en relación con el acceso al territorio ancestral, en tanto que después de 50 años persiste la resistencia indígena a perder las tierras que consideran sagradas y de vital importancia para mantener el equilibrio material y simbólico en el planeta.

En el asunto sub examine se encuentra demostrada la afectación directa a la comunidad indígena Arhuaca en la medida que se les ha impedido acceder libremente al territorio ancestral para realizar las prácticas culturales que garantizan su existencia como grupo diferenciado, razón por la cual el Ministerio de Defensa Nacional y el Ejército Nacional debieron haberles consultado la realización de la construcción de las edificaciones que conforman el Batallón de Artillería La Popa 2, así como la instalación de antenas, torres y subestaciones de comunicaciones, datos, telefonía, televisión, radio y aeronavegación; y las barreras de acceso y cerramiento.

Sin embargo, teniendo en cuenta que dichas edificaciones y estructuras se han instalado progresivamente desde 1965 hasta el 2014, y que la demolición de la construcción y retiro de las antenas, torres y subestaciones podrían poner en riesgo la seguridad nacional porque el cerro es un punto estratégico dentro de la geografía de la Nación y desde ese lugar se coordinan operaciones militares de gran importancia para la seguridad nacional, se monitorea el espacio aéreo, se transmite señal de televisión, radio, telefonía y datos para el norte de Colombia y, se conduce energía eléctrica para la región caribe, no hay lugar a ordenar la suspensión de actividades, ya que el impacto y eventual daño que podría causarse no solo se extendería a los habitantes del área de influencia -los departamentos de Magdalena, Cesar, Guajira y Atlántico- sino a la población del país, siendo necesario proteger y asegurar el interés general.

No obstante lo anterior, el concepto de seguridad nacional debe armonizarse con el ejercicio y respeto de los derechos fundamentales de los habitantes del territorio colombiano, como en este caso, las comunidades indígenas que habitan la Sierra Nevada de Santa Marta, para quienes el territorio ancestral es parte de su cultura y su existencia, de modo que su acceso y permanencia en el cerro El Alguacil también debe ser garantizada. Lo mismo ocurre con las instalaciones de tendidos eléctricos, antenas y torres de comunicaciones que si bien es cierto aseguran que la región caribe del país acceda a los servicios públicos de telefonía, radio, televisión, electricidad y datos, entre otros; también lo es que deben ser concertados con los grupos étnicos que se ven afectados.

Por lo tanto, es necesario que entre el Ministerio de Defensa Nacional, el Ejército Nacional a la Décima Brigada Blindada de Valledupar, el Batallón de Artillería La Popa Núm. 2, la Policía Nacional, a la RTVC, Movistar, Electricaribe S.A. E.S.P., el Canal Regional de Televisión

Caribe LTDA. -Telecaribe- y la Empresa de Comunicaciones del Cesar y Guajira S.A.S., se construya un diálogo concertado y continuo encaminado a considerar la posibilidad futura de que en un plazo razonable, se lleve a cabo el retiro definitivo de la base militar, los tendidos eléctricos, las antenas y torres de comunicaciones.

La Sala observa que se está en presencia de un daño continuado, en lo que se refiere específicamente a la falta de consulta previa para adelantar las obras de construcción del Batallón de Artillería La Popa Núm. 2 y la instalación de las antenas, torres y subestaciones de comunicaciones y electricidad dentro del territorio ancestral de los Arhuacos, el cual ha sido reconocido por el Gobierno Nacional a través de las Resoluciones Núms. 078 de 1988 y 837 de 1995, que confirmó la creación del resguardo indígena Arhuaco y delimitó la línea negra, respectivamente.

Teniendo en cuenta la imposibilidad de que en este momento se agote la consulta previa porque las obras de construcción e instalación ya culminaron y por razones de seguridad nacional y continuidad en la prestación de los servicios no hay lugar a suspender su funcionamiento, esta Corporación estima que en este caso hay lugar a adoptar medidas de reparación para proteger ahora y en lo sucesivo los derechos de la comunidad indígena Arhuaca, teniendo en cuenta que la lesión de la integridad cultural de la comunidad continua vigente en la medida que el uso de su territorio ancestral continúa siendo afectado y limitado.[132]

En ese orden de ideas, es preciso reiterar la jurisprudencia de este Tribunal[133] en relación con las medidas de reparación al impacto cultural como modalidad de daño inmaterial[134] a la comunidad Arhuaca, ya que la construcción del Batallón, la instalación de antenas, torres y subestaciones y el cerramiento del cerro Inarwa lesionaron valores muy significativos del pueblo indígena, sus creencias, valores, tradiciones y ha causado perturbación espiritual entre sus miembros, al punto que relacionan las catástrofes naturales con la imposibilidad de realizar los pagamentos por los alimentos que toman de la tierra. Adicionalmente, la presencia y permanencia de extraños en su territorio ha amenazado su cultura y cohesión.[135]

Así las cosas, el daño inmaterial causado debe ser reparado[136] con acciones y otras medidas que contribuyan a la preservación y recuperación de los valores culturales de la

comunidad indígena Arhuaca, a través de: (i) la adopción de medidas que aseguren que la comunidad pueda continuar haciendo uso del cerro El Alguacil; (ii) la determinación en conjunto con la comunidad de los impactos específicos causados con la base militar y las antenas, torres y subestaciones en términos culturales, espirituales, etc.; (iii) el diseño conjunto, de conformidad con los usos y costumbres de la comunidad y su derecho consuetudinario, de acciones y medidas de compensación y reparación que permitan mitigar el daño causado y contribuyan a recuperar y conservar sus prácticas, costumbres y tradiciones.[137]

El proceso que se adelante con la comunidad indígena Arhuaca además de atender las reglas establecidas por esta Corte a través de su jurisprudencia, deberá atender las siguientes directrices:

(i) Presentar fórmulas de concertación o acuerdo con la comunidad en las que se tenga en cuenta las manifestaciones sobre la conformidad o inconformidad con la construcción del Batallón, la instalación de antenas, torres y subestaciones eléctricas y el cerramiento del cerro Inarwa; así como las observaciones relacionadas con la afectación de su identidad étnica, cultural, social y económica.[138]

(ii) El proceso deberá regirse por el respeto mutuo y la buena fe entre las comunidades y las autoridades y empresas públicas y privadas. Para el efecto, la comunidad deberá contar con información suficiente y oportuna, creando así un ambiente de confianza y claridad en el proceso.[139]

(iii) Construir un diálogo continuo entre las partes encaminado a considerar la posibilidad futura de que en un plazo razonable, se lleve a cabo el retiro definitivo de la base militar, los tendidos eléctricos, las antenas y torres de comunicaciones.

(iv) Finalmente, se debe llegar a compromisos idóneos para mitigar, corregir, reparar o compensar los impactos culturales generados en detrimento de la comunidad indígena, teniendo en cuenta que la construcción del Batallón de Artillería La Popa Núm. 2 junto con su cerramiento y las antenas, torres y subestaciones de comunicaciones y electricidad se encuentran instaladas y en funcionamiento.[140]

De otra parte, en relación con la protección del territorio indígena del resguardo Arhuaco, es

preciso destacar que en virtud del Plan de Salvaguarda para asegurar la supervivencia física y cultural de las comunidades indígenas, establecido por la Corte en el Auto 004 de 2009, la Dirección General de Ordenamiento Ambiental Territorial y la Coordinación del Sistema Nacional Ambiental expidió la Resolución Núm. 1294 de 12 de agosto de 2014, por la cual el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, certificó el cumplimiento de la función ecológica de la propiedad con el fin de obtener la “ampliación del resguardo indígena Arhuaco, localizado en los municipios de El Copey, Pueblo Bello y Valledupar en el Departamento del Cesar, y Aracataca y Fundación en el Departamento de Magdalena”.

Lo anterior significa que existen avances en el reconocimiento y recuperación del territorio ancestral de las comunidades indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta, correspondiéndole al Gobierno Nacional agilizar los trámites necesarios para que se materialice la ampliación del resguardo Arhuaco.

En esas condiciones, la Sala Sexta de Revisión revocará la sentencia proferida por la Subsección “B” de la Sección Segunda del Consejo de Estado el 23 de abril de 2015, que negó el amparo del derecho fundamental a la consulta previa, con el fin de dejar en firme la providencia de 19 de febrero de 2015 del Tribunal Administrativo del Cesar, que protegió los derechos fundamentales y se protegerán los derechos fundamentales a la integridad cultural, autonomía y autodeterminación de los pueblos indígenas, al territorio y a la participación de la comunidad indígena Arhuaca de la Sierra Nevada de Santa Marta.

En consecuencia, se ordenará a la Nación, al Ministerio de Defensa Nacional, al Ejército Nacional, a la Décima Brigada Blindada de Valledupar y al Batallón de Artillería La Popa Núm. 2, garantizar a la comunidad indígena Arhuaca el libre acceso al cerro El Alguacil a fin de que puedan realizar las ceremonias de pago de acuerdo con sus costumbres ancestrales.

Asimismo, se ordenará a la Nación, al Ministerio de Defensa Nacional, al Ejército Nacional, a la Décima Brigada Blindada de Valledupar y al Batallón de Artillería La Popa Núm. 2, a la Policía Nacional, a la RTVC, a Movistar, a Electricaribe S.A. E.S.P., al Canal Regional de Televisión Caribe LTDA. -Telecaribe- y a la Empresa de Comunicaciones del Cesar y Guajira S.A.S. realizar el proceso consultivo con los representantes de la comunidad, orientado a determinar el impacto cultural causado por la construcción y operación de la base militar y

la instalación de las antenas, torres de comunicaciones, datos, telefonía, televisión, radio, aeronavegación y las subestaciones eléctricas en el cerro El Alguacil, estableciendo medidas de compensación. Además, deberán incluir un diálogo concertado y continuo entre las partes, encaminado a considerar la posibilidad futura de que en un plazo razonable, se lleve a cabo el retiro definitivo de la base militar, los tendidos eléctricos, las antenas y torres de comunicaciones. Lo anterior conforme a los lineamientos expuestos en el presente fallo.

Sin embargo, para efectos de dar cumplimiento a lo anterior no habrá lugar a suspender ninguna de las actividades militares ni de comunicaciones, radio, televisión, energía, telefonía, aeronavegación que se realizan en el cerro El Alguacil.

Asimismo, se instará a la Defensoría del Pueblo y a la Procuraduría General de la Nación con el fin de que apoyen y vigilen el cumplimiento del presente fallo, para lo cual deberán rendir los respectivos informes ante el juez de primera instancia.

Finalmente, se ordenará a la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior para que en lo sucesivo, informe y aclare a las empresas interesadas en desarrollar proyectos, obras, actividades o iniciativas que intervengan o tengan la potencialidad de afectar territorios habitados por comunidades étnicas, sobre la obligatoriedad de agotar el procedimiento de la consulta previa, en los términos de la jurisprudencia constitucional; y a la Dirección de Asuntos Étnicos del Incodec y al Gobierno Nacional avanzar en el proceso de titulación de tierras para la ampliación del Resguardo Arhuaco localizado en los municipios de El Copey, Pueblo Bello y Valledupar en el Departamento del Cesar, y Aracataca y Fundación en el Departamento de Magdalena.

VI. 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 Política,

RESUELVE:

PRIMERO: LEVANTAR la suspensión de términos decretada mediante providencia de 21 de septiembre de 2015.

SEGUNDO: REVOCAR la sentencia proferida por la Subsección “B” de la Sección Segunda del Consejo de Estado, que mediante fallo de 23 de abril de 2015, revocó el amparo del derecho a la consulta previa de la comunidad indígena Arhuaca y en lo demás, confirmó la decisión del Tribunal Administrativo del Cesar.

TERCERO.- CONCEDER la protección de los derechos fundamentales a la integridad cultural, autonomía y autodeterminación de los pueblos indígenas, al territorio y a la participación mediante procesos consultivos de la etnia Arhuaca de la Sierra Nevada de Santa Marta.

CUARTO: ORDENAR a la Nación, Ministerio de Defensa Nacional, Ejército Nacional, la Décima Brigada Blindada de Valledupar y al Batallón de Artillería La Popa Núm. 2, garantizar a la comunidad indígena Arhuaca el libre acceso al cerro El Alguacil a fin de que puedan realizar las ceremonias de pagamento de acuerdo con sus costumbres ancestrales.

QUINTO: ORDENAR a la Nación, Ministerio de Defensa Nacional, Ejército Nacional, la Décima Brigada Blindada de Valledupar y al Batallón de Artillería La Popa Núm. 2, a la Policía Nacional, a la RTVC, a Movistar, a Electricaribe S.A. E.S.P., al Canal Regional de Televisión Caribe LTDA. -Telecaribe- y a la Empresa de Comunicaciones del Cesar y Guajira S.A.S., realizar el proceso consultivo con los representantes de la comunidad indígena Arhuaca, orientado a determinar el impacto cultural causado por la construcción y operación de la base militar y la instalación de las antenas, torres de comunicaciones, datos, telefonía, televisión, radio, aeronavegación y las estaciones y subestaciones eléctricas en el cerro El Alguacil, a fin de establecer las medidas de compensación, que deberán incluir un diálogo concertado y continuo entre las partes, encaminado a considerar la posibilidad futura de que en un plazo razonable, se lleve a cabo el retiro definitivo de la base militar, los tendidos, estaciones y subestaciones eléctricas, las antenas y torres de comunicaciones. Lo anterior conforme a los lineamientos expuestos en el presente fallo.

El proceso consultivo deberá ser coordinado por la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior y deberá agotarse en el término que acuerden las partes.

Para efectos de dar cumplimiento a lo anterior no habrá lugar a suspender ninguna de las actividades militares ni de comunicaciones, radio, televisión, energía, telefonía, aeronavegación que se realizan en el cerro El Alguacil.

SEXTO: INSTAR a la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior para que en lo sucesivo, informe y aclare a las empresas interesadas en desarrollar proyectos, obras, actividades o iniciativas que intervengan o tengan la potencialidad de afectar territorios habitados por comunidades étnicas, sobre la obligatoriedad de agotar el procedimiento de la consulta previa, en los términos de la jurisprudencia constitucional.

SÉPTIMO: INSTAR a la Dirección de Asuntos Étnicos del Incoder y al Gobierno Nacional avanzar en el proceso de titulación de tierras para la ampliación del Resguardo Arhuaco localizado en los municipios de El Copey, Pueblo Bello y Valledupar en el Departamento del Cesar, y Aracataca y Fundación en el Departamento de Magdalena.

OCTAVO: INSTAR a la Defensoría del Pueblo y a la Procuraduría General de la Nación que apoyen, acompañen y vigilen el cumplimiento del presente fallo, con el fin de garantizar los derechos protegidos y el cumplimiento de las órdenes adoptadas, para lo cual deberán rendir los respectivos informes ante el juez de primera instancia.

NOVENO: LÍBRESE por Secretaría General la comunicación prevista en el Artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

DÉCIMO: Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese y cúmplase.

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

Con salvamento de voto

ALBERTO ROJAS RÍOS

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaría General

[1] Nombre del cerro en lengua iku.

[2] Matrícula inmobiliaria Núm. 190-2088 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Valledupar, registrado el 13 de enero de 1978.

[3] Demarcación simbólica del territorio ancestral de los indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta.

[4] Cuaderno principal, folios 143 a 147.

[5] Facultado mediante el Acuerdo Núm. 03 de 30 de enero de 1964 del Concejo Municipal de Valledupar.

[6] Cuaderno principal, folios 75 a 80.

[7] Según lo dispuesto en el Decreto 3570 de 2011, ese Ministerio no tiene asignadas funciones y competencias relacionadas con la consulta previa, licencias ambientales o de construcción.

[8] Cuaderno principal, folios 85 a 99.

[9] Cuaderno principal, folios 108 a 117.

[10] Cuaderno principal, folios 136 a 141.

[11] Artículo 216 de la Constitución.

[12] Artículo 217 de la Constitución.

[13] Cuaderno principal, folios 133 a 135 y 286 a 288. Los Jueces de instancia no tuvieron en cuenta la contestación remitida por el Coordinador del Grupo de Defensa Judicial de la Oficina Asesora Jurídica del Ministerio de Cultura aduciendo su extemporaneidad, sin embargo, del correo electrónico remitido por la entidad el 16 de febrero de 2015, visible a folio 132 se concluye que fue allegada dentro del término concedido en el auto emisario de la tutela, visible a folio 43.

[14] Cuaderno principal, folios 149 a 154.

[15] Cuaderno principal, folios 194 a 206.

[16] Cuaderno principal, folios 156 a 172.

[17] Cuaderno principal, folios 352 a 376.

[18] Cuaderno principal, folios 345 a 376.

[19] A folio 497 del cuaderno principal: “Zona Central: Nabusímake, la capital de los Arhuacos; Yechikin y Busin. Zona Occidental: Serankua, Wimdiwameina, Sigunei. Zona Sur: Zigta, Yeurwa, Gumuke, Yeiwin, Seiarukwingumu, Buyuaguenka y Simonorwa. Zona Oriental: Sogrome, Donachwi, Timaka, Araumake, Seinimin e Izrwa.”

[20] Cuaderno principal, folios 554 a 589.

[21] “Artículo 57. Modificado por el Acuerdo 01 de 30 de abril de 2015. Pruebas en revisión de tutelas. Con miras a la protección inmediata y efectiva del derecho fundamental vulnerado y para allegar al proceso de revisión de tutela elementos de juicio relevantes, el Magistrado sustanciador, si lo considera pertinente, decretará pruebas. Una vez se hayan recepcionado, se pondrán a disposición de las partes o terceros con interés por un término no mayor a tres días para que se pronuncien sobre las mismas, plazo durante el cual el expediente quedará en la Secretaría General. En el evento de decretar pruebas, la Sala respectiva podrá excepcionalmente ordenar que se suspendan los términos del proceso, cuando ello fuere necesario. En todo caso, la suspensión no se extenderá más allá de tres meses contados a partir del momento en que se alleguen las pruebas, salvo que por la complejidad del asunto, el interés nacional o la trascendencia del caso, sea conveniente un término mayor, que no podrá exceder de seis (6) meses, el cual deberá ser aprobado por la Sala de Revisión, previa presentación de un informe por el magistrado ponente.”

[22] Folio de matrícula inmobiliaria Núm. 190-0002088 expedido el 4 de marzo de 1965 por la Superintendencia de Notariado y Registro.

[23] “La Autoridad Nacional de Licencias Ambientales -ANLA- otorgará o negará de manera privativa la licencia ambiental para los siguientes proyectos, obras o actividades: (...) 4. En

el sector eléctrico: a) La construcción y operación de centrales generadoras de energía eléctrica con capacidad instalada igual o superior a cien (100) MW; b) Los proyectos de exploración y uso de fuentes de energía alternativa virtualmente contaminantes con capacidad instalada superior o igual a cien (100) MW', c) El tendido de las líneas de transmisión del Sistema de Transmisión Nacional (STN), compuesto por el conjunto de líneas con sus correspondientes subestaciones que se proyecte operen a tensiones iguales o superiores a doscientos veinte (220) KV."

[24] Actualmente ATC Sitios de Colombia tiene el derecho de uso y goce de la torre instalada en el cerro "El Alguacil".

[25] Facultado mediante el Acuerdo Núm. 03 de 30 de enero de 1964 del Concejo Municipal de Valledupar.

[26] La interviniente la define como "un conjunto de normas y parámetros que rigen la naturaleza, las personas y sus interrelaciones. Es la ciencia tradicional de sabiduría y el conocimiento ancestral indígena para el manejo de todo lo material y espiritual, cuyo cumplimiento garantiza el equilibrio y la armonía de la naturaleza, el orden y la permanencia de la vida, del universo y de los mismos pueblos indígenas y regula además las relaciones.". Ver concepto, folio 287.

[27] Sentencia T-849 de 2014.

[28] Sentencia T-282 de 2011.

[29] Cfr. Organización Gonawindúa Tayrona "Lineamiento de los pueblos indígenas de la Sierra Nevada para el manejo del territorio", según el cual, el territorio ancestral ha sido comprendido como: "espacio concebido desde nuestros orígenes como Madre, es el mapa tradicional que contiene los códigos fundamentales para la vida y permanencia cultural, donde se recrea de manera permanente los principios y preceptos que estructuran la identidad de los pueblos indígenas en la Sierra Nevada de Santa Marta"

[31] Várela, Daniel. Matriz de identificación de daños y medidas de reparación cultural en el caso de afectación a sitios sagrados indígenas en el área de Puerto de Brisa.

[32] Haciendo uso de la matriz de "Identificación de daños y medidas de reparación cultural

en el caso de afectación a sitios sagrados indígenas en el área de Puerto Brisa” propuesta por el investigador Daniel Várela “A nivel microcósmico surge un desequilibrio simbólico por la afectación del cerro Inarwa Tama. Este desequilibrio se despliega en la medida en que este cerro, al tutelar otros cerros y ecosistemas, cumple una función específica dentro de un manejo ambiental del sistema de la Sierra. El riesgo se presenta como afectación del ecosistema que hace parte de El Alguacil y el riesgo de pérdida de saberes ambientales de los pueblos indígenas asociados a la observación y mediación ritual del ecosistema por medio de pagos. Lo anterior, en términos de que la base militar podría dificultar el uso y acceso de las comunidades arhuacas para la realización de las prácticas rituales descritas. A nivel macrocósmico, el posible impacto que se presenta tiene que ver con el riesgo de afectación de los modos de transmisión y reproducción de la estructura de organización social, política y territorial en la geografía sagrada de cadenas montañosas jerarquizadas de la Sierra Nevada de Santa Marta. También se afectaría el rol de control social ejercido por el mamo sobre este sistema de cadenas montañosas regidas por una “ley de origen” que aquellos conocen. A nivel supracósmico, existe el riesgo de afectación al discurso simbólico y práctico sobre el que se construye el proyecto político del Consejo Territorial de Cabildos de la Sierra Nevada de Santa Marta (CTC), el cual media las relaciones y negociaciones entre los pueblos indígenas, el Estado colombiano y la sociedad nacional. Este discurso ubica a los 4 pueblos como los responsables de proteger el corazón del mundo, y en esa medida la subsistencia del planeta y la especie humana.”

[33] Sentencia T-376 de 2012.

[34] Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay, sentencia de 17 de junio de 2005; caso Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo, sentencia de 12 de octubre de 2004; y caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tigni vs. Nicaragua, sentencia de 31 de agosto de 2001.

[35] Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo, sentencia de 12 de octubre de 2004; y caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tigni vs. Nicaragua, sentencia de 31 de agosto de 2001

[36] Ver sentencias T-857 de 2014, T-646 de 2014, T-461 de 2014 y T-1105 de 2008.

[37] Ver sentencia T-371 de 2013.

[38] A este asunto se refieren, entre otras, las sentencias T-857 de 2014, T-646 de 2014, T-371 de 2013, T-552 de 2012 y T-564 de 2011.

[39] Constitución, artículos 63 y 329.

[40] Constitución, artículo 246.

[41] Constitución, artículo 330.

[42] Constitución, artículos 171 y 176.

[43] Así lo advirtió esta Corte en la sentencia T-252 de 1998, al afirmar que la propiedad colectiva “sobre los territorios indígenas reviste la mayor importancia dentro del esquema constitucional, pues resulta ser esencial para la preservación de las culturas y valores espirituales de los pueblos que dentro de ellos se han asentado durante siglos.”

[44] Incorporado mediante la ley 31 de 1967.

[45] “Artículo 2 1. Incumbirá principalmente a los gobiernos desarrollar programas coordinados y sistemáticos con miras a la protección de las poblaciones en cuestión y a su integración progresiva en la vida de sus respectivos países. 2. Esos programas deberán comprender medidas: a) que permitan a dichas poblaciones beneficiarse, en pie de igualdad, de los derechos y oportunidades que la legislación nacional otorga a los demás elementos de la población; b) que promuevan el desarrollo social, económico y cultural de dichas poblaciones y el mejoramiento de su nivel de vida; c) que creen posibilidades de integración nacional, con exclusión de cualquier medida tendiente a la asimilación artificial de esas poblaciones. 2. Se deberá velar por que tales medidas especiales de protección: a) no se utilicen para crear o prolongar un estado de segregación; y b) se apliquen solamente mientras exista la necesidad de una protección especial y en la medida en que la protección sea necesaria. 3. El goce de los derechos generales de ciudadanía, sin discriminación, no deberá sufrir menoscabo alguno por causa de tales medidas especiales de protección. Artículo 4 Al aplicar las disposiciones del presente Convenio relativas a la integración de las poblaciones en cuestión se deberá: a) tomar debidamente en consideración los valores culturales y religiosos y las formas de control social propias de dichas poblaciones, así como la naturaleza de los problemas que se les plantean, tanto colectiva como

individualmente, cuando se hallan expuestas a cambios de orden social y económico; b) tener presente el peligro que puede resultar del quebrantamiento de los valores y de las instituciones de dichas poblaciones, a menos que puedan ser reemplazados adecuadamente y con el consentimiento de los grupos interesados; c) tratar de allanar las dificultades de la adaptación de dichas poblaciones a nuevas condiciones de vida y de trabajo. Artículo 5 Al aplicar las disposiciones del presente Convenio relativas a la protección e integración de las poblaciones en cuestión, los gobiernos deberán: a) buscar la colaboración de dichas poblaciones y de sus representantes; b) ofrecer a dichas poblaciones oportunidades para el pleno desarrollo de sus iniciativas; c) estimular por todos los medios posibles entre dichas poblaciones el desarrollo de las libertades cívicas y el establecimiento de instituciones electivas, o la participación en tales instituciones. Artículo 12 1. No deberá trasladarse a las poblaciones en cuestión de sus territorios habituales sin su libre consentimiento, salvo por razones previstas por la legislación nacional relativas a la seguridad nacional, al desarrollo económico del país o a la salud de dichas poblaciones. 2. Cuando en esos casos fuere necesario tal traslado a título excepcional, los interesados deberán recibir tierras de calidad por lo menos igual a la de las que ocupaban anteriormente y que les permitan subvenir a sus necesidades y garantizar su desarrollo futuro. Cuando existan posibilidades de que obtengan otra ocupación y los interesados prefieran recibir una compensación en dinero o en especie, se les deberá conceder dicha compensación, observándose las garantías apropiadas. 3. Se deberá indemnizar totalmente a las personas así trasladadas por cualquier pérdida o daño que hayan sufrido como consecuencia de su desplazamiento. Artículo 13 2. Se deberán adoptar medidas para impedir que personas extrañas a dichas poblaciones puedan aprovecharse de esas costumbres o de la ignorancia de las leyes por parte de sus miembros para obtener la propiedad o el uso de las tierras que les pertenezcan. Artículo 14 Los programas agrarios nacionales deberán garantizar a las poblaciones en cuestión condiciones equivalentes a las que disfruten otros sectores de la colectividad nacional, a los efectos de: a) la asignación de tierras adicionales a dichas poblaciones cuando las tierras de que dispongan sean insuficientes para garantizarles los elementos de una existencia normal o para hacer frente a su posible crecimiento numérico; b) el otorgamiento de los medios necesarios para promover el fomento de las tierras que dichas poblaciones ya posean.”

[47] Ibídem

[48] Ibídem

[49] Convenio 169, Artículo 1 1. “El presente Convenio se aplica: a) a los pueblos tribales en países independientes, cuyas condiciones sociales, culturales y económicas les distingan de otros sectores de la colectividad nacional, y que estén regidos total o parcialmente por sus propias costumbres o tradiciones o por una legislación especial; b) a los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas. 2. La conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio.”

[50] Convenio 169, Artículo 3 1. “Los pueblos indígenas y tribales deberán gozar plenamente de los derechos humanos y libertades fundamentales, sin obstáculos ni discriminación. Las disposiciones de este Convenio se aplicarán sin discriminación a los hombres y mujeres de esos pueblos.” Artículo 4 3. “El goce sin discriminación de los derechos generales de ciudadanía no deberá sufrir menoscabo alguno como consecuencia de tales medidas especiales.” Artículo 20. 2. “Los gobiernos deberán hacer cuanto esté en su poder por evitar cualquier discriminación entre los trabajadores pertenecientes a los pueblos interesados y los demás trabajadores.”

[51] Convenio 169, Artículo 4 1. “Deberán adoptarse las medidas especiales que se precisen para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados. 2. Tales medidas especiales no deberán ser contrarias a los deseos expresados libremente por los pueblos interesados. 3. El goce sin discriminación de los derechos generales de ciudadanía no deberá sufrir menoscabo alguno como consecuencia de tales medidas especiales.”

[52] Convenio 169, Artículo 5 “Al aplicar las disposiciones del presente Convenio: a) deberán reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales propios de dichos pueblos y deberá tomarse debidamente en consideración la

índole de los problemas que se les plantean tanto colectiva como individualmente; b) deberá respetarse la integridad de los valores, prácticas e instituciones de esos pueblos; c) deberán adoptarse, con la participación y cooperación de los pueblos interesados, medidas encaminadas a allanar las dificultades que experimenten dichos pueblos al afrontar nuevas condiciones de vida y de trabajo.”

[53] Convenio 169, Artículo 6 1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán: a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente; b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan; c) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin. 2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.

[54] Convenio 169, Artículo 7 1. “Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente. 2. El mejoramiento de las condiciones de vida y de trabajo y del nivel de salud y educación de los pueblos interesados, con su participación y cooperación, deberá ser prioritario en los planes de desarrollo económico global de las regiones donde habitan. Los proyectos especiales de desarrollo para estas regiones deberán también elaborarse de modo que promuevan dicho mejoramiento. 3. Los gobiernos deberán velar por que, siempre que haya lugar, se efectúen estudios, en cooperación con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas puedan tener

sobre esos pueblos. Los resultados de estos estudios deberán ser considerados como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas. 4. Los gobiernos deberán tomar medidas, en cooperación con los pueblos interesados, para proteger y preservar el medio ambiente de los territorios que habitan.”

[55] Ver sentencia T-462A de 2014.

[56] En sentencia T-969 de 2014, esta Corporación advirtió: “el ejercicio del derecho a la consulta implica una serie de deberes correlativos, como pueden serlo el velar por los derechos de los pueblos y comunidades respectivas, y en consecuencia, entre otros, el de asistir y participar en las consultas. Por lo tanto, como regla general, no pueden las autoridades de un pueblo o comunidad dejar de asistir a una consulta, o desatender una convocatoria, so pretexto de representar con ello los intereses de la comunidad. Esto implicaría desatender los deberes que tienen como representantes válidos de su comunidad. Desde la primera sentencia que abordó el tema, la jurisprudencia ha dicho que en tales casos, el Estado y el ejecutor del proyecto, deben garantizar que ninguna de las decisiones pueda adoptarse de manera arbitraria, y que en todo caso deben consultarse los intereses de las comunidades potencialmente afectadas.”

[57] Sentencia T-969 de 2014.

[58] En sentencia T-652 de 1998 esta Corporación ordenó llevar a cabo una consulta con las comunidades Embera Chamí a pesar de que el proyecto hidroeléctrico de Urrá ya se había realizado sin haberse consultado previamente.

[59] En sentencia SU-383 de 2003, esta Corte sostuvo que siguiendo los lineamientos del Convenio 169 de la OIT, la consulta no puede entenderse como un mero formalismo, sino que la buena fe en la ejecución supone que el programa, proyecto u obra a implementar, debe ser puesto en conocimiento de las comunidades, de manera que estén en capacidad de discutir diferentes propuestas y formular alternativas.

Ver sentencias T-969 de 2014 y T-769 de 2009.

[60] Constitución, artículo 83.

[61] Sentencia T-547 de 2010.

[62] En sentencia C-175 de 2009, se afirmó que “Los procesos de consulta se deben llevar a cabo mediante relaciones de comunicación efectiva, basadas en el principio de buena fe. Por ende, dicho procedimiento estará dirigido a proteger los derechos fundamentales de las comunidades étnicas, mediante instrumentos de participación que, amén de su disposición y diseño, puedan incidir en la definición del contenido y alcance de la medida legislativa o administrativa.”

[63] Convenio 169, art. 2, núm. 1. En sentencia T-969 de 2014, sobre este principio explicó que “En lo que se refiere a la distribución de los beneficios de la extracción de recursos minerales, esta norma está justificada a partir de dos argumentos distintos. El primero es un argumento de justicia histórica. En nuestro país, como en muchos otros de América Latina, las comunidades negras fueron esclavizadas y llevadas a las cuencas de los ríos para trabajar en la minería. Por su parte, desde la época de la conquista, las comunidades indígenas fueron sometidas al sistema de “reducciones de indios”, de resguardos y otras similares, para garantizar la producción agropecuaria que abasteciera las necesidades de la industria minera. El segundo argumento, que resulta aplicable tanto a la explotación de recursos como a otro tipo de proyectos, obras y actividades, consiste en que su ejecución y operación puede significar cargas para quienes ocupan o utilizan las áreas donde se van a llevar a cabo. En esa medida, un principio de justicia retributiva supone que quienes deben soportar dichas cargas, deban también ser partícipes de los beneficios.”

[64] Sentencias T-857 de 2014, C-366 de 2011 y SU-039 de 1997.

[66] Acerca de la participación en las decisiones que les afectan, la sentencia T-462A de 2014 expresó: “Adicionalmente, la obligación de adelantar procesos de consulta con los pueblos indígenas y tribales antes de la adopción y ejecución de decisiones que puedan afectarles directamente, es una expresión y desarrollo, no sólo de las disposiciones generales de participación ciudadana, sino también de los preceptos constitucionales específicas que protegen a estas comunidades, como el artículo 7º Superior que reconoce y protege la diversidad étnica y cultural, el artículo 70 que considera la cultura fundamento de la nacionalidad, y de los artículos 329 y 330 que reconocen a las entidades territoriales indígenas como propiedad colectiva no enajenable, y prevén su gobierno y reglamentación de acuerdo con los usos y costumbres de la comunidad, respectivamente.”

[67] Cfr. Sentencia T-778 de 2005.

[68] Sentencias T-800 de 2014, T-973 de 2009 y T-514 de 2003.

[69] Sentencia T-973 de 2009.

[70] Sentencia T-254 de 1994.

[71] Sentencia T-811 de 2004.

[72] Sentencia T-601 de 2011.

[73] Ver sentencias T-462A de 2014, T-129 de 2011, T-652 de 1998, T-955 de 2003 y SU-383 de 2003.

[74] Respecto del contenido del derecho fundamental a la consulta previa y las reglas jurisprudenciales que serán enunciadas, se recomiendan especialmente los desarrollos efectuados por la Corte en las Sentencias C-461 de 2008 y C-175 de 2009. En virtud de ello la Sala procederá a transcribirlos y reiterarlos en lo que concierne especialmente a la consulta previa criterios plasmados igualmente en la línea jurisprudencial elaborada en esta providencia; de otra parte se anexan los nuevos ámbitos de protección estudiados.

[75] Capítulo (4) de esta sentencia relativo a la obligación del Estado y de las personas de proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación, así como de la obligatoriedad de la licencia ambiental y del Plan de Manejo Arqueológico (4.3).

[76] Cfr. Sentencia T-172 de 2013.

[77] Sobre este tema puede consultarse la sentencia C-030 de 2008.

[78] Sentencias T-857 de 2014 y T-800 de 2014.

[79] Ibídem.

[80] La sentencia T-857 de 2014 reiteró lo dicho en la T-698 de 2011.

[81] Según la sentencia T-857 de 2014, el concepto de territorio de las comunidades étnicas “no solamente se refiere a las áreas “tituladas, habitadas y explotadas por la

comunidad”, sino también en las que tradicionalmente se desarrolla la vida social de la misma. En ese sentido, para efectos de establecer el derecho a la consulta previa, no basta con examinar de manera exclusiva que el grupo étnico tenga un asentamiento permanente en determinada ubicación geográfica, sino que el lugar resulte tener una verdadera vinculación con el desarrollo de actividades propias de su cosmovisión y de su identidad cultural.”

[82] “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.

“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.

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

2. Los gobiernos deberán tomar las medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión.

3. Deberán instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados.

Artículo 15. 1. Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos

recursos.

Artículo 16. 1. A reserva de lo dispuesto en los párrafos siguientes de este artículo, los pueblos interesados no deberán ser trasladados de las tierras que ocupan.

3. Siempre que sea posible, estos pueblos deberán tener el derecho de regresar a sus tierras tradicionales en cuanto dejen de existir las causas que motivaron su traslado y reubicación.

4. Cuando el retorno no sea posible, tal como se determine por acuerdo o, en ausencia de tales acuerdos, por medio de procedimientos adecuados, dichos pueblos deberán recibir, en todos los casos posibles, tierras cuya calidad y cuyo estatuto jurídico sean por lo menos iguales a los de las tierras que ocupaban anteriormente y que les permitan subvenir a sus necesidades y garantizar su desarrollo futuro. Cuando los pueblos interesados prefieran recibir una indemnización en dinero o en especie, deberá concedérseles dicha indemnización con las garantías apropiadas.

5. Deberá indemnizarse plenamente a las personas trasladadas y reubicadas por cualquier pérdida o daño que hayan sufrido como consecuencia de su desplazamiento.”

2 <http://www.banrepcultural.org/blaavirtual/ANC/brblaa668528.pdf> Asamblea Nacional Constituyente. Ponencia Los Derechos de los Grupos Étnicos. Gaceta Constitucional Núm. 67. Pág. 18.

[83] Sentencia T-698 de 2011 reiterando la SU-510 de 1998: “La propiedad colectiva que las comunidades indígenas ejercen sobre sus resguardos y territorios tiene el carácter de derecho fundamental, no sólo porque tales territorios constituyen su principal medio de subsistencia sino, también, porque forman parte de su cosmovisión y religiosidad”.

[84] Constitución, Artículo 329: “La conformación de las entidades territoriales indígenas se hará con sujeción a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial, y su delimitación se hará por el Gobierno Nacional, con participación de los representantes de las comunidades indígenas, previo concepto de la Comisión de Ordenamiento Territorial. || Los resguardos son de propiedad colectiva y no enajenable. (...)”

[85] La Corte reiteró, en ese punto, el precedente antes citado de la Corte IDH, y la

Sentencia SU-383 del 2003. Esta última incorporó la doctrina expuesta en “Territorialidad Indígena y ordenamiento de la Amazonía”, una publicación de la Universidad Nacional de Colombia que explica que, para el indígena “La territorialidad no se limita únicamente a una ocupación y apropiación del bosque y sus recursos, pues la trama de las relaciones sociales trasciende el nivel empírico y lleva a que las técnicas y estrategias de manejo del medio ambiente no se puedan entender sin los aspectos simbólicos a los que están asociadas y que se articulan con otras dimensiones que la ciencia occidental no reconoce”. Carlos Eduardo Franky y Dany Mahecha, profesor de la Universidad Nacional de Colombia, Sede Leticia, y Antropóloga de la Fundación Gaia Amazonas respectivamente.

[86] “En conclusión, debido al sentido particular que tiene para los pueblos indígenas la tierra, la protección de su territorio no se limita a aquellos que se encuentran titularizados, sino que se trata de un concepto jurídico que se extiende a toda la zona indispensable para garantizar el pleno y libre ejercicio de sus actividades culturales, religiosas y económicas, de acuerdo como las ha venido desarrollando de forma ancestral. En ese orden de ideas, el Estado tiene la obligación de proteger a las comunidades indígenas frente a las perturbaciones que puedan sufrir en el ejercicio de sus actividades en lo que han considerado su territorio ancestral, y debe tomar todas las medidas pertinentes para evitar que conductas de particulares puedan afectar sus derechos. Tanto en el derecho internacional como en el derecho interno, se ha establecido que el mecanismo de protección idóneo para garantizar que con medidas o actuaciones del Estado o de particulares, no se ven afectados los intereses de los indígenas, es la consulta previa.”

[87] Ver sentencia T-009 de 2013.

[88] Tomado de la intervención realizada por la Confederación Indígena Tayrona.

[89] Referenciado en la sentencia T-849 de 2014.

[91] Sentencia T-634 de 1999.

[92] Sentencia T-547 de 2011.

[93] 1. Kas´simuratu: Convento en la Plaza Alfonso López en Valledupar. Lugar de pagos Ywangawi. 2. Kunchiaku: Puente Salguero en el Cesar, puerta de las

enfermedades. 3. Ka´rakui: Río arriba del Cesar hasta llegar a Gwacoche, puerta de las enfermedades de la izquierda. 4. Bunkwanarrwa: Río arriba hasta llegar a Badillo, donde se hacen los pagos de las enfermedades en general. 5. Bunkwa nariwa: De Badillo en dirección a los Haticos, Madre de los animales y el agua. 6. Imakámuke: De los Haticos en dirección a San Juan del Cesar, Madre del agua, el aire, los relámpagos y los terremotos. 7. Jwiamuke: De San Juan del Cesar a Fonseca, Madre de los huracanes y la tempestad. 8. Seamuke: De Fonseca a Barrancas, lugar de pagos de enfermedades. 9. Kukuzha: De Barrancas hasta llegar a Hato Nuevo, pago para todo animal y persona. 10. Unkweka: De Hato Nuevo hasta llegar a Cuestecita de la sabia del árbol. 11. Java Shikaka: De Cuestecita en dirección a Riohacha, hasta la desembocadura del río Ranchería, Madre de todos los materiales del mar que se utilizan para pago. 12. Jaxzaka Luwen: De Riohacha hasta llegar a Camarones, lugar de recolección de piedras para seguridad de matrimonio. 13. Alaneia: De Camarones a Punta de los Remedios, Madre de la sal. 14. Zenizha: De Punta de los Remedios a Dibulla, Madre de los alimentos que se producen en la Sierra, se hacen cambios con los materiales del mar para los pagos. 15. Mama Lujwa: de Dibulla a Mingueo hasta la desembocadura del río Cañas, Madre de las tinajas y los alfareros. 16. Ju´kulwa: De la desembocadura del río Cañas hasta la desembocadura del río Ancho, Madre de los animales. Allí se encuentran tres lagunas para pago de las enfermedades. 17. Jwazeshikaka: Desde la desembocadura del río Ancho hasta el cerro Jwazeshikaka, Madre de las tumas. 18. Java Kumekun Shikaka: Del cerro de Jwazeshikaka hasta llegar a la desembocadura del río Palomino, Madre de todas las flores del campo. 19. Jate Mixtendwe Lwen: De la desembocadura del río Palomino, hasta el cerro jate Mixtendwe Lwen, Madre de los bailes. 20. Java Mitasama: Del cerro Jate Mixtendwe Lwen, hasta llegar a la desembocadura del río Don Diego, Madre de las Palomas. 21. Java Mutanñi: De la desembocadura del río Don Diego, hasta la desembocadura del río Buritaca, Madre de las tumas. 22. Java Nakeiuwan: Del río Buritaca, hasta llegar a la desembocadura del río Guachaca, Madre de todos los animales cuadrúpedos. 23. Jate Telugama: Del río Guachaca hasta llegar al Parque Tayrona. Madre del oro. 24. Java Nakumuke: Del parque Tayrona a Chengue, Madre de la sal. 25. Java Julekun: Del parque Tayrona hasta llegar a Taganga, Madre del Zirichu. 26. Java Nekun: De Taganga hasta Santa Marta en los muelles, Punta de Betín, Madre de las autoridades espirituales. 27. Java Siñingula: Desde Santa Marta hasta llegar a Ciénaga, Madre del So´kunu negro. 28. Java Ñinawi: Desde Ciénaga hasta la desembocadura del río Frío, Madre de los leones. 29. Java Waxkañi Shikaka: De la

desembocadura del río Frío hasta la desembocadura del río Sevilla. Madre 30. Java katakaiwman: Del río Sevilla hasta la desembocadura del río Tukurinca, por la carretera principal, Madre de todo lo que existe en el mundo. 31. Kwarewmun: Del río Tukurinca hasta el pueblo de Aracataca, Madre del barro. 32. Seynewmun: Del pueblo de Aracataca hasta el pueblo de Fundación, Madre de la mortuoria de todos los seres. 33. Mama neymun: Del pueblo de Fundación hasta llegar al río Ariguaní, Madre de la tierra. 34. Ugeka: del río Ariguaní, hasta llegar al pueblo del Copey, pago para evitar la guerra. 35. Muriakun: Del Copey hasta llegar al pueblo de Bosconia, (Camperucho) Madre de la fertilidad. 36. Ku'riwa: De Bosconia hasta llegar al pueblo de Caracolí, lugar donde se controlan los animales salvajes. 37. Gunkanu: De Caracolí hasta llegar al pueblo de Mariangola, lugar de pago para los caminos espirituales. 38. Gwi'kanu: De Mariangola hasta llegar al pueblo de Aguas Blancas, pago para controlar enfermedades. 39. Ka'áka: De Aguas Blancas hasta llegar a Valencia de Jesús, lugar de pagos para controlar la muerte. De Valencia de Jesús hasta Valledupar, el punto de partida. Además de estos 39 puntos periféricos, se identifican otros sitios sagrados interiores: Cerro Winarrwa o Dunarrwa por el filo de Dungakare, en las cabeceras de Atánquez, Madre de todo cuanto existe. Ywikukarrwa, jefe de los dientes. Ywishka, donde los humanos hacemos el aporte espiritualmente. Kulawirraka, Padre del ganado. Sherruaka o Cerro Redondo, sitio para pagos de los animales mamíferos. Warrawasarrúa, Madre del pensamiento negativo. Shetarrakangaga o Semintamena, sitio de pago para los desmayos. Plakumamena es una piedra liza, sitio de pago para los seres de la naturaleza que se caen mucho, los débiles. Burrinkungaga, Jefe del congolocho, una especie de cien pies. Abu Burkuma, Madre del vapor de la atmósfera. Sitios Arhuacos: Bunkwakusha es la raíz del cerro Bunkwanarrúa, Jefe de la organización wiwa, por ahí pasa la raíz del resguardo. Umishamke, Jefe de los yacimientos de los minerales. (Las Minas). Abu Toguamena, Madre de la totuma del zhátukwa. (El Totumo). Sheturrun Gia, sitio de piedras para trabajar. Abu Shimena, Madre del agua. Nungurrua, Madre de la sal. (Carrizal). Buku Abu, Jefe de la cerámica. (Las Tinajitas). La firma: Shibulalue, cerro de la antena en el río Badillo, la Mina.

[94] Convenio sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, ratificado por Colombia por medio de la Ley 21 de 1991.

[95] Sentencia T-016 de 2006.

[96] Sentencia SU-961 de 1999.

[97] Sentencias T-814 de 2004 y T-243 de 2008.

[98] Ver sentencia T-172 de 2013.

[99] Sentencia T-158 de 2006.

[100] Consultar, entre otras, las sentencias T-883 de 2009 y T-055 de 2008.

[1 0 1]

<http://elpilon.com.co/arhuacos-pidieron-mediacion-de-la-onu-para-recuperar-el-cerro-alguacil/>

<http://elpilon.com.co/arhuacos-insisten-en-recuperar-inarwa/>

<http://noticiasunolaredindependiente.com/2012/06/30/secciones/que-tal-esto/que-tal-esto-antenas-kogui/>

[102] <http://elpilon.com.co/arhuacos-arrecian-reclamos-por-el-cerro-alguacil/>

<http://www.elespectador.com/noticias/nacional/defensa-del-alguacil-articulo-450609>

<http://www.eltiempo.com/archivo/documento/CMS-11713625>

[1 0 3]

<http://www.noticiascaracol.com/nacion/inarwa-o-el-alguacil-cerro-de-la-discordia-en-la-sierra-nevada>

<http://elpilon.com.co/arhuacos-insisten-en-recuperar-inarwa/>

<http://www.eluniversal.com.co/ambiente/viaje-nabusimake-el-pueblo-sagrado-de-los-arhuacos-137327>

[104] <http://www.semana.com/imprimir/371451>

[105] Refuerza lo anterior la sentencia T-462A de 2014, que decidió la controversia surgida a propósito de la construcción de la represa Salvajina hace 25 años, sin que se hubiese

agotado la consulta previa con las comunidades indígenas asentadas en la región, veamos: “En el presente caso, la construcción de la Central Hidroeléctrica Salvajina se desarrolló entre los años de 1981 y 1985, tiempo en el cual se desplazó a comunidades campesinas, indígenas y afrocolombianas para la ejecución de las obras, y no se abrieron espacios de participación en los que se concertaran medidas de compensación o de reparación. A pesar de que a primera vista podría sostenerse lo argumentado por las partes demandadas en el sentido de que ya han pasado más de 25 años desde la construcción del embalse y, por tanto, no hay inmediatez de la acción constitucional, también es cierto que las situaciones actuales que presentan los gobernadores de las comunidades indígenas en la acción de tutela muestran hechos vulneratorios de los derechos fundamentales a la participación, a la consulta, a la autonomía étnica y cultural y a derechos económicos, sociales y culturales como lo son la salud y la educación, que han persistido en el tiempo y que merecen ser analizados por el juez constitucional. El hecho generador de la presunta vulneración de los derechos fundamentales fue la construcción de una Central Hidroeléctrica que se realizó sin tenerse en cuenta los impactos ambientales, sociales y culturales en el área, entre otras razones porque en aquella época no se requería de un trámite tan estricto como lo es el de la licencia ambiental. Por otra parte, es cierto que las comunidades actoras han tenido un tiempo razonable para contemplar interponer otros recursos y acciones que ofrece la legislación; sin embargo, la Sala encuentra justificado su inacción, por cuanto estaban a la espera de las medidas adelantadas por entidades estatales como la Corporación Autónoma Regional del Valle del Cauca y el Ministerio de Ambiente, a quienes presentaron derechos de petición sobre la situación que viven, sin que a la fecha se haya solucionado[105]. Además, actualmente se adelanta, por requerimiento del Ministerio desde el 2001, el trámite de Plan de Manejo Ambiental con la EPSA que no ha culminado y en el cual las comunidades han sido llamadas a dialogar sobre las problemáticas, sin que a la fecha se haya dado solución alguna. Con base en lo anterior, la Sala observa que las vulneraciones presuntamente cometidas continúan en el tiempo, debido a que no se han garantizado espacios de participación y concertación para las comunidades indígenas acorde con sus características, y tampoco han sido mitigados o reparados otros impactos directamente relacionados con la construcción y operación de la represa, los cuales además se siguen presentando.”

[106] Sentencia T-1121 de 2003.

[107] Sentencia T-1033 de 2010.

[108] Sentencias T-211 de 2009, T-336 de 2009, T-436 de 2009, T-785 de 2009, T-799 de 2009, T-123 de 2010, T-130 de 2010, T-136 de 2010, T-916 de 2012, T-024 de 2013, T-884 de 2013, T-066 de 2014, T-398 de 2014, T-458 de 2014, SU-377 de 2014.

[109] Sentencia SU-961 de 1999.

[110] Sentencias T-205 de 2012, T-890 de 2011, T-595 de 2011, T-177 de 2011, T-954 de 2011, T-074 de 2011, T-972 de 2006, T-1268 de 2005, T-069 de 2001 y T-871 de 1999, entre otras.

[111] Sentencia T-1316 de 2001.

[112] Al respecto, en la sentencia T-235 de 2010, dijo: “Para que la acción de tutela sea procedente como mecanismo principal, el demandante debe acreditar que, o no tiene a su disposición otros medios de defensa judicial, o teniéndolos, éstos, no resultan idóneos y eficaces para lograr la protección de los derechos fundamentales presuntamente conculcados. A su turno, el ejercicio del amparo constitucional como mecanismo transitorio de defensa iusfundamental, implica que, aun existiendo medios de protección judicial idóneos y eficaces, estos, ante la necesidad de evitar un perjuicio irremediable, pueden ser desplazados por la acción de tutela[112]. En este caso, esa comprobación, ha dicho la Corte, da lugar a que la acción de tutela se conceda en forma transitoria, hasta tanto la jurisdicción competente resuelve el litigio en forma definitiva.”

[113] Sobre el particular, en la sentencia T-795 de 2011, se adujo: “Es así como en aquellos casos en que se logra establecer la existencia de otro mecanismo de defensa judicial, debe ponderarse la idoneidad de dicho medio de protección, valorando el caso concreto y determinando su eficacia en las circunstancias específicas que se invocan en la tutela[113].

Por esta razón, el juez constitucional debe establecer si el procedimiento alternativo permite brindar una solución ‘clara, definitiva y precisa’[113] a las pretensiones que se ponen a consideración del debate iusfundamental y su eficacia para proteger los derechos invocados.

Por ello, la jurisprudencia constitucional ha considerado necesario apreciar frente al medio

de defensa alternativo, entre otros aspectos: '(a) el objeto del proceso judicial que se considera que desplaza a la acción de tutela y (b) el resultado previsible de acudir al otro medio de defensa judicial respecto de la protección eficaz y oportuna de los derechos fundamentales'[113]. Estos elementos, aunados al análisis de las circunstancias concretas del caso, permiten corroborar si el mecanismo judicial de protección alterno es eficaz para la defensa de los derechos presuntamente conculcados. (...)”.

[114] Sentencia T634 de 2006.

[115] Sentencias T-044 de 1996, T-555 de 1996, SU-707 de 1996, T-315 de 2000, T-1012 de 2000, T-451 de 2001, T-531 de 2002, T-301 de 2003 y T-898 de 2003, T-312 de 2009, T-388 de 2012 y T-094 de 2013.

[116] Sentencia T-388 de 2012, entre muchas otras.

[117] Sentencias T-312 de 2009 y T-094 de 2013, entre otras.

[118] Sentencia T-312 de 2009.

[119] Sentencias T-451 de 2001 y T-301 de 2003.

[120] Sobre el particular, resultan relevantes las consideraciones de la sentencia T-044 de 1996.

[121] Cuaderno principal, folios 143 a 147.

[122] Convenio 169 de la OIT, artículo 12.

[123] Ver el fundamento jurídico 3.28. de esta providencia.

[124] Folio de matrícula inmobiliaria Núm. 190-0002088 expedido el 4 de marzo de 1965 por la Superintendencia de Notariado y Registro.

[125] AL respecto consultar las sentencias T-652A de 2014, T-648 de 2014, T-849 de 2014, T-547 de 2010 y T-634 de 1999, entre otras.

[126] Intervención de la Organización Tayrona.

[127] Intervención de la Organización Tayrona.

[128] Cfr. Organización Gonawindúa Tayrona.

[129] Ibidem.

[130] <http://www.bdigital.unal.edu.co/5500/1/49767115.2011.pdf>

[131] De acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación y siguiendo lo expuesto el informe que el Relator Especial de las Naciones Unidas presentó ante la Asamblea General de ese organismo internacional en 2009, sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas, el concepto de afectación directa para efectos de definir si hay lugar a agotar el procedimiento de la consulta previa, es una labor compleja que exige considerar las especificidades de la respectiva comunidad, para determinar si la medida, el proyecto o la decisión respectiva alteran sus condiciones de existencia en los términos que acaban de plantearse.

[132] Sentencia T-693 de 2011.

[133] Idem.

[134] El daño inmaterial en el contexto específico de violaciones de derechos humanos ha sido definido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos de la siguiente forma: “El daño inmaterial puede comprender los sufrimientos y las aflicciones, el menoscabo de valores muy significativos para las personas y las alteraciones, de carácter no pecuniario, en las condiciones de existencia de la víctima”. Cfr. Caso de las Hermanas Serrano Cruz, párr. 156; Caso Masacre Plan de Sánchez. Reparaciones, párr. 80; y Caso De La Cruz Flores, párr. 155.

[135] Sentencias T-348 de 2012 y T-693 de 2011.

[136] En la sentencia T-652 de 1998, se decidió la acción de tutela interpuesta por el pueblo Embera-Katío de Alto del Sinú contra varias autoridades estatales, que omitieron efectuar la consulta previa para la construcción de un proyecto hidroeléctrico, cuyo desarrollo afectaba a la comunidad indígena porque incluía la inundación de algunos territorios. En esa oportunidad, este Tribunal protegió los derechos fundamentales de la

comunidad afectada y ordenó a las autoridades estatales adoptar medidas de protección especial para garantizar el derecho a la participación, y frente a la empresa privada involucrada en el proyecto, le ordenó indemnizar a la comunidad.

La Corte en sentencia T-693 de 2011 decidió la tutela interpuesta por el gobernador del Cabildo Indígena Resguardo Turpial - La Victoria contra el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible y la empresa Meta Petroleum Limited, con el fin de que se suspendiera la licencia ambiental expedida para la construcción de un oleoducto desde el Campo Rubiales, se agotara la consulta previa y se suspendieran las actividades petroleras adelantadas por la empresa demandada. Se determinó que la construcción del oleoducto ya había culminado, por lo que se declaró la existencia de un daño inmaterial causado por el impacto cultural que generó la obra a la comunidad indígena, y ordenó por ello la adopción de varias medidas de reparación y de compensación, entre las cuales se encontraba el adelantamiento de una consulta con la comunidad con el fin de acordar medidas de compensación cultural frente a los impactos y perjuicios causados por la construcción del oleoducto.

La sentencia T-462A de 2014 decidió la acción de tutela interpuesta por las comunidades indígenas Honduras y Cerro Tijeras, Cauca, a quienes les fueron vulnerados sus derechos fundamentales a propósito de la construcción de la represa Salvajina, que funciona desde hace 25 años. Por lo que se ordenó la consulta previa para formular diagnósticos de impacto, identificar aquellas afectaciones que fueron imprevisibles a la hora de ejecutar la obra y establecer las medidas de compensación, corrección y mitigación más acordes con los intereses de las comunidades.

[137] Al respecto pueden consultarse las sentencias T-462A de 2014, T-693 de 2011 y T-652 de 1998.

[138] Sentencias T-348 de 2012 y T-693 de 2011.

[139] Idem.

[140] Idem.