

Sentencia T-052/17

INSISTENCIA DE REVISION FALLO DE TUTELA-Facultad prevista en el artículo 33 del Decreto Ley 2591 de 1991

DERECHOS DE LAS COMUNIDADES NEGRAS, AFRODESCENDIENTES, RAIZALES, PALENQUERAS, PUEBLOS ROM Y DEMAS GRUPOS ETNICOS-Protección constitucional

DERECHOS DE LOS GRUPOS ETNICOS-Jurisprudencia constitucional

Los derechos fundamentales de los grupos étnicos pueden agruparse en torno a cuatro conceptos principales, a saber, el derecho a la subsistencia, el derecho a la identidad étnica y cultural, la consulta previa y la propiedad colectiva de la tierra.

DERECHO A LA EXISTENCIA O SUBSISTENCIA DE COMUNIDADES ETNICAS-Contenido

DERECHO DE LAS COMUNIDADES ETNICAS A LA IDENTIDAD ETNICA Y CULTURAL-Jurisprudencia constitucional

DERECHO FUNDAMENTAL A LA PROPIEDAD COLECTIVA DEL TERRITORIO POR PARTE DE LAS COMUNIDADES INDIGENAS-Carácter imprescriptible, inalienable e inembargable del territorio

DERECHO A LA CONSULTA PREVIA DE COMUNIDADES ETNICAS-Naturaleza y alcance

CONVENIO 169 DE LA OIT Y BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD-Fundamento del derecho a la consulta previa

DERECHO DE PETICION-Núcleo esencial y alcance

DEBIDO PROCESO-Aplicación a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas

DERECHO AL DEBIDO PROCESO-Objeto

ZONAS DE RESERVA CAMPESINA-Origen

ZONAS DE RESERVA CAMPESINA-Configuración en Ley 160 de 1994

CREACION DE ZONAS DE RESERVA CAMPESINA-Utilidad e importancia para los agricultores y posible afectación de las comunidades indígenas vecinas, de conformidad con la sentencia C-371 de 2014

PONDERACION Y ARMONIZACION DE LOS DERECHOS E INTERESES DE LOS PUEBLOS INDIGENAS Y LAS COMUNIDADES CAMPESINAS

DERECHO AL TERRITORIO COLECTIVO DE COMUNIDAD INDIGENA-Orden a autoridades resolver las solicitudes de ampliación, saneamiento y delimitación de los resguardos indígenas Motilón Barí y Catalaura La Gabarra

DERECHO A LA CONSULTA PREVIA DE COMUNIDAD INDIGENA-Orden a autoridades determinar la necesidad de adelantar un proceso de consulta previa respecto de la solicitud de constitución de una Zona de Reserva Campesina del Catatumbo

Referencia: Expediente T-4.445.122

Demandante: Asociación de Autoridades Tradicionales del Pueblo Barí ÑATUBAIYIBARI.

Demandados: Consejo Directivo del INCODER, Ministerios de Agricultura y del Interior, INCODER, Agencia Nacional de Minería y la Alcaldía de Tibú (Norte de Santander)

Magistrado Ponente:

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Bogotá, D.C., tres (3) de febrero de dos mil diecisiete (2017)

La Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Gloria Stella Ortiz Delgado y Jorge Iván Palacio Palacio, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

En la revisión del fallo dictado el 17 de junio de 2014 por la Sala de Tutelas N° 3 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, mediante el cual se confirmó el proferido el 19 de mayo de 2014 por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Cúcuta, por el cual se negó por improcedente la acción de tutela promovida por el señor Diego Elías Dora Cebra, representante legal de la Asociación de Autoridades Tradicionales del Pueblo Barí ÑATUBAIYIBARI del departamento de Norte de Santander contra el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural INCODER, el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, el Ministerio del Interior, la Agencia Nacional de Minería y el Municipio de Tibú (Norte de Santander), con vinculación oficiosa de la Organización Nacional Indígena de Colombia ONIC, la Procuraduría General de la Nación y la Defensoría del Pueblo.

Después de una primera decisión de no selección, y como resultado de las insistencias que al respecto presentaron los Magistrados Gloria Stella Ortiz Delgado, Jorge Iván Palacio Palacio y Martha Victoria Sáchica Méndez (e)¹, el presente expediente fue escogido para revisión por la Sala de Selección número Nueve, por medio de auto de 22 de septiembre de 2014, siendo entonces repartido a la Sala Cuarta de Revisión.

I. ANTECEDENTES

El señor Diego Elías Dora Cebra, quien invocó su calidad de autoridad tradicional y representante legal de la Asociación de Autoridades Tradicionales del Pueblo Barí ÑATUBAIYIBARI del departamento Norte de Santander, presentó el 19 de marzo de 2014 acción de tutela contra el Consejo Directivo del INCODER, los Ministerios de Agricultura y del Interior, INCODER, la Agencia Nacional de Minería y la Alcaldía de Tibú (Norte de Santander), invocando la protección de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas al territorio, a la consulta previa, el debido proceso y a la integridad y diversidad cultural del pueblo Barí, a partir de los hechos que, conforme a su narración y a lo que se extrae de otras piezas procesales, pueden ser resumidos como sigue:

1. El pueblo Barí, perteneciente a la familia lingüística Arawak, habita desde hace varios siglos la zona actualmente correspondiente a la parte norte del departamento Norte de Santander. Originalmente, en tiempos de la colonia española, el territorio por ellos ocupado pudo extenderse incluso desde el lugar donde actualmente se ubica la ciudad de Pamplona, en el mismo departamento, hasta la parte sur del Lago de Maracaibo, territorio que

progresivamente se ha ido reduciendo como resultado de diversos actos de colonización, desde los comandados por los conquistadores europeos en el Siglo XVI, hasta los sucedidos a comienzos del Siglo XX, con el otorgamiento de concesiones petroleras, procesos que en algunas épocas estuvieron además acompañados de intentos de evangelización por parte de comunidades religiosas católicas.

Como hechos subsiguientes, menciona la construcción, hacia 1939, del oleoducto Caño Limón - Coveñas que atravesó la zona, y el surgimiento del poblado de Tibú diez años más tarde, originado en la construcción de un extenso proyecto de vivienda para los trabajadores de la industria petrolera. Indica que todos estos hechos causaron el constante y progresivo desplazamiento de los miembros de la etnia Barí, quienes debieron confinarse selva adentro, en áreas cada vez más reducidas, por lo que actualmente ocupan un área de forma triangular ubicada a ambos lados de la frontera colombo-venezolana, que en lo atinente a la República de Colombia, se ubica en jurisdicción de varios municipios del Norte de Santander.

En la mayoría de estos casos, incluso los sucedidos a lo largo del Siglo XX, tales procesos de colonización han transcurrido de manera violenta, tanto por cuenta de la actitud de los recién llegados, como por la fuerte resistencia demostrada por los indígenas Barí, que en todos los casos ha terminado siendo vencida, de una u otra forma. Por estas razones, la comunidad considera que a través y como resultado de estos procesos históricos, su territorio ha sido usurpado por invasores.

2. El pueblo Barí se encuentra actualmente organizado en torno a dos resguardos, los denominados Motilón Barí y Catalaura La Gabarra, reconocidos como tales por la autoridad civil en 1981, los cuales ocupan un área de 13.300 y 108.900 hectáreas respectivamente, el primero en el municipio de Tibú y el segundo en jurisdicción de los municipios de El Carmen, Convención, Teorama y El Tarra.

Este grupo étnico está conformado por 24 distintas comunidades, cinco de las cuales² se ubican por fuera del territorio de tales resguardos, pero en áreas que, según relata, los indígenas consideran ancestrales. La población total de aquéllas asciende, según proyecciones del DANE para el año en que se presentó la tutela, a 4129 habitantes. En todo caso, advierten que los problemas sociales, incluyendo la presencia de cultivos ilícitos y de

actores armados y demás hechos causantes de desplazamiento, han sido particularmente agudos durante los años transcurridos del Siglo XXI, lo que puede haber afectado el referido volumen poblacional.

3. A partir del año 2005 el pueblo Barí ha promovido y realizado diversas acciones tendientes a la recuperación de porciones de los territorios que consideran ancestrales, pero que no hacen parte de las áreas oficialmente definidas como pertenecientes a los resguardos mencionados en el punto anterior. Estas gestiones incluyen solicitudes de ampliación, saneamiento y delimitación de esos territorios, propósito que no se había logrado aún para la fecha de presentación de esta tutela.

En procura de este objetivo se han adelantado contactos y actuaciones con diversas entidades públicas incluyendo la Gobernación de Norte de Santander, las alcaldías de los municipios en cuya jurisdicción se encuentran tales territorios, la Dirección de Parques Nacionales y el INCODER. Incluso, en octubre de 2012, funcionarios de esta última entidad adelantaron una visita técnica a la zona con el fin de levantar el estudio socio económico para la ampliación de resguardos. Sin embargo, según alegó la comunidad actora, para marzo de 2014 no se había entregado aún el informe correspondiente a esta visita.

4. De otra parte, la comunidad tiene conocimiento de que ante el mismo INCODER cursa una solicitud de constitución de una Zona de Reserva Campesina (en adelante ZRC) sobre áreas parcialmente coincidentes con las referidas tierras de resguardo o en otros casos adyacentes a ellas, iniciativa que es promovida por representantes de los campesinos de la zona, agrupados en torno a la Asociación Campesina del Catatumbo ASCAMCAT. En concepto de la comunidad Barí, la realización de este trámite y la decisión que se pretende, supondría llevar a cabo un proceso de consulta previa con dicha comunidad indígena, que sin embargo no se ha adelantado, pese a lo cual, el INCODER ha venido dando trámite a esa solicitud.

5. Los días 4 y 5 de diciembre de 2012 se realizó en la ciudad de Cúcuta una reunión entre representantes de la comunidad indígena, de ASCAMCAT y del INCODER, durante la cual las dos primeras, con la mediación y acompañamiento de la tercera, llegaron a unos acuerdos en torno a sus iniciativas.

Según relatan, ASCAMCAT dijo reconocer y respetar el proceso de saneamiento y ampliación de los resguardos pertenecientes al pueblo Barí, mientras que por su parte, los representantes de éste reconocieron la dinámica de las organizaciones campesinas de la región, e incluso manifestaron su disposición a que se avance en la constitución de la ZRC solicitada, únicamente en la margen derecha del río Catatumbo, en zonas donde no exista traslape con las áreas que fueron objeto de la solicitud de ampliación de sus resguardos. De igual forma, ambos grupos se comprometieron a proseguir con este tipo de acciones de diálogo intercultural, al considerar que este sería el mecanismo más adecuado para la solución de sus diferencias, e incluso acordaron la realización de nuevas reuniones con este propósito en los primeros meses del año 2013.

Sin embargo, señalan también que en esta reunión “se ejerció presión sobre los representantes de los pueblos Barí”, y que los acuerdos alcanzados fueron muy preliminares y requerían mayor discusión, durante las reuniones y actividades que en el futuro se realizaran. De otra parte, indicaron que los compromisos a que accedió la comunidad indígena partieron del supuesto de que el INCODER impulsara y decidiera la solicitud de ampliación de sus resguardos antes de dar vía libre a la constitución de la ZRC solicitada por las organizaciones campesinas.

6. Durante el año 2013 la comunidad actora realizó diversas acciones y gestiones en defensa de sus intereses, incluyendo la presentación de denuncias sobre la grave situación humanitaria que afecta a los integrantes del pueblo Barí, solicitudes al Ministerio del Interior para que realice la consulta previa que debe anteceder a la constitución de la Zona de Reserva Campesina en la región del Catatumbo, solicitudes al INCODER para que presente los resultados de la visita técnica cumplida en octubre de 2012, e intentos de proseguir negociaciones con los representantes de la comunidad campesina. Manifiestan que esta comunidad indígena se declaró neutral con ocasión del paro campesino que tuvo lugar en la región en los meses de julio y agosto de 2013, durante el cual el movimiento campesino presentó como una de sus principales reclamaciones, la constitución de la ZRC a que se ha hecho referencia.

7. Refieren que el 27 de julio de 2013 un ciudadano presentó ante este tribunal acción pública de inconstitucionalidad contra los artículos 74 a 84 de la Ley 160 de 1994, al considerar que las normas acusadas, las cuales regulan el proceso de constitución de las

zonas de reserva campesina y sus principales características, no podían haberse expedido sin la previa realización de un proceso de consulta con los grupos étnicos que pueden verse afectados con tales decisiones³.

Informaron también que esa demanda fue admitida mediante auto de agosto 27 del mismo año, lo que originó sendos pronunciamientos de diversas organizaciones, entre ellas la sentida protesta de la Asociación Nacional de Zonas de Reserva Campesina ANZORC, y el respaldo de la Organización Nacional Indígena de Colombia ONIC, hecho este que ocasionó amenazas de muerte contra los líderes y representantes del movimiento indígena.

8. El 21 de octubre de 2013 se realizó la asamblea extraordinaria del pueblo Barí, con la presencia de representantes de ASCAMCAT, durante la cual los indígenas manifestaron que los campesinos incumplieron los compromisos acordados en la reunión del mes de diciembre relatada en el punto 5 anterior, especialmente al proseguir con el trámite de constitución de la ZRC pese a que no se ha realizado la consulta previa para ello requerida. A raíz de estos hechos los indígenas decidieron no proseguir el diálogo con los representantes de ASCAMCAT.

9. Relataron que el 25 del mismo mes la Subgerencia de Tierras Rurales del INCODER solicitó a la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior una certificación sobre la presencia o no de comunidades étnicas en el área en que se constituiría la ZRC solicitada, en jurisdicción del municipio de Tibú, solicitud que fue atendida en tiempo récord con la certificación 1642 expedida el 31 de octubre de 2013, según la cual en tal lugar no se registra la presencia de comunidades étnicas, lo que en concepto de la organización actora es contrario a la realidad y viola los derechos fundamentales del pueblo Barí.

10. En noviembre de 2013 la Procuraduría Delegada para Asuntos Ambientales y Agrarios, en atención a una petición presentada por la ONIC, solicitó al INCODER y a la dependencia competente del Ministerio del Interior, garantizar el derecho fundamental a la consulta previa del pueblo Barí.

11. Señalaron que los acuerdos preliminares logrados en diciembre de 2012 entre el pueblo Barí y ASCAMCAT contemplaban la aceptación del primero a la constitución de la ZRC en territorios no coincidentes con los de sus resguardos ni solicitados dentro del trámite de ampliación de éstos. Sin embargo, según la comunidad indígena ha tenido conocimiento, la

solicitud de constitución de ZRC actualmente en trámite se refiere a áreas ubicadas en los municipios de Tibú, Convención, Teorama, El Carmen y El Tarra, respecto de las cuales sí existiría conflicto, ya que incluso algunas de ellas habrían sido entregadas a la comunidad indígena hace varias décadas, con base en resoluciones del INCORA, o hacen parte de la Zona de Reserva Forestal a que antes se hizo referencia (hecho 1), pero que los indígenas consideran como territorio ancestral.

De otro lado, anotaron que el movimiento campesino promueve su solicitud informando de manera pública que el pueblo Barí está totalmente de acuerdo con ella, lo que según lo explicado, no resulta cierto.

12. Indicaron que el INCODER es la entidad competente, tanto para el trámite de ampliación del territorio de los resguardos que promueve su comunidad, como para la constitución de la ZRC que pretende ASCAMCAT, pero mientras que aquella parece no prestar atención ni dar impulso al primero de estos trámites, sí continúa avanzando en relación con el segundo. Señalaron que en el interior de esa entidad existe descoordinación entre las dependencias responsables de esos trámites.

13. En el mismo sentido, informaron que el INCODER ha hecho oídos sordos a repetidas solicitudes presentadas tanto por el pueblo Barí como por la ONIC en el sentido de definir si existe o no conflicto entre los territorios reclamados por esa comunidad y los que harían parte de la ZRC solicitada por ASCAMCAT. Más aún, en fecha no especificada, el pueblo Barí tuvo conocimiento de que en el INCODER existía ya un borrador del acuerdo de su Junta Directiva por el cual se constituiría la ZRC solicitada. Señalaron que ante este hecho, el 19 de febrero de 2014, la comunidad Barí solicitó formalmente al INCODER la suspensión de este trámite hasta tanto se haya cumplido el trámite de consulta previa aún pendiente.

14. De otra parte, resaltaron que parte de los territorios solicitados para la ZRC, eran también objeto del trámite administrativo de protección de tierras despojadas previsto en el Decreto 4633 de 2011, en cuanto la comunidad indígena los considera suyos y los estima indebidamente ocupados dentro del marco del conflicto armado, por parte de varios de los actores de éste.

15. Anotaron que el 5 de marzo de 2014 el pueblo Barí solicitó a la Procuraduría General de la Nación y a la Defensoría del Pueblo abrir investigación disciplinaria contra la Directora

(encargada) de Consulta Previa del Ministerio del Interior, que expidió la certificación mencionada en el hecho 9 anterior, según la cual no existe presencia de comunidades indígenas en la zona que se afectaría por la constitución de la ZRC solicitada por ASCAMCAT.

16. Informaron que el 12 de marzo de 2014 el Procurador General de la Nación rindió concepto dentro del proceso de constitucionalidad a que se hizo referencia en el punto 7 anterior, solicitando a esta corporación declarar inexecutable las normas acusadas, por haber sido expedidas sin agotar el trámite de consulta previa.

1.2. Sustento normativo y jurisprudencial

En apoyo de lo solicitado, la organización indígena accionante hizo un extenso recuento normativo y jurisprudencial sobre los derechos fundamentales de los grupos étnicos, entre ellos la consulta previa, el debido proceso y la protección de las tierras de resguardo, así como sobre el contenido del Convenio 169 de la OIT, a la luz de la jurisprudencia de esta corporación y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

De manera particular, se refirió a la importancia que, según lo han reconocido ambos tribunales, tiene el territorio para las comunidades indígenas, que a partir de los conceptos propios de su cosmovisión, excede la simple consideración de éste como un bien material objeto de apropiación y explotación, lo que dio origen al derecho a la propiedad colectiva de la tierra en cabeza de la comunidad.

De otra parte, señalaron que ese derecho de propiedad de los pueblos indígenas se extiende sobre todas aquellas tierras y recursos que ellos usen en el momento presente y sobre aquellas que poseyeron en el pasado y de las cuales fueron despojados, con las cuales mantengan una especial relación a partir de un vínculo de memoria colectiva. Señala que para la determinación de las áreas respecto de las cuales existe este tipo de relación, la Corte Interamericana suele considerar diversas pruebas relacionadas con la ocupación histórica de las tierras por parte de la comunidad, o con la existencia de prácticas tradicionales de subsistencia, rituales o sanación, que contribuyan a clarificar esa presencia histórica. Como ejemplos de la línea jurisprudencial de la Corte Interamericana sobre el tema, citó las sentencias correspondientes a los casos de las comunidades Mayagna (Sumo) Awas Tingni contra Nicaragua (agosto de 2001) y Yakye Axa contra Paraguay (junio de 2005).

Indicó también que conforme a esa misma jurisprudencia, los Estados están obligados frente a los pueblos indígenas y tribales a otorgarles de manera gratuita tierras en extensión y calidad suficiente para la conservación y desarrollo de sus formas de vida, para lo cual el criterio de suficiencia depende de las características propias de cada grupo étnico, tomando en cuenta circunstancias tales como los estados de aislamiento voluntario, el carácter binacional de algunos grupos étnicos, los procesos de reconstitución de la identidad étnica que ellos atraviesen, su tradición alimenticia (pueblos agricultores, cazadores o recolectores), o el hecho de que su territorio haya sido fragmentado, entre otras.

En la misma línea, señalaron que según lo ha reconocido la Corte Interamericana, la ocupación histórica y ancestral da a las comunidades étnicas el derecho a ser reconocidas como dueñas del correspondiente territorio a través de un título jurídico actual y plenamente válido. Igualmente, tienen el derecho a que el Estado les proteja ante actos, ataques o reclamaciones de terceros que afecten o pongan en peligro el goce de tales derechos.

Finalmente, invocaron en favor del pueblo Barí las medidas de protección contenidas en el auto A-004 de 2009 de esta corporación, en el que como parte del proceso de seguimiento a la protección otorgada a familias desplazadas, la Corte adoptó medidas especiales para enfrentar, desde un enfoque diferencial, las situaciones de desplazamiento y problemas relacionados, que afectan, de manera incluso más intensa, a los miembros de los pueblos indígenas.

1.3. Pretensiones

A partir de los hechos reseñados, la comunidad actora planteó las siguientes:

1. Que se ordene al INCODER abstenerse de aprobar el acuerdo de constitución de la Zona de Reserva Campesina del Catatumbo, hasta tanto se cumpla el trámite de consulta previa requerido a raíz de la posible afectación que el pueblo Barí tendría a partir de esa decisión, y concluyan los procesos relativos a la demarcación de los territorios indígenas y la ampliación y saneamiento de los resguardos Motilón Barí y Catalaura La Gabarra, solicitados por el pueblo indígena Barí.

2. Que se ordene a la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior reconocer la presencia del pueblo indígena Motilón Barí en su territorio ancestral del Catatumbo, incluyendo la totalidad del municipio de Tibú.

3. Que se ordene suspender toda medida administrativa, legislativa, de proyectos minero energéticos, agro industria, zonas de reserva campesina o cualquier otra iniciativa que se traslape con el territorio ancestral del pueblo Barí, hasta tanto éste sea demarcado, ampliado y saneado, según lo solicitado en la primera pretensión.

4. Que se suspendan los efectos de la resolución 1642 del 31 de octubre de 2013 expedida por la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, hasta tanto se interpongan las acciones administrativas correspondientes.

5. Que se ordene al Ministerio del Interior realizar las acciones pertinentes para la protección integral del pueblo Barí.

Medida provisional

En adición a las anteriores pretensiones, la comunidad actora solicitó que con carácter urgente se ordenara al INCODER suspender la consideración y aprobación del proyecto de acuerdo para la constitución de la Zona de Reserva Campesina del Catatumbo, prevista, según afirmaron, para el 20 de marzo de 2014, solicitud que justificaron en la necesidad de prevenir un perjuicio irremediable a sus derechos fundamentales al territorio, la cultura, el debido proceso y la consulta previa.

1.4. Pruebas que obran en el expediente

Se allegaron junto con la demanda de tutela, en aproximadamente 338 folios, copias (simples, salvo expresa indicación en contrario) de varios documentos considerados relevantes frente a los hechos relatados, organizados en un listado de 44 anexos, de los cuales se listan a continuación los más pertinentes:

1. Resolución 0129, expedida el 26 de septiembre de 2013 por el Director de Asuntos Indígenas, ROM y Minorías del Ministerio del Interior, por la cual se inscribe a la organización actora en el registro de Asociaciones de Autoridades Tradicionales y/o Cabildos Indígenas, y se reconoce en sus cargos a los miembros de Junta Directiva y al representante legal (fs. 23 a

26, cuaderno primera instancia).

2. Propuesta para el saneamiento y ampliación de resguardos presentada por los representantes del pueblo indígena Barí a la Comisión Nacional de Territorios el 26 de junio de 2013 (fs. 32 a 44 ib).

3. Documento de “Trabajos Técnicos de Topografía Estudios Socioeconómicos – Avalúos para apoyar los procesos de conformación de expedientes de la comunidad Motilón Barí (saneamiento, ampliación y/o titulación)”, que contiene la advertencia de tratarse de un documento en construcción (fs. 53 a 81 ib).

4. Carta enviada por el Consejo Autónomo de Caciques Barí al Presidente de la República, fechada en abril 5 de 2011, aparentemente incompleta (fs. 82 a 96 ib).

5. Carta dirigida por el Consejo Autónomo de Caciques Barí al entonces Ministro de Agricultura, fechada el 13 de mayo de 2011, (fs.97 a 103 ib).

6. Acta de la reunión cumplida en Cúcuta los días 4 y 5 de diciembre de 2012, entre representantes de ASOPBARI, ASCAMCAT y el INCODER, junto con cuatro mapas anexos (fs. 104 a 120 ib).

7. Resolución Defensorial 060 expedida el 29 de diciembre de 2010, relacionada con la situación ambiental y de tierras en los territorios de la comunidad indígena Barí, por la cual se dan algunas órdenes a diversas autoridades públicas, principalmente al INCODER (f. 121 a 144 ib).

8. Informe sobre la situación de derechos humanos del pueblo indígena Motilón Barí elaborado por la Asociación de Comunidades Indígenas Motilón Barí de Colombia ASOCBARI con el apoyo de la Corporación Colectivo de Abogados Luis Carlos Pérez en julio de 2009 (fs. 145 a 166 ib).

9. Comunicación dirigida el 19 de febrero de 2014 por la organización accionante al Subgerente del INCODER y el Consejero Mayor de la ONIC (fs. 182 a 185 ib).

10. Comunicación dirigida el 5 de marzo de 2014 por la organización accionante al Procurador General de la Nación y el Defensor del Pueblo (fs. 186 a 189 ib).

12. Borrador de acuerdo del Consejo Directivo del INCODER, fechado en 2013, por el cual se resolvería la solicitud de constitución de la Zona de Reserva Campesina del Catatumbo (fs. 219 a 231 ib).

13. Documento contentivo del Plan de Vida del pueblo Barí, sin fecha específica ni otras indicaciones (fs. 232 a 286 ib).

14. Intervención presentada ante la Corte Constitucional por el representante legal de la Organización Nacional Indígena de Colombia ONIC dentro del proceso de constitucionalidad D-9799 (fs. 693 a 710 ib).

15. Concepto presentado ante la Corte Constitucional por el Procurador General de la Nación dentro del proceso de constitucionalidad D-9799 (fs. 713 a 731 ib).

16. Documento elaborado por la Corporación Colectivo de Abogados Luis Carlos Pérez en abril de 2012 acerca de la situación del pueblo indígena Motilón Barí con respecto al conflicto armado (fs. 732 a 735 ib).

17. Certificación N° 1642 del 31 de octubre de 2013, expedida por la Directora (e) de Consulta Previa del Ministerio del Interior, sobre la no presencia de comunidades indígenas en el área donde se pretende constituir la Zona de Reserva Campesina en el municipio de Tibú (fs. 736 a 739 ib).

18. Decreto 2164 de 1995, reglamentario de la Ley 160 de 1994 en lo relacionado con la dotación y titulación de tierras a las comunidades indígenas para la constitución, ampliación y saneamiento de sus resguardos (fs. 750 a 753 ib).

1.5. Actuación procesal ante el Tribunal Superior de Bogotá

Esta acción fue inicialmente presentada ante el Tribunal Superior de Bogotá, corporación en la cual, el Magistrado sustanciador a quien fue repartida, dictó auto el 20 de marzo de 2014, por el cual se abstuvo de decretar la medida provisional solicitada, al considerar que no se sustentó ni al menos mínimamente el perjuicio irremediable que la organización accionante sufriría en caso contrario, ni existir tampoco suficientes elementos de juicio para decidir sobre ello.

De otra parte, por auto de 21 de marzo siguiente, resolvió asumir conocimiento de esta acción de tutela, aceptar la vinculación oficiosa de la Organización Nacional Indígena de Colombia ONIC, la Procuraduría General de la Nación y la Defensoría del Pueblo, y ordenó notificar a las entidades accionadas y vinculadas, para que se pronunciaran sobre los hechos y pretensiones aducidas y ejercieran su defensa.

1.5.1. Intervención de la Defensoría del Pueblo

Mediante escrito remitido vía fax el 27 de marzo de 2014, la Defensora Delegada para Indígenas y Minorías Étnicas, respondió a esta tutela, comenzando por indicar que esa entidad no ha sido oficialmente vinculada como parte dentro de esta acción y que ninguna de las pretensiones aducidas se refiere a ella⁴. Sin embargo, relató lo que le consta de los hechos a que se hace referencia en la demanda de tutela.

En este sentido informó que la comunidad accionante solicitó apoyo a la Defensoría del Pueblo en relación con dos gestiones específicas: i) solicitar ante las instancias competentes la nulidad de la certificación 1642 expedida por la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, respecto de la presencia de comunidades indígenas en las áreas en las que se pretende constituir la ZRC en el municipio de Tibú, y ii) solicitar medidas cautelares de protección de los derechos territoriales amenazados o vulnerados, con base en el artículo 151 del Decreto 4633 de 2011.

1.5.2. Respuesta del Ministerio del Interior

También a través de escrito remitido vía fax el 27 de marzo de 2014, por el entonces Director de Consulta Previa, respondió a esta tutela⁵, refiriéndose puntualmente a la certificación 1642 de 31 de octubre de 2013 expedida por esa dependencia, sobre la no presencia de comunidades indígenas en determinadas áreas del municipio de Tibú. A este respecto, informó detalladamente acerca del efecto e implicaciones de estas certificaciones, así como sobre el procedimiento que antecede a su expedición, con especial referencia al caso concreto.

1.5.3. Respuesta del Instituto Colombiano de Desarrollo Rural INCODER

Este instituto hizo llegar al tribunal de conocimiento dos distintas comunicaciones respecto

de esta acción.

En la primera de ellas, presentada el 27 de marzo de 2014, el Coordinador de Representación Judicial de esa entidad, informó que ese mismo día, en horas de la tarde, se reuniría el Consejo Directivo del mismo, y que dentro de la agenda a considerar ciertamente aparecía el proyecto de acuerdo por el cual se resolvería la solicitud de constitución de la Zona de Reserva Campesina ZRC del Catatumbo.

Precisó que para tal efecto, se informó a la Secretaría General del Instituto sobre la existencia de esta acción de tutela y sus pretensiones, para que a su vez, aquella pudiera enterar oportunamente al Consejo Directivo sobre esos hechos. De otra parte, se comprometió a poner en conocimiento del Magistrado sustanciador el resultado de la consideración de este tema por parte del Consejo Directivo, así como lo que ella implicara en cuanto a la posición del INCODER respecto de esta acción de tutela.

En la segunda comunicación, remitida el día 28 de marzo por el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica informó al despacho de conocimiento que ese Instituto recibió además una comunicación en la que el Procurador General de la Nación solicitó a su Consejo Directivo abstenerse de resolver sobre la creación de esta ZRC hasta tanto este tribunal se pronunciara sobre la demanda de inconstitucionalidad contenida en el expediente D-9799 y se decidiera además sobre esta tutela.

Adjunta a esta comunicación, remitió también certificación suscrita en la fecha por el Secretario General del INCODER, que da cuenta de que, ante estos hechos, en su sesión del día 27 de marzo anterior, el Consejo Directivo de la entidad resolvió abstenerse de considerar y decidir sobre la constitución de la ZRC del Catatumbo, hasta tanto el juez constitucional decida de fondo sobre esta acción de tutela.

1.5.4. Respuesta de la Agencia Nacional de Minería

Una apoderada especial de esta entidad presentó el 27 de marzo de 2014 escrito con el propósito de contestar esta acción de tutela, en el que después de enumerar los hechos y pretensiones aducidas en la demanda, y frente a ellos las funciones asignadas a esa dependencia, señaló que aquella no ha violado en forma alguna los derechos fundamentales de la comunidad actora, por lo que la tutela debe ser negada en lo que a ella se refiere.

Seguidamente, hizo referencia a la normatividad aplicable a los contratos de concesión minera que esa entidad está habilitada para celebrar, y al respecto transcribió apartes del Código de Minas (Ley 685 de 2001), relacionados con las zonas reservadas, excluidas o restringidas. En ese sentido, señaló que las áreas en las que se asienta el pueblo Barí (tierras de resguardo) corresponden al Parque Nacional Natural Motilón Barí, razón por la cual no existe en esta zona ningún título minero vigente. Seguidamente, presentó también los artículos del mismo código que tienen que ver con la explotación de proyectos mineros en territorios indígenas, sobre lo cual resaltó que esa entidad en todo momento acata las restricciones existentes, y en general, las disposiciones aplicables al tema. Para mayor precisión, envió además, como anexo de su contestación, un mapa en el que puede apreciarse la situación jurídica pertinente a las distintas áreas de los municipios de El Carmen, Convención Teorama, El Tarra y Tibú ocupadas por la comunidad demandante, y/o aquellas en las que se adelantan proyectos mineros o existen solicitudes al respecto.

A partir de lo anterior, solicitó al juez constitucional desestimar esta solicitud de tutela, en lo que a esa agencia se refiere.

1.5.5. Intervención de la Procuraduría General de la Nación

Un apoderado de este órgano de control, presentó un escrito en el que da respuesta a esta acción de tutela, al que anexó copias de las comunicaciones que refiere.

En primer lugar, hizo una amplia presentación, e incluso una transcripción parcial del concepto emitido por el Procurador General de la Nación dentro del proceso de constitucionalidad correspondiente al expediente D-9799, dentro del cual pidió a esta Corte declarar inexecutable con efectos diferidos los artículos 79 a 84 de la Ley 160 de 1994, que contienen la normatividad aplicable a las zonas de reserva campesina ZRC, por haber sido expedidas sin previa consulta de los pueblos indígenas que pueden verse afectados con la constitución de aquellas.

De otra parte, informó que en ejercicio de la función preventiva que la Constitución asigna a la Procuraduría, el Delegado para Asuntos Ambientales y Agrarios se dirigió, en octubre de 2013, al entonces Director (e) del INCODER para llamar la atención sobre un hallazgo detectado en el departamento del Guaviare, en el que tierras que hacen parte de resguardos indígenas fueron incluidas como parte de Zonas de Reserva Campesina, lo que podría

además repetirse en el caso de la ZRC del Catatumbo, respecto del territorio de los dos resguardos allí existentes.

Según puede observarse en el fragmento transcrito de esa comunicación, advirtió que aun cuando aparentemente existe una franja de terreno intermedia entre las tierras de resguardo y algunas de las que se pretende constituir como ZRC, esa franja haría parte de las zonas solicitadas por la comunidad accionante para la ampliación de sus resguardos, razón por la cual, tales terrenos podían llegar a traslaparse. Señaló cómo, ante esta eventualidad, y con el fin de evitar posibles equivocaciones, la Procuraduría General aconsejó al INCODER proceder a decidir, en primer término, las solicitudes de ampliación de los resguardos del pueblo Barí y, posteriormente, la posible constitución de la ZRC del Catatumbo.

Advirtió que en opinión de la Procuraduría General de la Nación, en casos como el presente es necesario adelantar un trámite de consulta previa, razón por la cual, solicitó al Consejo Directivo del INCODER abstenerse de adoptar una decisión sobre la constitución de esta ZRC hasta tanto fuera resuelta esta acción de tutela y la demanda de inconstitucionalidad radicada bajo el expediente D-9799, al que ya se ha hecho referencia.

1.5.6. Respuesta del Ministerio de Agricultura

Este Ministerio contestó la acción de tutela por conducto de un funcionario de su Oficina Asesora Jurídica, quien pidió al juez constitucional desvincular a esa dependencia, pues la misma no ha vulnerado ningún derecho fundamental de la comunidad actora.

Como principal razón de su solicitud, explicó que el Ministerio no es competente para adoptar decisiones relacionadas con la constitución de Zonas de Reserva Campesina, pues esta responsabilidad ha sido legalmente asignada al INCODER, organismo que si bien está adscrito a esa dependencia, y el Ministro forma parte de su Consejo Directivo, es una entidad dotada de autonomía administrativa, en desarrollo de la cual toma sus propias decisiones y es la única responsable de ellas.

Mediante comunicación suscrita por su representante legal, allegada al expediente el 27 de marzo de 2014, esta organización expresó su opinión sobre esta acción de tutela. De manera general, sus manifestaciones respaldaron el relato, así como las pretensiones planteadas por la organización accionante.

En este sentido, la ONIC informó haber prevenido al INCODER sobre la necesidad de postergar la decisión sobre la constitución de la ZRC del Catatumbo hasta tanto se adelante el trámite de consulta previa a que tiene derecho el pueblo Barí y se proteja adecuadamente su territorio ancestral, mediante la aplicación de las medidas cautelares previstas en el Decreto 4633 de 2011. Señaló que, en concepto de esa organización, sí existiría traslape, al menos parcial, entre zonas que harían parte de la ZRC solicitada por ASCAMCAT y el área que hace parte de los territorios ancestrales reclamados por la comunidad accionante. También anotó tener conocimiento de reuniones y diversas gestiones adelantadas entre ASCAMCAT y el INCODER con miras a la delimitación de la futura ZRC, a las que no ha sido convocada la comunidad indígena que se vería afectada, así como de la existencia de un proyecto de acuerdo del Consejo Directivo de esta última en el que se decidiría favorablemente esta solicitud, aun cuando no se han agotado las demás diligencias a que antes hizo referencia.

Con respecto a los derechos fundamentales invocados, hizo una amplia reflexión sobre su configuración normativa y jurisprudencial, a partir del Convenio 169 de la OIT, la cual incluyó referencias sobre el derecho al territorio y sus implicaciones, el derecho a la consulta previa, el debido proceso, y el derecho a la integridad étnica y cultural de la comunidad indígena.

Respecto de las pretensiones que sustentan esta acción de tutela, hizo referencia a una nota aparecida en días anteriores en el periódico El Espectador (cuyo texto transcribió y adjuntó), que explica las razones por las cuales el pueblo Barí se opone a la constitución de la ZRC en la región del Catatumbo, así como la urgencia que el Gobierno Nacional tendría para acceder a tal solicitud, omitiendo considerar el interés de este grupo étnico.

Por último, aludió, como también lo hicieron otros accionados e intervinientes, al hecho de que para el mismo día estaba citado el Consejo Directivo del INCODER, y que dentro de los puntos de su agenda se encontraba la posible decisión sobre la constitución de la referida ZRC, por lo que solicitó detener esa determinación.

1.5.8. Intervención de la Asociación Campesina del Catatumbo ASCAMCAT

El 31 de marzo de 2014, la representante legal de esta organización se dirigió al Magistrado sustanciador a cargo del caso, solicitando que aquélla fuera reconocida como interviniente ad excludendum dentro del presente trámite, teniendo en cuenta el interés legítimo que le asiste en sus results, al ser el solicitante de la ZRC a cuya creación se opone la comunidad

indígena accionante, y el hecho de que, pese a esa circunstancia, hasta ese momento, no había sido procesalmente vinculada.

Como antecedentes de su solicitud, incorporó un resumen de los hechos sucedidos en la región del Catatumbo, al menos durante las dos últimas décadas, y en particular del movimiento campesino de la zona, y los hechos de violencia y desplazamiento que los han afectado. Informó que la organización que representa fue legalmente constituida en el mes de diciembre de 2005.

Sobre los hechos ocurridos en la región a lo largo del Siglo XX, relató una historia semejante a la ya contada por la comunidad demandante, que parte de las autorizaciones que desde 1905 dio el Gobierno Nacional para adelantar actividades de exploración y explotación de petróleo en la zona que, ellos mismos reconocen, era el hábitat natural de la comunidad indígena Barí. Señalan que todo el desarrollo de esa zona, incluyendo la construcción de campos petrolíferos, oleoductos, carreteras y el poblado de Tibú, se hizo a expensas de la destrucción de ese hábitat y el desplazamiento de la comunidad indígena, cuyo territorio fue progresivamente reducido hacia espacios cada vez más pequeños.

Posteriormente, se refirió a los procesos de diálogo y trabajo conjunto realizados durante la última década entre ASCAMCAT y sus miembros y los representantes del pueblo indígena Barí, como también a las iniciativas promovidas por el movimiento campesino sin la participación de los indígenas, entre ellas la llamada Mesa de Interlocución y Acuerdo MIA, pensada como un espacio de interacción entre los campesinos y las autoridades competentes en relación con los temas de su interés, o que inciden sobre el desarrollo de la comunidad. Informó también que la idea de constituir una Zona de Reserva Campesina surgió desde el año 2006, como una propuesta de la Defensoría del Pueblo ante los hechos de desplazamiento y demás afectaciones que los campesinos de la región han vivido por años. Según se informa más adelante en otra parte de su relato, la correspondiente solicitud se presentó al INCODER en junio de 2011.

Informó también que a mediados de 2013, y ante los desacuerdos, problemas e incumplimiento de parte del Gobierno en torno al tema de la erradicación manual de cultivos ilícitos y la constitución de la ZRC, los campesinos decidieron tomarse las carreteras del departamento, hecho de protesta que se prolongó por varias semanas y que finalmente se

solucionó con la mediación de varios prominentes actores políticos y sociales, con la firma de importantes acuerdos dentro del marco de la MIA, entre los campesinos y el Gobierno. Entre estos compromisos estuvo el de agilizar la constitución de la ZRC del Catatumbo, la que, según aseguran, tendría en cuenta el interés de las comunidades indígenas y el resultado de la consulta previa que al respecto se adelantara.

Posteriormente, explicó con detalle las distintas etapas y diligencias que se han surtido dentro del trámite de constitución de la ZRC, destacándose en su narración el apoyo que el INCODER habría brindado durante todo este proceso. Aludió a las reuniones de socialización con el pueblo indígena Barí que ASCAMCAT ha propiciado, entre ellas las realizadas en marzo de 2012 en el municipio de Tibú y en diciembre del mismo año en la ciudad de Cúcuta, y describió los acuerdos logrados en esa oportunidad, los cuales incluían la restricción del territorio que se constituiría en ZRC a una zona del municipio de Tibú que no se traslapara con los territorios reconocidos como parte de los dos resguardos Barí, o pretendidos por ellos dentro del proceso de ampliación de los mismos. También se refirió al hecho de que, más de un año después de cumplida esta última reunión, la comunidad indígena se haya quejado de la existencia de supuestas presiones no especificadas, y sobre las cuales no ha presentado denuncia formal. Llamó la atención sobre el hecho de que esta reunión fue convocada y presidida por el INCODER, lo que generaría dudas adicionales sobre la existencia de tales supuestas presiones.

Seguidamente, recordó que la solicitud de constitución de la ZRC del Catatumbo contempla la inclusión de espacios localizados en jurisdicción de siete distintos municipios del Norte de Santander, como también que, conscientes de la parcial coincidencia entre tales territorios y aquellos pertenecientes o reclamados por el pueblo indígena Barí, solicitaron a la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior certificar en cuáles de esos territorios existía tal coincidencia. Que por ello, ante la expedición de las resoluciones 1656 y 1642, ambas del 31 de octubre de 2013, se decidió que, mientras tanto, se restringiera la solicitud a los espacios del municipio de Tibú en los que no existe esta situación, sujetando lo demás a la previa realización de la necesaria consulta previa. Informó también, que algo análogo ocurre en relación con aquellas áreas que hacen parte de la Zona de Reserva Forestal Serranía de los Motilones, a la que antes se hizo referencia, frente a lo cual ASCAMCAT es consciente de la necesidad de agotar el proceso de sustracción de tales zonas, con lo que en ambos casos, la futura ampliación del territorio declarado como ZRC dependerá del buen suceso de estos

trámites.

En otro punto, este interviniente llama la atención sobre el hecho de que, en todo lo relacionado con el pueblo indígena Barí, ha interactuado siempre con su legítimo representante, esto es ASOPBARI y el Consejo Autónomo de Caciques, por lo que resulta sorpresivo y desproporcionado que quien promueva esta tutela e invoque la vulneración de sus derechos fundamentales sea una nueva organización, hasta ahora desconocida para ASACMCAT, constituida hace menos de un año.

Por último, se refirió también a la naturaleza jurídica de los resguardos indígenas y a los derechos fundamentales que la jurisprudencia de esta corporación les ha reconocido, frente a lo cual afirmó que no es claro cuáles de ellos resultarían afectados por la constitución de la ZRC, pues por lo demás, el punto tampoco ha sido sustentado por la organización accionante. Señaló que en cualquier caso, esta acción de tutela debe definirse a través de un juicioso proceso de ponderación de derechos fundamentales, en el cual resulten adecuadamente protegidos, además de aquellos inherentes a la comunidad indígena, los que son propios del movimiento campesino representado por ASCAMCAT.

1.5.9. Auto de abril 2 de 2014

Encontrándose este trámite en el momento procesal para proferir sentencia de tutela de primera instancia, el Magistrado a quien fue repartido en el Tribunal Superior de Bogotá, profirió auto en el que después de hacer un recuento de los hechos de la demanda, señaló que el competente por el factor territorial para conocer de este proceso era el Tribunal Superior de Cúcuta, pues es en territorio de ese Distrito Judicial que tienen lugar los hechos que motivan la solicitud de amparo, y es también allí donde tienen su domicilio tanto la comunidad indígena demandante como la organización ASCAMCAT, que como ya se explicó, para la fecha había solicitado ser vinculada como tercero con interés en la decisión.

Explicó que si bien la demanda de tutela fue admitida y tramitada por el Tribunal Superior de Bogotá, ante el cual se presentó, con el ánimo de brindar una efectiva protección a los intereses y derechos de la comunidad accionante, y al encontrarse en esta ciudad el domicilio principal de las entidades públicas accionadas, una vez advertido el referido error, no resultaba procedente proseguir la actuación sin corregirlo, razón por la cual, en lugar de resolver sobre lo planteado, ordenó la inmediata remisión del expediente al Tribunal Superior

de Cúcuta, al que estimó competente, y comunicar esa decisión tanto a la comunidad indígena actora como a la totalidad de las entidades accionadas y/ vinculadas.

1.6. Actuación procesal ante el Tribunal Superior de Cúcuta

Recibido y repartido el expediente en este tribunal, el 11 de abril de 2014 el Magistrado sustanciador a cargo dictó auto por el cual ordenó: i) admitir esta acción de tutela; ii) notificar a todas las entidades accionadas; iii) vincular al trámite a varias entidades adicionales, entre ellas el Consejo Autónomo de Caciques y ASOPBARI, la Defensoría del Pueblo, la Procuraduría Delegada para Asuntos Ambientales y Agrarios y la Organización Nacional Indígena de Colombia ONIC, a quienes también dispuso notificar, y iv) abstenerse de decretar la medida provisional solicitada, por coincidir con las pretensiones de fondo de esta misma acción y por no existir prueba suficiente de su necesidad.

1.6.1. Solicitud de nulidad

Obrando por conducto de apoderado especial, ASCAMCAT presentó el 25 de abril de 2014 solicitud de nulidad, al no haberse incluido esta organización entre las entidades vinculadas por auto de abril 11 anterior, pese a existir razones para ello.

En sustento de esta solicitud, el apoderado de esta organización relató nuevamente la historia de la misma, y reiteró su carácter de solicitante de la Zona de Reserva Campesina cuya constitución rechaza la comunidad indígena actora. Recordó además la solicitud que en este sentido presentó esa misma entidad ante el Magistrado entonces a cargo del tema en el Tribunal Superior de Bogotá, la que en su momento no fue atendida, aunque sí se hizo referencia a ella en el auto por el cual se ordenó la remisión del expediente al Tribunal Superior de Cúcuta.

Seguidamente, el nulitante hizo amplia referencia a la jurisprudencia de este tribunal relacionada con la necesidad de integrar adecuadamente el contradictorio, y a la nulidad de la actuación en que se omitiere tal diligencia. También aludió a la posibilidad de intervenir como coadyuvante dentro del trámite de una acción de tutela, bien sea desde la posición de accionante o desde la de demandado, como considera que corresponde a ASCAMCAT en este caso.

Finalmente, este interviniente reiteró el relato que anteriormente hizo esta misma organización ante el Tribunal Superior de Bogotá, en relación con la solicitud y trámite de constitución hasta ahora cumplido ante el INCODER en relación con la ZRC del Catatumbo, así como sobre los acercamientos y discrepancias existentes entre el movimiento campesino y los indígenas Barí en torno al tema, todo ello con miras a acreditar el interés que asiste a su poderdante para intervenir dentro de esta acción, y para solicitar la nulidad de lo actuado al no haberse tomado en cuenta esas circunstancias, las cuales necesariamente conducen a su vinculación.

1.6.2. Respuesta de la Procuraduría General de la Nación

Este órgano de control intervino mediante apoderado para presentar respuesta a esta acción de tutela, exactamente en los mismos términos que antes lo hiciera ante el Tribunal Superior de Bogotá, para lo cual anexó también los mismos soportes.

1.6.3. Respuesta del INCODER

De igual manera intervino esta entidad, por conducto de su Coordinador de Representación Judicial, para hacer referencia a la respuesta que en su momento presentó al Tribunal Superior de Bogotá, reiterar los términos de la misma y recordar que desde el 27 de marzo anterior, el Consejo Directivo del INCODER suspendió la consideración y decisión del tema sobre constitución de la ZRC, hasta tanto se decida de fondo esta acción, y en atención a la solicitud que en tal sentido presentó el Procurador General de la Nación.

1.6.4. Respuesta del Ministerio del Interior – Dirección de Consulta Previa

El titular de esta dependencia respondió esta acción de tutela, también en términos semejantes a los que anteriormente lo hiciera ante el Tribunal Superior de Bogotá, invocando como razones de su defensa la legalidad del trámite cumplido ante ella para efectos de determinar la presencia o no de comunidades indígenas en el área sobre la cual se pretende constituir la referida ZRC del Catatumbo, y la de las resoluciones expedidas como resultado de tales solicitudes.

1.6.5. Intervención de la Defensoría del Pueblo

Mediante comunicación remitida por la Jefe de su Oficina Jurídica, este organismo simplemente adjuntó copia del escrito enviado días atrás al Magistrado responsable del tema en el Tribunal Superior de Bogotá.

1.6.6. Respuesta de la Agencia Nacional de Minería

Esta agencia contestó también, por conducto de apoderada especial, en los mismos términos que previamente lo hizo ante el Tribunal Superior de Bogotá.

1.6.7. Respuesta de la Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas UARIV

Esta Unidad Administrativa Especial respondió a la referida acción de tutela, asumiéndola como presentada por el señor Diego Elías Dora Cebra, más que por la organización por él representada. En tal medida, señaló que este ciudadano no figura inscrito como víctima en los registros llevados por esa entidad, por lo que no podría reclamar los beneficios establecidos en la Ley 1448 de 2011. Así mismo, señaló que tampoco aparece en sus registros constancia de que el señor Dora Cebra hubiere radicado una solicitud en ejercicio del derecho de petición que esté pendiente de ser atendido.

Por estas razones, solicitó al juez constitucional desvincular a esa entidad del referido trámite.

1.6.8. Intervención de la entidad accionante

La Asociación de Autoridades Tradicionales del pueblo Barí ÑATUBAIYABARI dirigió un escrito al juez de conocimiento, para responder a la comunicación por la cual se le informó el envío del expediente al Tribunal Superior de Cúcuta.

1.6.9. Respuesta del Municipio de Tibú

El Alcalde Municipal de esta población dio respuesta a esta acción de tutela, indicando que ninguno de los hechos aducidos en ella configura acciones ni omisiones a cargo de la administración municipal, razón por la cual no estaría en posición de aceptarlos ni de negarlos. Por consiguiente, se limitó a manifestar su opinión como representante del municipio, frente a las pretensiones aducidas por los actores.

A este respecto, el Alcalde Municipal de Tibú señaló que, en su sentir, lo ideal sería que el trazado de los límites de las distintas áreas y regímenes jurídicos existentes en la región se hiciera de manera concertada entre todas las entidades involucradas. En todo caso se opuso a la pretensión de que se declare que todo el territorio de su municipio debe hacer parte de las tierras de resguardo, al destacar que gran parte de esa área, así como muchos de sus pobladores, no tienen ninguna relación con la comunidad indígena accionante. De igual manera, se mostró contrario a la posibilidad de que se ordene suspender todos los proyectos minero-energéticos cuyo campo de acción se traslape con los territorios ancestrales del pueblo Barí hasta tanto éste no se delimite de manera definitiva, por cuanto, además de tratarse de una pretensión desproporcionada, frente a territorios que no hagan parte de los dos resguardos del pueblo Barí, este hecho causaría un grave e injustificado detrimento a la economía de ese municipio y al bienestar de sus habitantes. Finalmente, se abstuvo de pronunciarse sobre las dos últimas pretensiones, relacionadas con la privación de efectos a las certificaciones expedidas frente a este caso por el Ministerio del Interior, y el otorgamiento de medidas especiales de protección en favor del pueblo Barí.

1.6.10. Respuesta del Ministerio de Agricultura

Este Ministerio concurrió al proceso por conducto del Coordinador del Grupo de Procesos Judiciales, quien dio respuesta a la acción de tutela en la misma forma que lo hizo ante el Tribunal Superior de Bogotá.

1.6.11. Nulidad de la actuación

Mediante auto de mayo 5 de 2014, y teniendo en cuenta las solicitudes presentadas por ASCAMCAT, así como el interés que asiste a esta organización respecto de los hechos controvertidos, el Magistrado sustanciador decidió decretar la nulidad del proceso desde inmediatamente después de la admisión de la demanda, con excepción de las pruebas hasta allí recaudadas. En consecuencia, ordenó, además, notificar a ASCAMCAT y correrle traslado de esta acción para que, en el término de dos días, ejerciera sus derechos de defensa y contradicción.

1.6.12. Contestación de ASCAMCAT

Al descorrer el traslado otorgado, esta organización presentó un extenso escrito en el que

reitera varios aspectos ya desarrollados en sus anteriores comunicaciones, en las que solicitó ser vinculada a esta actuación, y la nulidad de la misma⁶, entre ellos los relacionados con la solicitud de constitución de la Zona de Reserva Campesina del Catatumbo, la importancia que esa decisión tendría para este movimiento social, el relato de los campesinos sobre la presencia indígena en la región, el diálogo intercultural que en los años recientes han sostenido o intentado sostener con la comunidad indígena Barí, el interés sobre el tema que en algunas épocas han demostrado las autoridades, las certificaciones expedidas por la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, así como la decisión más recientemente adoptada de restringir el área en la que se constituiría la ZRC a un polígono localizado en el municipio de Tibú, en el que no existiría presencia indígena, y solicitar el trámite de consulta previa respecto de lo demás, solución que incluso, aparece ya incorporada en el proyecto de decisión que al respecto estudiaba (para ese momento) el Consejo Directivo del INCODER.

De otra parte, destaca la Sala, que si bien el relato de esta organización campesina reconoce el desplazamiento y las demás afectaciones de que ha sido víctima el pueblo Barí desde comienzos del siglo XX, así mismo insiste en el hecho de que también los campesinos de la zona deben ser considerados víctimas de esos graves hechos, en especial de aquellos sucedidos durante las dos últimas décadas, y no victimarios como se pretende presentarlos. Alegó que los principales responsables de los acontecimientos que históricamente han afectado a esas dos comunidades son la indiferencia del Estado y la acción de las empresas extractivas llegadas a la zona con el ánimo de adelantar la explotación de los recursos naturales existentes.

Así mismo, analizó las circunstancias que en su concepto deben conducir a la improcedencia y/o negación de esta acción de tutela, incluyendo la disponibilidad de otros mecanismos de defensa judicial, la ausencia de perjuicio irremediable, y la no vulneración de los derechos fundamentales que para el caso se invocaron, entre ellos los relacionados con la identidad étnica y cultural y la consulta previa. De otra parte, reiteró su inconformidad por la que consideró, la falsa, tardía e imprecisa protesta de la comunidad indígena frente a las supuestas presiones de que habrían sido objeto para el logro de los acuerdos preliminares alcanzados durante el año 2012 y el alegado incumplimiento de tales compromisos.

De igual manera, se refirió a los derechos que conforme a la Constitución de 1991 y a la

jurisprudencia de esta corporación tienen los campesinos y a la forma como la solicitada constitución de una zona de reserva campesina serviría a la promoción y defensa de esos derechos. Por esta razón, reiteró al tribunal de conocimiento su pedido para que al resolver sobre esta acción de tutela se haga una cuidadosa ponderación de los derechos de ambas comunidades, que aunque por distintas razones, comparten la condición de víctimas de los conflictos existentes en la región del Catatumbo y la de sujetos de especial protección constitucional.

Como anexos de su contestación, ASCAMCAT presentó copia del acta de la reunión tripartita sostenida en Cúcuta, en diciembre de 2012, entre representantes del pueblo Barí, ASCAMCAT y el INCODER, y el borrador de resolución elaborado por este último instituto para decidir sobre la solicitud de constitución de la ZRC, y que para la fecha en que se presentó la tutela se encontraba para consideración de su Consejo Directivo.

II. DECISIONES JUDICIALES QUE SE REVISAN

2.1. Sentencia de primera instancia

Mediante fallo del 19 de mayo de 2014, el Tribunal Superior de Cúcuta resolvió negar por improcedente esta acción de tutela y las pretensiones en ella aducidas. Como sustento de esta decisión, el tribunal a quo señaló: i) que el INCODER suspendió, de manera voluntaria, la consideración y eventual aprobación del proyecto de decisión sobre constitución de la Zona de Reserva Campesina ZRC del Catatumbo, por lo que se habría logrado lo pretendido a través de esta tutela; ii) que las resoluciones de la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior sobre presencia o no de comunidades indígenas en la zona se expidieron con base en las necesarias pruebas y estudios técnicos y están amparadas por la presunción de legalidad, por lo que no existe razón para contemplar su eventual inaplicación ni cesación de efectos; iii) que no es posible privar de efectos todos los actos administrativos que hubieren autorizado la realización de proyectos agrícolas, minero-energéticos y/o de exploración y explotación de hidrocarburos en el territorio reclamado por el pueblo indígena accionante hasta tanto se proceda a la ampliación y demarcación de sus territorios, pues la suspensión de actos administrativos por vía de tutela es altamente excepcional, y en este caso no existen pruebas y razones que justifiquen tal solicitud, menos aún frente al impacto negativo que tal decisión causaría frente a la economía de la región y los derechos de terceras

personas; iv) que frente a la genérica solicitud de protección en favor del pueblo Barí, no existen pruebas que ameriten su procedencia, pues tampoco se acreditó, en debida forma, la alegada vulneración de derechos fundamentales de esa comunidad indígena.

Mediante escrito presentado dentro del término de ejecutoria, el apoderado de la comunidad indígena demandante impugnó el referido fallo de primera instancia. El recurrente comenzó por reiterar el relato fáctico e histórico contenido en la demanda de tutela y sus otras intervenciones, resaltando algunos puntos a partir de los cuales pretendió dar adicional sustento a sus pretensiones.

Frente al argumento del a quo en el sentido de que el INCODER consintió en suspender la decisión sobre la solicitud de constitución de la ZRC, señaló que esa decisión estuvo basada en la existencia de esta acción de amparo y la resolución de protección que presumiblemente se tomaría como resultado de ella, pero que si el juez de tutela se abstiene de tales medidas o niega su adopción, ello posiblemente ocasionará la reanudación de esa actuación administrativa, al no existir una decisión judicial que lo impida.

Respecto de su pretensión para que se ordene al Ministerio del Interior reconocer la presencia de la comunidad indígena accionante en el área en la que, según éste certificó, no existe tal presencia, señaló que ese hecho genera la invisibilización del pueblo Barí y puede conducir a facilitar su exterminio, lo que en concepto de esta corporación implica en sí mismo un perjuicio irremediable, pues bajo tal supuesto no es posible la solicitud y otorgamiento de las medidas de protección a las que sus miembros tendrían derecho.

Reiteró que se trata de territorios que históricamente estuvieron bajo dominio de ese grupo étnico y sobre los cuales se adelantan en la actualidad gestiones conducentes a su recuperación, de forma que sea posible revertir el despojo perpetrado contra la comunidad. A este respecto citó también varias decisiones de esta corporación, entre ellas las sentencias T-547 de 2010, T-880 de 2006 (que resolvió sobre un caso anterior del mismo pueblo Barí) y T-433 de 2011, en las que esta Corte habría planteado la posibilidad de demostrar la presencia ancestral de los pueblos indígenas, no obstante la existencia de certificaciones en sentido contrario expedidas por la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior. Indicó que existe identidad de circunstancias entre lo probado y decidido en esos eventos y los supuestos del presente caso.

De otro lado, insistió en la grave situación de carácter humanitario que afronta esa comunidad, la que habría sido reconocida por esta Corte a través de diversos pronunciamientos emitidos por la Sala de Seguimiento a la sentencia T-025 de 2004. En relación con este aspecto invocó también diversas decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como la sentencia T-282 de 2011 de esta corporación, y el Decreto 4633 de 2011 sobre la recuperación de tierras despojadas, en el que además se reafirma la existencia de un derecho fundamental de los grupos étnicos a los territorios tradicionalmente ocupados por ellos.

Finalmente, sobre el rechazo de las medidas de protección solicitadas en la demanda de tutela, señaló que, al parecer, el a quo se abstuvo de mirar las pruebas que las justifican, pues la decisión adoptada parece basarse únicamente en las que fueron aducidas por el Ministerio del Interior, según las cuales no existe en este caso violación de derechos fundamentales de la comunidad indígena.

2.3. Sentencia de segunda instancia

Mediante sentencia del 17 de junio de 2014, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia decidió confirmar en su totalidad el fallo de primera instancia.

En sustento de esta decisión, indicó el ad quem que la determinación de suspender la consideración del tema sobre constitución de la ZRC del Catatumbo no estuvo condicionada al trámite de esta tutela, por lo que se entiende que se mantendrá aun cuando esta última sea objeto de una decisión negativa, como en efecto ocurrió. En el mismo sentido, agregó que en caso de reanudarse dicha actuación, existe la posibilidad de reactivar también la solicitud de protección constitucional, aun cuando por esas razones la tutela hubiere sido inicialmente negada o desistida.

En cuanto a la solicitud de suspender las certificaciones del Ministerio del Interior sobre la supuesta ausencia de comunidades indígenas en la zona controvertida, señaló que si bien ello sería excepcionalmente posible, tal decisión solo podría ser resultado de un extenso debate probatorio, como el que es posible adelantar dentro del marco de las acciones contenciosas administrativas pertinentes. En esta línea, agregó que el Código Contencioso Administrativo actualmente vigente⁷ prevé además la posibilidad de solicitar medidas cautelares que permitan una más oportuna protección de los derechos invocados desde el

inicio del proceso.

Finalmente, frente a la solicitud de suspender e impedir la realización de nuevos proyectos en el área reclamada por la comunidad Barí, señaló el ad quem que se trata de un reclamo genérico y carente de fundamento, sin conexión específica con pruebas obrantes en el expediente, y más bien parecen sugerir una profunda controversia en el campo de las políticas públicas, que no puede ser resuelta mediante el ejercicio de la acción de tutela.

III. PRUEBAS Y OTRAS ACTUACIONES SURTIDAS DURANTE EL TRÁMITE DE REVISIÓN

3.1. El 7 de noviembre de 2014, la Organización Nacional Indígena de Colombia ONIC presentó un escrito firmado por su representante legal, en el que aporta información relevante y solicita a la Corte acceder a las pretensiones de la comunidad demandante.

Este documento hizo un recuento de la situación de hecho subyacente, en especial en lo relacionado con la progresiva reducción del territorio propio del pueblo Barí desde comienzos del Siglo XX hasta los años recientes, y destacó la oportunidad que en este caso tiene la Sala para sentar jurisprudencia aplicable a casos análogos, en los que se solicite la constitución de ZRC en territorio indígena, y la necesidad que existiría de adelantar un trámite de consulta previa, más aún después de la sentencia C-371 de 2014. Señaló también que, según esa organización lo ha comprobado, sí existe un traslape, al menos parcial, entre el territorio reclamado por la comunidad indígena, y el que se pretende constituir en ZRC.

Señaló que en caso de aprobarse esta decisión, ello implicaría un importante cambio en la destinación de los territorios, a los que seguramente se les daría una vocación agrícola, en detrimento del esquema que históricamente han tenido, que privilegia la caza y la pesca, de las cuales depende la alimentación del pueblo Barí. Anotó también que existen diversas presiones e intereses, incluso del Gobierno Nacional, encaminados a la aprobación de la solicitud de constitución de la ZRC en esta zona, pese a la afectación que ello causaría al pueblo indígena accionante.

Esta comunicación anexa un total de siete mapas, con los cuales se pretende demostrar varios de los hechos y circunstancias explicados, y en especial, la parcial superposición que, según se alega, existe, entre los territorios no titulados, pero reclamados por la comunidad indígena y aquellos en los que se propone constituir la ZRC promovida por ASCAMCAT.

3.2. Mediante auto de 16 de diciembre de 2014, la Sala Cuarta de Revisión decidió mantener, como medida provisional, la suspensión de consideración del proyecto de resolución del Consejo Directivo del INCODER, en relación con la solicitud de constitución de la Zona de Reserva Campesina ZRC, a que se ha hecho referencia, medida que había sido ordenada por iniciativa de esa misma instancia, al enterarse del trámite de esta acción de tutela. De igual manera, solicitó al INCODER presentar un informe sobre las etapas surtidas dentro del trámite de ampliación, saneamiento, delimitación y reconocimiento del territorio ancestral del pueblo Barí iniciado desde el año 2005, y suspendió los términos para fallar este proceso mientras se recibían y recaudaban las pruebas decretadas.

3.2.1. En respuesta a lo solicitado, el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del INCODER informó que puso el asunto en conocimiento de la Subgerencia de Promoción, Seguimiento y Asuntos Étnicos de esa entidad, que es la sección competente en relación con el tema, y remitió el informe preparado por esa dependencia, el que aparentemente se encuentra incompleto.

Además de alguna información preliminar, coincidente con la previamente conocida en este proceso, este informe se refirió al trabajo topográfico necesario para verificar las circunstancias de todos los terrenos objeto de esta solicitud, los cuales tiene un área superior a las 216 mil hectáreas, respecto de lo cual señaló que existen carencias presupuestales, y que actualmente (para esa fecha) ese Instituto gestiona la consecución de los recursos necesarios para ello. También informó sobre algunas de las tareas adelantadas en relación con cada una de las secciones que componen el territorio sobre el cual se solicita la ampliación de los resguardos, así como las reuniones de concertación cumplidas durante el último año con los representantes de la comunidad indígena interesada.

3.3. Durante el trámite de revisión, se recibieron también los siguientes escritos y documentos relevantes:

3.3.1. El 19 de diciembre de 2014 el representante legal de la ONIC propuso al Magistrado sustanciador convocar y solicitar opinión sobre este caso a un conjunto de instituciones públicas y privadas.

3.3.2. En la misma fecha se recibieron dos comunicaciones relacionadas con este proceso, la primera proveniente de la Asociación de Juntas del Municipio de Tibú ASOJUNTAS y la segunda suscrita por los entonces Alcaldes de los municipios de San Calixto, Hacarí, El Tarra,

Teorama, Convención y Tibú, en cuyos territorios se encuentran las zonas reclamadas por la comunidad indígena Barí, en las que se solicita también la constitución de la ZRC.

Estos documentos, si bien reconocen la presencia de la comunidad indígena en la región, abogan también porque se permita la constitución de la ZRC propuesta, lo cual consideran que no iría en contra de los intereses de tal comunidad, y de otra parte, favorecería el interés de tales municipios al facilitar la realización de diversos proyectos de desarrollo, y porque se conceda la tutela únicamente en lo relativo a la suspensión de proyectos de carácter minero energético.

3.3.3. Se recibió también, en la misma fecha, una extensa comunicación presentada por un abogado de la Asociación Nacional de Zonas de Reserva Campesina ANZORC, quien consideró posible la constitución de la ZRC del Catatumbo, a partir de una adecuada ponderación entre los intereses del pueblo indígena accionante y los de la comunidad campesina interesada en este proyecto.

En apoyo de esta solicitud, señaló que, si bien, desde sus inicios, este tribunal ha emitido varias importantes decisiones favorables al movimiento campesino, éstas han sido relativamente tímidas o incipientes en cuanto a sus alcances, especialmente en comparación con las que han beneficiado a los grupos étnicos, siendo que respecto de los campesinos confluyen varias de las mismas razones que justifican la especial protección dispensada a los primeros, entre ellas la importancia que tales grupos atribuyen al territorio, o su participación en la producción de alimentos, y en general en la garantía de su propia seguridad alimentaria. Este escrito incluye una referencia detallada a varias de tales decisiones, entre ellas las sentencias C-644 de 2012 sobre los conceptos de campo, campesinos, propiedad agraria y producción alimentaria, y su protección constitucional, y C-371 de 2014 sobre las zonas de reserva campesina y su importancia, al igual que una reflexión sobre cómo a partir de esta jurisprudencia puede construirse la adecuada ponderación a la que antes se hizo referencia⁹.

Este documento contiene también alusiones al debido proceso administrativo, que consideran se ha infringido en perjuicio de ASCAMCAT, al mantener la suspensión de la decisión en la que ésta tiene interés, pese a la resolución negativa, en dos instancias, de esta acción de tutela. De igual manera, hizo un reconocimiento de los derechos de la población

indígena y reiteró la disposición de los representantes del movimiento campesino para lograr fórmulas de arreglo satisfactorias para ambos, manifestada en la realización de varias reuniones conjuntas desde el año 2011, de tal modo que sea posible, tanto la preservación y ampliación de los resguardos del pueblo Barí, como la de la ZRC solicitada.

3.3.4. El mismo día se recibió también, vía fax¹⁰, una nueva comunicación del apoderado de ASCAMCAT dentro del presente trámite, quien presentó la información que esa organización tiene en relación con el trámite de constitución de la ZRC del Catatumbo, y reiteró algunos otros aspectos contenidos en sus comunicaciones anteriores¹¹.

Según relató, ese trámite se inició el 28 de febrero de 2011, después de lo cual, en el mes de junio del mismo año se realizó la visita técnica del INCODER. Más adelante, se realizaron gestiones tales como la formulación del plan de desarrollo de la zona, avances en el proceso de su delimitación, concepto de CORPONOR, consulta sobre la existencia de comunidades étnicas en la región, encuentro de socialización del proyecto con representantes de la comunidad Barí, audiencia pública en la zona en que se constituiría la ZRC, y la elaboración por parte del INCODER del proyecto de acuerdo por el cual se decidiría esta solicitud.

En segundo término, se refirió nuevamente a la improcedencia de esta acción de tutela, en razón a la existencia de otros medios de defensa, además idóneos, la ausencia de perjuicio irremediable y la falta de elementos conducentes a su concesión como mecanismo transitorio. Seguidamente, reiteró las razones por las cuales considera que debe aprobarse la solicitud de constitución de la ZRC del Catatumbo, pese a la cercanía de comunidades indígenas, pues al menos el polígono localizado dentro del municipio de Tibú, al cual se restringió la inicial solicitud¹², no se traslapa con territorios de la comunidad indígena, según lo certificó, en fecha para entonces reciente, la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, por lo cual, no se hace necesaria la consulta previa reclamada por la comunidad accionante.

De otra parte, informó que en porciones del territorio en las que se pretende la ampliación de los dos resguardos del pueblo Barí se adelantan actualmente diversos proyectos de carácter minero-energético, los que conforme a las razones aducidas en esta tutela, requerirían también consulta previa, por la alta afectación que implicarían para el interés del referido grupo étnico, pese a lo cual, tampoco se han realizado, ni al menos iniciado.

A partir de lo anterior, solicitó a esta Sala confirmar los fallos de instancia que negaron la tutela solicitada por los representantes del pueblo Barí, y de manera subsidiaria concederla, pero únicamente en lo relacionado con los proyectos de carácter minero-energético que actualmente se cumplen en la misma región.

3.3.5. El 16 de enero de 2015 se recibió comunicación suscrita por la representante legal de la Asociación Campesina del Valle del río Cimitarra ACVC, en la que invocando la calidad de *amicus curiae*, presenta algunas consideraciones relevantes para la decisión de este caso.

Este documento planteó, inicialmente, algunas reflexiones sobre el movimiento campesino colombiano de la primera mitad del siglo anterior, y los hechos que condujeron a su reducción y exterminio. También dijeron conocer y ser testigos de la lucha de ASCAMCAT por el establecimiento de la ZRC del Catatumbo, y abogaron por una perspectiva multicultural que permita la viabilidad de este proyecto, pese a la existencia de comunidades indígenas en la misma región. Así mismo, señalaron que esta tutela resulta improcedente en razón a la existencia de otro medio de defensa judicial, idóneo para alcanzar lo mismo que a través del amparo constitucional se pretende.

3.3.6. En la misma fecha se recibió comunicación remitida por la Corporación Colectivo de Abogados Luis Carlos Pérez, con domicilio en Bucaramanga, en la que formula consideraciones que solicita tener en cuenta en la decisión de esta tutela. En este documento, la referida entidad destaca la necesidad de que la Corte emita una decisión en la que se logre la adecuada armonización de los derechos de las comunidades indígenas y de los campesinos. Pese a ello, sostiene que esta tutela debe ser denegada, puesto que la organización indígena demandante no explica ni demuestra en qué consistiría la vulneración de sus derechos fundamentales, en caso de aceptarse la constitución de la ZRC promovida por ASCAMCAT.

Este interviniente destaca el diálogo y mutuo respeto que ha caracterizado la relación entre los dos grupos antes referidos, incluso a propósito del tema que dio lugar a esta tutela, y señala cómo la inicial aspiración de constituir la Zona de Reserva Campesina en territorios correspondientes a siete distintos municipios de la región, se restringió al polígono localizado en el municipio de Tibú, con lo cual se asegura la ausencia de superposición entre las zonas de resguardo, incluso aquellas a las que se refiere la solicitud de ampliación presentada hace

años por el pueblo Motilón Barí, y las que se constituirían en ZRC.

Añadió que esta decisión es resultado de las conversaciones y acuerdos logrados entre los dos grupos, con intermediación del INCODER, especialmente en las reuniones adelantadas en Cúcuta en diciembre de 2012, pero también en otras cumplidas un año después, pocas semanas antes de la interposición de esta tutela. Para el efecto, transcribió apartes de las actas correspondientes a estas reuniones (las que también anexó), en las cuales constarían tales acuerdos, así como la conformidad del pueblo indígena para la constitución de la ZRC en el polígono de Tibú. Señaló, anexó e igualmente transcribió, apartes del proyecto de resolución preparado por el INCODER para resolver sobre esta solicitud, mismo cuya consideración se suspendió con ocasión de esta tutela, según el cual la decisión favorable a la constitución de la ZRC incorpora tales acuerdos, y se restringe solo a la referida zona en el municipio de Tibú, dejando lo demás condicionado a la necesaria realización de la consulta previa que tome en cuenta el interés de la comunidad indígena presente en la región, tal como se pretende que se ordene a través de esta tutela.

3.3.7. El 2 de junio de 2015 la Presidenta de la Corte Constitucional remitió al despacho del Magistrado sustanciador un documento que ASCAMCAT hizo llegar a esa dependencia, consistente en una carta abierta, dirigida a varias autoridades, entre ellas el Presidente de la República, la Sala Plena de esta Corte y el Gobernador del Norte de Santander, respaldada por la firma de más de once mil personas, en la que se denuncia el incumplimiento de acuerdos suscritos con representantes de la Rama Ejecutiva en torno a la situación de los campesinos de la región del Catatumbo, y se plantea la posibilidad de que se realice una audiencia pública para discutir asuntos relacionados con esta solicitud de tutela.

3.3.8. El 31 de julio de 2015 se recibió comunicación dirigida a la Sala Cuarta de Revisión suscrita por la entonces Procuradora General de la Nación (encargada), quien previas algunas consideraciones sobre el tema planteado, solicitó a esta Corte ordenar al INCODER mantener en suspenso la consideración del proyecto de decisión sobre constitución de la ZRC hasta tanto se haya resuelto la solicitud presentada por el pueblo Barí para la delimitación, ampliación, saneamiento y reconocimiento de su territorio ancestral.

Después de justificar la legitimación de la Procuraduría General para intervenir en el presente

caso, de recordar sus antecedentes fácticos y las decisiones de los jueces de instancia y algunos elementos de la jurisprudencia constitucional sobre la materia, la representante del Ministerio Público se dolió de lo que considera la desatención de tal línea jurisprudencial por parte de las autoridades accionadas y de las corporaciones judiciales que resolvieron las dos instancias de esta tutela.

Con apoyo en el Convenio 169 de la OIT y en diversas decisiones de este tribunal, la Procuraduría señaló que la posibilidad que los pueblos indígenas tienen para ser consultados antes de que se tomen decisiones que puedan afectar su territorio, o aquellas zonas que sin haber sido oficialmente reconocidas como suyas, han sido objeto de reclamación, es un derecho fundamental, mientras que desde la perspectiva de los campesinos, su aspiración envuelve apenas una expectativa de medio de acceso a la propiedad privada, interés que si bien merece protección jurídica, no tiene el mismo carácter, por lo que, sin duda, debe ceder al interés de los pueblos indígenas. En tal medida, censuró la actuación del INCODER, al haber dado trámite a la solicitud de constitución de la ZRC promovida por ASCAMCAT, sin antes haber resuelto la solicitud de ampliación y delimitación de los resguardos, presentada por los representantes del pueblo indígena Barí desde el año 2005.

3.3.9. El 5 de agosto de 2015 se recibió una nueva comunicación proveniente de la Organización Nacional Indígena de Colombia ONIC, a la cual se adjunta un informe de seguimiento al auto dictado por esta Sala el 16 de diciembre de 2014, elaborado por encargo de las autoridades del pueblo Barí. Este documento denuncia lo que consideran como incumplimiento de tal decisión por parte del INCODER, con la anuencia del Ministerio del Interior, pues pese a la suspensión ordenada, ese Instituto ha seguido adelantando estudios socio económicos y de diverso tipo con miras a la constitución de la ZRC, mientras que, en cambio, el trámite de la solicitud de ampliación de los resguardos presentada varios años atrás por el pueblo indígena accionante, se encuentra detenido, so pretexto de la carencia de recursos para la realización del censo y las visitas técnicas necesarias.

El mismo documento denunció la existencia de amenazas telefónicas en contra del representante legal de la comunidad indígena accionante y de sus asesores, que en su momento fueron puestas en conocimiento de la Fiscalía General de la Nación, y que han ameritado su desplazamiento permanente, primero a la ciudad de Cúcuta y más adelante a Bogotá y la adopción de medidas de protección por parte de las autoridades, comunicaciones

cuya copia se anexó también. Denunció además que ASCAMCAT, la organización Marcha Patriótica, y otros movimientos sociales afines a la causa de la primera de ellas sobre la constitución de la ZRC, han difundido rumores según los cuales el pueblo Barí alienta el hostigamiento, e incluso el asesinato de líderes campesinos, los cuales acentúan la situación de riesgo que afronta el movimiento indígena. Por último, acompañó también un documento en que los representantes del pueblo Barí hacen algunas solicitudes a la Corte Constitucional sobre aspectos relacionados con esta acción de tutela, e incluso sobre otros asuntos que exceden tal temática.

3.3.10. Durante el trámite de revisión se presentaron también diversas solicitudes para la realización de una audiencia pública en relación con este caso, muchas de ellas suscritas por entidades y/o ciudadanos, en principio ajenos a este trámite¹³, quienes en su mayoría apoyan la causa de ASCAMCAT en relación con la constitución de la ZRC del Catatumbo.

3.3.11. El 18 de septiembre de 2015 se recibió comunicación suscrita por la abogada Érika Gómez Ardila, quien se identificó como Defensora de Derechos Humanos y miembro de la Junta Directiva del Comité Permanente para la Defensa de los Derechos Humanos, en la que aboga por el interés de los campesinos de la región frente a la constitución de la ZRC.

Esta interviniente hace un recuento de algunas de las iniciativas legislativas aprobadas durante la segunda mitad del siglo pasado, entre ellas las Leyes 135 de 1961 y 160 de 1994 y sus resultados prácticos, relativamente exigüos en la mejora de la situación de los campesinos, no obstante las garantías formalmente contenidas en la Constitución de 1991, y en diversos instrumentos integrantes del bloque de constitucionalidad. En este sentido, llama la atención sobre la situación comparativamente más favorable que viven las comunidades indígenas en Colombia, gracias al respaldo de la jurisprudencia constitucional, a partir de lo cual pide que se haga posible la constitución de la solicitada ZRC del Catatumbo.

3.3.12. El 30 de septiembre de 2015 se recibió escrito remitido por el entonces Defensor Delegado para Asuntos Constitucionales y Legales de la Defensoría del Pueblo, quien hizo consideraciones conducentes a la concesión de esta tutela.

Después de volver sobre los antecedentes fácticos del caso, el representante de la Defensoría sostiene que los estándares constitucionales e internacionales sobre los derechos de las comunidades indígenas, reconocen que éstos se predicen también respecto de áreas

no oficialmente tituladas, pero consideradas por aquéllas como parte de su territorio ancestral. Igualmente, destacó que el derecho a la propiedad colectiva del territorio trasciende la consideración puramente patrimonial, pues se relaciona también con la historia y las tradiciones de la respectiva comunidad, razón que, así mismo, valida la invocación de estos derechos respecto de áreas aún no reconocidas por la autoridad competente. Además, explicó que estos derechos se extienden a aquellas áreas que la comunidad no habita, pero sí utiliza de manera periódica y reiterada, por ejemplo con propósitos rituales o medicinales. Sostuvo que el Estado tiene, entonces, el deber de dar certeza a estas importantes relaciones, promoviendo y favoreciendo la formalización de la propiedad colectiva.

Seguidamente, se refirió al derecho de tales comunidades a la consulta previa que, según explicó, es aplicable siempre que se proponga la adopción de decisiones legislativas o administrativas, susceptibles de afectarlas directamente. Enfatizó en la necesidad de que la consulta se realice antes de adoptar, y más aún, antes de llevar a la práctica las medidas de que se trata, e hizo un recuento de las reglas que, conforme lo ha señalado la jurisprudencia, resultan aplicables a estos procesos. Finalmente, de cara a los posibles resultados de los trámites consultivos, se refirió también a los casos en que, conforme lo ha reconocido la jurisprudencia, es necesario el consentimiento libre, previo e informado de la comunidad interesada.

Específicamente, frente a la posible constitución de Zonas de Reserva Campesina ZRC, recordó, además, que mediante sentencia C-371 de 2014, este tribunal declaró condicionalmente exequibles las normas de la Ley 160 de 1994 que regulan tales procesos, al considerar que se trata de una medida administrativa con importantes implicaciones para las comunidades étnicas asentadas en el respectivo territorio, o relacionadas con él en la forma antes indicada. Con base en estos elementos, sostuvo que es claro que en este caso no se han cumplido tales estándares, pues aun cuando es evidente que la constitución de la ZRC propuesta por ASCAMCAT afectaría sensiblemente a la comunidad indígena actora, se ha procedido a su análisis, y el INCODER estuvo a punto de otorgar lo solicitado, sin agotar los trámites de consulta previa a que se hizo referencia.

Por último, y antes de exponer sus conclusiones sobre el tema, rechazó el hecho de que el Ministerio del Interior hubiere expedido una certificación en la que se afirme que no existen grupos étnicos en el área en la que se constituiría esta ZRC, pues tal conclusión desconoce la

clara y consolidada línea jurisprudencial sobre la materia, especialmente en lo relacionado con el derecho a la consulta previa respecto de territorios aún no titulados, pero considerados ancestrales.

3.3.13. En noviembre de 2016 se recibieron dos nuevas solicitudes para que se autorizara la consulta del expediente y la expedición de copias, presentadas por una apoderada de la empresa ECOPETROL S.A. y por la representante legal de la Corporación Colectivo de Abogados Luis Carlos Pérez. Esta última entidad presentó también un nuevo memorial en el que hace un nuevo recuento de las circunstancias del caso planteado, y de las razones por las que, en su opinión, esta tutela debe ser denegada.

3.3.14. El 23 de noviembre de 2016, varias personalidades que se identificaron como garantes de la Mesa de Interlocución y Acuerdo del Catatumbo (MIA)¹⁴ presentaron a la Sala de Revisión una nueva solicitud para la realización de una audiencia pública en relación con los temas planteados, con miras a ilustrar a la Corte sobre los elementos que deberán tenerse en cuenta en la ponderación que habrá de realizarse para la resolución del presente caso. En el mismo sentido, sugirieron el nombre de personas y organizaciones expertas, que deberían ser invitadas a participar, en caso de que la Corte accediera a convocar dicha audiencia.

3.4. Mediante auto del 2 de diciembre de 2016, y teniendo en cuenta la existencia de suficientes elementos de juicio para decidir sobre lo planteado, la Sala Cuarta de Revisión negó las solicitudes relacionadas con la posible realización de una audiencia pública dentro de este proceso. De igual manera, resolvió negar las solicitudes de copias y consulta del expediente que fueron presentadas por entidades que no son partes dentro de este trámite ni fueron vinculadas al mismo.

En esta misma providencia se ordenó solicitar a la comunidad indígena demandante, a las autoridades accionadas (INCODER y Ministerio del Interior) y la vinculada Asociación Campesina del Catatumbo ASCAMCAT, que dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación, enviaran al despacho del Magistrado sustanciador la información que consideraran relevante sobre los hechos que dieron lugar a esta acción de tutela, acaecidos durante el trámite de revisión, que en su concepto debieran ser tenidos en cuenta para la respectiva decisión.

En respuesta a lo anterior, se recibieron las siguientes comunicaciones:

3.4.1. El 13 de diciembre de 2016 Director de Consulta Previa del Ministerio del Interior respondió a lo solicitado, con una reflexión dirigida a la decisión de los jueces de instancia de vincular a ASCAMCAT como tercero interesado dentro de este proceso. A este respecto, señaló que conforme al Convenio 169 de la OIT y al desarrollo de la jurisprudencia constitucional, el derecho a la consulta previa, e incluso las funciones de la dependencia a su cargo, se refieren únicamente a los grupos étnicos, indígenas y afrodescendientes, por lo que en ningún caso podría beneficiar a organizaciones campesinas como la aquí vinculada.

De otra parte, no obstante ese planteamiento, adjuntó diversos documentos relativos a una reunión de la Mesa de Interlocución y Acuerdo del Catatumbo MIAC cumplida el 27 de julio de 2016 en la sede de la Gobernación de Norte de Santander, con participación de representantes de ASCAMCAT, de la Asociación actora ÑATUBAIYIBARI, y de los Ministerios del Interior y de Agricultura, en la que se habría llegado a algunos acuerdos preliminares en relación con la zona allí denominada Polígono Sur, y se manifestó la intención de continuar dialogando al respecto, excluyendo del tema de las conversaciones otros asuntos, aparentemente, entre ellos, lo relacionado con esta acción de tutela.

3.4.2. Por su parte, el 15 de diciembre de 2016 la Asociación Campesina del Catatumbo ASCAMCAT atendió el requerimiento de esta Sala, reiterando su petición para que se acceda a la constitución de la ZRC solicitada, en el área correspondiente al llamado polígono de Tibú, zona en la que, según afirma, no existe traslape con los territorios del pueblo Barí, ni con los que ellos reclaman dentro del proceso de ampliación de sus resguardos.

En apoyo de esta solicitud se refirió también a las adversas circunstancias que históricamente, e incluso actualmente, ha afrontado el movimiento campesino colombiano, más aún dentro de un contexto de conflicto armado como el que ha vivido el país. Adicionalmente, aludió a la protección que la Constitución de 1991 y esta Corte le han reconocido a los campesinos, y a los beneficios que la creación de la ZRC significaría para ese grupo social, razones, que, en su opinión, justifican una respuesta favorable a su solicitud.

De otra parte, señaló que desde el año 2015 se retomó el proceso de diálogo inter-cultural con los representantes del pueblo Barí, cuyos avances son hasta el momento reservados,

advirtiéndolo que oportunamente se informará a todas las autoridades públicas involucradas sobre el resultado de esos acercamientos.

A partir de estas consideraciones, reiteró su solicitud en el sentido de que esta Corte confirme las decisiones de instancia, y de manera subsidiaria, que se conceda esta tutela, únicamente en lo relacionado con la realización de proyectos de minería en la zona de interés de la comunidad indígena accionante.

3.4.3. El 26 de enero de 2017, se recibió una comunicación suscrita por la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la Agencia Nacional de Tierras ANT, entidad actualmente responsable de las funciones antes atribuidas al INCODER, en razón de las cuales se interpuso esta acción de tutela¹⁵, a través de la cual transcribe en su integridad los informes a ella presentados por la Dirección de Asuntos Étnicos y la Subdirección de Administración de Tierras de la Nación, respecto de los puntos a que se hizo referencia en este auto de pruebas.

La Dirección de Asuntos Étnicos relató, que según la información de que dispone, desde el año 2014, el INCODER ha procurado propiciar un ambiente de distensión entre la comunidad indígena Barí y ASCAMCAT, a efectos de que puedan resolver amigablemente los temas planteados a través de esta tutela. De otra parte, señaló que las tareas que deberán realizarse como soporte previo a la decisión que habrá de tomarse en torno a la posible ampliación de los resguardos Motilón Barí y Catalaura La Gabarra tienen un costo superior a los dos mil ochocientos millones de pesos (\$ 2.800'000.000), recursos de los que esa entidad no dispone.

En la misma línea, indicó también que se hace necesario visitar las distintas comunidades que conforman estos resguardos y actualizar el censo de integrantes del primero de ellos, en razón a disconformidades encontradas en la visita realizada en octubre de 2012, actividades para las cuales debe convenirse un cronograma con la misma comunidad indígena. Señaló, además, que en esa entidad se ha conformado un equipo interdisciplinario que continuará con el trámite del proceso de ampliación y saneamiento de los resguardos del pueblo Barí. Por último, advirtió que el área sobre la cual se ha solicitado la constitución de la ZRC del Catatumbo no se traslapa con el territorio de estos resguardos.

Por su parte, la Subdirección de Administración de Tierras de la Nación informó sobre algunas de las acciones desarrolladas entre los años 2011 y 2012 con respecto a la solicitud de

ASCAMCAT para la constitución de la ZRC del Catatumbo.

Por último, ambas dependencias resaltaron que la conducta de esa entidad, y en su momento del INCODER, respecto de los temas planteados ha sido diligente, y manifestaron su disposición para resolver sobre ellos, a partir de las directrices que al respecto imparta la Corte Constitucional a través de esta sentencia.

IV. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. Competencia

A través de esta Sala Cuarta de Revisión, la Corte Constitucional es competente para revisar las sentencias proferidas dentro del proceso de la referencia, con base en lo dispuesto por los artículos 86 y 241, numeral 9º, de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Insistencias previas a la selección del presente asunto

Como antes se indicó, los Magistrados Gloria Stella Ortiz Delgado, Jorge Iván Palacio Palacio y Martha Victoria Sáchica Méndez (e), en ejercicio de la facultad prevista en el artículo 33 del Decreto Ley 2591 de 1991, insistieron en la selección de este asunto, que en un primer momento había sido descartada por la correspondiente Sala de Selección.

Como razones de su insistencia, la Magistrada Ortiz Delgado llamó la atención sobre la entonces reciente expedición de la sentencia C-371 de 2014, que declaró condicionalmente exequibles las normas de la Ley 160 de 1994 que regulan la constitución de zonas de reserva campesina ZRC, en cuanto en caso de que tal decisión afecte a grupos étnicos habitantes del mismo territorio, deberá cumplirse el trámite de consulta previa. Señaló entonces que el presente asunto ofrecía a la Corte la oportunidad de realizar control concreto de constitucionalidad frente a un caso en que tal normativa resulta aplicable. Así mismo, sostuvo que la Corte debería examinar si en este asunto se vulneró el derecho a la confianza legítima de la comunidad indígena accionante, en cuanto, encontrándose pendiente el trámite por ella iniciado para la ampliación del territorio de sus resguardos, el INCODER aceptó dar comienzo a una nueva actuación, la relacionada con la constitución de la ZRC, que de suyo implicaría una situación contraria a la pretendida por aquélla.

Por su parte, el Magistrado Palacio Palacio señaló que este caso revestía urgencia e importancia, al tratarse de una comunidad indígena que, según lo ha reconocido este tribunal en el auto A-004 de 2009, estaría en grave riesgo de ser exterminada cultural y físicamente, peligro en relación con el cual podría tener incidencia la situación planteada en torno a la constitución de una ZRC. Advirtió también que sería una oportunidad para que esta Corte avance en la armonización del interés de los pueblos indígenas, en principio adverso a este tipo de iniciativas, y el de los colonos o campesinos que se beneficiarían con su implementación, a partir de un análisis más completo sobre las características de las zonas de reserva campesina ZRC, así como del concepto de territorio ancestral.

Por último, la entonces Magistrada SÁCHICA Méndez advirtió también sobre la necesidad de acompañar la protección de los derechos de la comunidad indígena accionante con los de los colonos y campesinos interesados en la constitución de la ZRC del Catatumbo, derechos que también serían objeto de especial relevancia constitucional, y de aclarar los términos específicos en que tal protección debe darse. De otro lado, llamó la atención sobre la urgencia de determinar el posible comportamiento omisivo de las entidades accionadas, al abstenerse de aplicar el derecho a la consulta previa frente a una medida que, en caso de adoptarse, implicaría afectaciones ciertas a los intereses de la comunidad indígena actora.

3. Problemas jurídicos

A partir de los planteamientos y pretensiones formuladas por el representante legal de la accionante Asociación de Autoridades Tradicionales del Pueblo Barí ÑATUBAIYIBARI del departamento Norte de Santander, y los que, en sentido contrario, hicieran las entidades accionadas y la vinculada Asociación Campesina del Catatumbo ASCAMCAT, correspondería a esta Sala de Revisión dilucidar los siguientes aspectos: i) si frente a la posible constitución de una zona de reserva campesina en territorios parcialmente coincidentes con los reclamados como ancestrales por la comunidad actora, las entidades públicas accionadas vulneraron los derechos fundamentales de aquella comunidad al territorio, a la consulta previa, al debido proceso, y a la integridad y diversidad cultural del pueblo Barí, al abstenerse de realizar una consulta previa al respecto; ii) si el INCODER, y en su caso, el Ministerio del Interior, han vulnerado los mismos derechos por la actuación cumplida dentro de este trámite, al ignorar y no resolver primero las solicitudes presentadas hace varios años por la organización indígena actora para la ampliación del territorio de los resguardos Motilón

Barí y Catalaura La Gabarra, cuya prosperidad resultaría interferida en caso de aceptarse la constitución de la ZRC solicitada por ASCAMCAT.

Antes de proseguir, debe la Sala destacar que, ciertamente, la resolución del caso planteado demanda un importante ejercicio de ponderación constitucional frente a la tensión entre derechos que a primera vista se advierte, pues a diferencia de varias otras controversias precedentemente resueltas por este tribunal, con respecto a los derechos de las comunidades indígenas y los grupos étnicos en general, en el presente caso, el interés cuya eventual prosperidad pondría en riesgo los derechos de la comunidad actora, radica en otro grupo humano, también digno de especial protección constitucional, conforme a lo previsto por el texto superior de 1991.

En efecto, las zonas de reserva campesina ZRC, cuya constitución se considera en este caso lesiva a los intereses del pueblo indígena accionante, son una figura diseñada por el legislador desde 1994 con el ánimo de facilitar y promover los derechos y las posibilidades de desarrollo de los trabajadores agrícolas y, en general, de los habitantes de las zonas rurales, que es a quienes usualmente se denomina campesinos. Así las cosas, en este caso particular, una decisión favorable al pueblo indígena accionante, la que conforme a lo pedido, podría implicar la imposibilidad de constituir la ZRC, sería, de suyo, adversa a la población campesina de la misma región, así mismo objeto de protección constitucional.

Para resolver estos problemas, esta Sala de Revisión abordará los siguientes temas jurídicos: i) reiterará los alcances propios de los derechos fundamentales de las comunidades étnicas dentro del marco de la carta de 1991, el Convenio 169 de la OIT y las demás normas pertinentes; ii) se referirá puntualmente a lo atinente al derecho a la consulta previa, y a los casos en que, conforme a lo reconocido por la jurisprudencia constitucional, ésta debe realizarse; iii) recordará las características del derecho de petición, en cuyo ejercicio la comunidad actora solicitó la ampliación del territorio de sus resguardos; iv) revisará también los alcances del derecho fundamental al debido proceso; v) precisará los aspectos característicos de la protección constitucional dispensada a los habitantes y los trabajadores del campo; vi) volverá sobre el conflicto que de manera específica se presenta, entre los intereses de los dos grupos antes referidos, a propósito de la constitución de las zonas de reserva campesina ZRC, y trazará unos criterios de ponderación para la armonización de tales intereses; vii) estudiará los criterios con base en los cuales la Dirección de Consulta

Previa del Ministerio del Interior, debe determinar la necesidad o no de realizar una consulta previa. Posteriormente, y a partir de todo lo expuesto, la Sala analizará y resolverá el caso concreto.

4. Derechos de los grupos étnicos en la carta de 1991

El tratamiento particular y la especial protección a los colombianos miembros de las comunidades étnicas diferenciadas, tanto indígenas como afrodescendientes, es una nota característica de la actual carta política, que a diferencia de lo ocurrido con su antecesora, fue especialmente cuidadosa de la protección de esos derechos. Ello marcó un cambio drástico, e incluso una compensación, frente al statu quo previo a la carta de 1991, en el que muchos de estos ciudadanos, si bien gozaban nominalmente de todos los mismos derechos atribuidos a los demás colombianos, no encontraron condiciones para que dicha igualdad fuera real y efectiva.

Sin perjuicio del sustento genérico que, sin duda, puede derivarse desde el preámbulo del estatuto superior, los derechos especiales de tales grupos poblacionales encuentran su fuente y primera referencia precisa en el artículo 7° ibídem, conforme al cual “El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana”. Más adelante, además de la consagración también genérica del derecho a la igualdad (art. 13) y de la obligación del Estado de velar porque esa igualdad sea real y efectiva, se encuentran muchas otras referencias particulares a los derechos de estos grupos (arts. 10°, 68, 72 y 176).

En esa misma línea, la carta de 1991 hace un amplio reconocimiento de los miembros de los pueblos y comunidades indígenas, igualmente comprendido en el mandato general de protección a la diversidad étnica y cultural contenido en el artículo 7° superior, pero también en otras normas constitucionales específicas, tales como los artículos 96, 171, 246, 286, 321, 329, 330, 356, 55 y 56 transitorios de la carta política. El alcance de esos derechos, la mayor parte de los cuales, conforme a la jurisprudencia de este tribunal se atribuyen también a los miembros de las comunidades negras o afrodescendientes, ha sido objeto de amplio desarrollo, en decisiones tanto de tutela como de constitucionalidad¹⁶.

En relación con la necesidad de alcanzar en estos campos la igualdad real y efectiva, esta Corte ha considerado, incluso, que toda medida legislativa, judicial o de cualquier otro orden que se adopte a efectos de hacer valer la diversidad étnica y cultural repetidamente

proclamada por la carta política, tendría entonces el carácter de una acción afirmativa¹⁷, en cuanto implica un trato ventajoso, y como tal formalmente desigual, encaminado a favorecer a personas y grupos humanos tradicionalmente marginados o discriminados, frente a los considerados predominantes, todo ello con el único propósito de avanzar hacia la igualdad sustancial entre los miembros de todo el conglomerado social.

En la misma línea puede también anotarse la necesidad, reconocida por la jurisprudencia, de aplicar un enfoque diferencial al diseño y aplicación de las políticas públicas con las que se pretende afrontar situaciones problemáticas que si bien potencialmente podrían afectar a todas las personas, adquieren características especiales, usualmente de mayor gravedad, frente a determinados tipos de sujetos, entre ellos las comunidades étnicas¹⁸.

Ahora bien, el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo – OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, adoptado por la 76ª reunión de la Conferencia General de ese organismo realizada en Ginebra en 1989, cuya ratificación e incorporación al derecho interno fue ordenada por el Estado colombiano mediante Ley 21 de 1991, y que conforme a lo dispuesto por el artículo 93 superior hace parte integrante del bloque de constitucionalidad, presenta un desarrollo más amplio y comprehensivo de los derechos de los integrantes de “los pueblos indígenas y tribales en países independientes”¹⁹. Esta Corte ha insistido en que tales derechos fundamentales son esencialmente distintos a los que radican en cada uno de los miembros de tales comunidades individualmente considerados, y diferentes también de aquellos de los que son titulares las personas jurídicas (concepto dentro del cual no encuadran estos grupos) y de los derechos constitucionales colectivos²⁰.

En tal medida, procede para su defensa el ejercicio de la acción de tutela, y por lo mismo, se descarta la necesidad de acudir al uso de la acción popular prevista en el artículo 88 superior, desarrollada por la Ley 472 de 1998. Así mismo, es necesario recordar que la determinación de estos derechos, así como la de cuál es su esencia y contenido, está fuertemente ligada a lo establecido en precitado Convenio 169 de la OIT “sobre pueblos indígenas y tribales”.

Conforme a la clasificación contenida en la sentencia T-680 de 2012 (M. P. Nilson Pinilla Pinilla), los derechos fundamentales de los grupos étnicos pueden agruparse en torno a

cuatro conceptos principales, a saber, el derecho a la subsistencia, el derecho a la identidad étnica y cultural, la consulta previa y la propiedad colectiva de la tierra. En las páginas siguientes la Sala hará una breve pero expresa referencia a cada uno de ellos, con la advertencia de que, por su importancia frente al caso concreto, desarrollará en el punto siguiente y con mayor extensión, lo relativo al derecho a la consulta previa.

4.1. El derecho a la subsistencia

Dentro de los derechos de los cuales son titulares estas comunidades el primero es, sin duda, el derecho a la existencia o subsistencia, de superlativa importancia, análoga a la que reviste el derecho a la vida respecto de los seres humanos, a partir del cual pueden prevenirse las acciones que atenten o pongan en riesgo la permanencia o continuidad de la comunidad o grupo étnico en cuanto tal.

La efectividad de este derecho es además punto de partida y presupuesto indispensable para la vigencia de las demás garantías que la carta política y las normas internacionales integrantes del bloque de constitucionalidad reconocen a las comunidades y grupos étnicos como sujetos colectivos, entre ellas el derecho a la identidad social y cultural y a su integridad, y el derecho a la consulta previa, que se desarrollan más adelante. Esta perspectiva fue determinante para la concesión del amparo en varios de los casos más emblemáticos sobre derechos de las comunidades indígenas revisados por esta Corte en sus primeros años, entre ellos los resueltos por las sentencias T-380 de 1993 (M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz) sobre explotación maderera en territorio indígena entre los departamentos de Antioquia y Chocó, SU-039 de 1997 (M. P. Antonio Barrera Carbonell)²¹, sobre el otorgamiento de una licencia ambiental para extraer petróleo en territorio ocupado por la comunidad U'wa, sin la previa realización de consulta previa, y SU-383 de 2003 (M. P. Álvaro Tafur Galvis) sobre la fumigación aérea de cultivos ilícitos en zonas de varios departamentos del suroriente del país, también con presencia de comunidades indígenas, especialmente en cuanto dicha práctica podría implicar grave afectación de los ecosistemas de esas regiones y poner en riesgo tanto la salud como la seguridad alimentaria de sus habitantes.

En relación con este derecho, ha resaltado la Corte que, tanto como ocurre en el caso del derecho a la vida para los seres humanos, puede entenderse que existe vulneración o amenaza de este derecho fundamental, no sólo ante la presencia de hechos o situaciones

que de manera inminente pongan el derecho en riesgo o en posibilidad de perderse, sino incluso ante eventos que, de manera más discreta, incluso imperceptible, causen en todo caso afectaciones ciertas, generalmente irreversibles, a partir de las cuales se dificulte o reduzca su goce efectivo. Como más adelante se verá, este aspecto es especialmente importante en el análisis de las situaciones que pudieran comprometer la efectiva vigencia de este derecho.

4.2. El derecho a la identidad étnica y cultural y su integridad

Estrechamente ligado con el derecho a la subsistencia de las comunidades nativas, e incluso usualmente confundido con aquél o subsumido dentro del mismo, la Corte se ha referido también, de manera separada, al derecho de aquéllas a mantener y preservar su identidad étnica y cultural, que es reflejo y consecuencia directa del principio estipulado en el artículo 7° superior, y en cuanto derecho fundamental autónomo, susceptible de protección independiente, mediante la acción de tutela.

Según lo ha observado la Corte, la diferencia concreta entre ambos conceptos reside en que mientras el derecho a la subsistencia alude principalmente a la supervivencia física de la comunidad y de sus integrantes frente a situaciones que pudieran afectar colectivamente la salud, crear peligro para un gran número de ellos, o constituir real amenaza de extinción para la comunidad, el derecho a la integridad étnica y cultural se refiere sobre todo a la preservación de los usos, los valores, las costumbres y tradiciones, las formas de producción, la historia y la cultura, y todas las demás situaciones que definen e identifican a la comunidad desde el punto de vista cultural y sociológico, así como a la defensa de su particular cosmovisión espiritual o religiosa, es decir, todos aquellos aspectos que la hacen diversa frente al grupo que podría definirse como predominante.

La jurisprudencia constitucional ha analizado este derecho en múltiples ocasiones, pues en la mayoría de las situaciones que afectan a las comunidades étnicas el principal tema subyacente es el respeto por la diversidad étnica y cultural, de que trata el citado artículo 7° superior. También ha destacado que la preservación de los aspectos que definen la identidad étnica y cultural de estas comunidades es susceptible de protección mediante la acción de tutela, aun cuando el interés que se solicita amparar no se haya individualizado en cabeza de personas específicas, precisamente por cuanto se trata de un derecho fundamental atribuible

a la comunidad indígena como sujeto colectivo, más que a cada uno de sus integrantes.

Adicionalmente, en el caso de la realización de proyectos que involucren la explotación de recursos naturales en áreas coincidentes con el territorio de comunidades indígenas, el parágrafo del artículo 330 prevé, de manera específica, la necesidad de proteger la integridad cultural de aquéllas, razón por la cual este principio ha sido fundamento esencial de varias de las más importantes decisiones en las que este tribunal ha tutelado los derechos de estas colectividades frente a la amenaza resultante de ese tipo de proyectos, ordenando en la mayoría de los casos la previa realización de consultas con las comunidades afectadas.

Dentro de esta línea de pronunciamientos, además de las ya multicitadas sentencias T-380 de 1993, SU-039 de 1997, T-652 de 1998, SU-383 y T-955 de 2003, T-880 de 2006 y T-769 de 2009, sobre explotaciones petroleras, construcción de embalses y/o fumigación de cultivos ilícitos en territorio de los grupos étnicos, pueden destacarse en tiempo más reciente otros importantes fallos tales como: T-547 de 2010 (M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo) sobre la construcción de un puerto multipropósito en zona parcialmente habitada por los pueblos indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta, T-745 de 2010 (M. P. Humberto Antonio Sierra Porto) sobre la construcción de una carretera en un área rural cerca de Cartagena, mayoritariamente habitada por comunidades afrodescendientes, T-1045A de 2010 (M. P. Nilson Pinilla Pinilla), sobre el otorgamiento de una concesión minera dentro de territorios habitados por una comunidad negra, a un ciudadano ajeno a aquélla, sin previa consulta.

Del mismo tipo es el caso analizado en la sentencia T-129 de 2011 (M. P. Jorge Iván Palacio Palacio), que decidió frente a reclamos planteados por miembros de dos resguardos de la etnia Emberá-Katío, sobre la incidencia de varios proyectos (una carretera, una interconexión eléctrica binacional y una explotación minera) que se pretendía realizar en el área de su influencia (departamento del Chocó), que la comunidad estimaba potencialmente lesivos de su identidad étnica y cultural.

En esta decisión, frente a las explicaciones dadas por las autoridades y entidades interesadas en tales proyectos, en el sentido de que ellos traerían progreso y desarrollo a la región y resultaban de trascendencia para el interés público, la Corte planteó una extensa y comprehensiva reflexión de carácter antropológico y sociológico, a partir de la cual destacó

las amplias diferencias que pueden existir entre el concepto de desarrollo asumido por las sociedades occidentales de tipo capitalista, con el cual podría identificarse la postura de esas entidades, y las nociones de desarrollo, bienestar o interés general propias de las comunidades étnicas, que por definición son minoritarias y distintas a las de los grupos sociales actualmente predominantes. A partir de esta reflexión, destacó la Corte cómo, con gran frecuencia, proyectos que voceros de los grupos dominantes podrían estimar de gran importancia y prioridad para la comunidad, pueden ser simultáneamente percibidos por los grupos étnicos como una grave amenaza para la integridad de su identidad étnica y cultural, lo que, a su turno, justificaría la realización de procedimientos consultivos, como se explicará más adelante.

Ahora bien, en todos estos casos la Corte ha relevado que para que este derecho sea verdaderamente protegido, es necesario prevenir, o según el caso impedir, toda acción que pueda conducir al desconocimiento o anulación de dicha diversidad, o al debilitamiento de su propia identidad e integridad cultural.

En torno al mismo tema, este tribunal ha conocido también otros casos en los que este derecho de las comunidades étnicas podría verse afectado en forma mediata por acciones específicas que, en relación con muy diversos temas (educativos, de participación política, etc.), impactan directamente a uno o más de sus integrantes. Entre ellos pueden citarse los casos analizados por las sentencias T-778 de 2005 (M. P. Manuel José Cepeda Espinosa), T-1105 de 2008 (M. P. Humberto Sierra Porto), T-973 de 2009 (Mauricio González Cuervo), T-680 de 2012 (M. P. Nilson Pinilla Pinilla), T-800 de 2014 (M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), T-247 de 2015 (M. P. María Victoria Calle Correa), T-283 y T-312 de 2016 (M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado). En unas de esas decisiones, frente a temas relacionados con la jurisdicción especial indígena y el derecho al autogobierno de las comunidades étnicas, la Corte explicó también que estas dos instituciones tienen su origen en la protección a la diversidad étnica y cultural de tales comunidades.

Esta breve recopilación jurisprudencial, sin ninguna pretensión de exhaustividad, permite apreciar la gran importancia y el amplio alcance del derecho a la preservación de la diversidad étnica y cultural, así como de qué forma el propósito de fortalecer y mantener esa diversidad, que se asume como un interés de toda la colectividad, permea muy distintas situaciones de la vida en sociedad y llena de significado las diversas manifestaciones y

derechos específicos que la Constitución y la normativa internacional reconocen a esas comunidades.

4.3. Derecho al territorio y a la propiedad colectiva de la tierra

Con directa incidencia frente al caso concreto que ahora se decide, debe destacarse lo atinente a la propiedad colectiva de la tierra por parte de los pueblos indígenas y/o afrodescendientes y de las organizaciones que agrupan a sus miembros, bajo formas jurídicas parcialmente diversas a los modelos clásicos de dominio individual, desarrollados muchos años atrás por el Código Civil y las normas que lo complementan, pues tal derecho guarda directa conexión con los hasta ahora estudiados, esto es, los relativos a la subsistencia y a la integridad de la identidad étnica y cultural.

Esta garantía, reconocida tanto por la actual Constitución como por instrumentos internacionales admitidos como parte integrante del bloque de constitucionalidad, sobre todo el ya referido Convenio 169 de la OIT, responde a una circunstancia propia que, aunque con matices, está presente en la mayor parte de los pueblos indígenas y tribales existentes en Colombia. Se trata de la gran importancia que todos ellos atribuyen a los territorios en los que se encuentran asentados y a su permanencia en los mismos, la cual supera ampliamente el normal apego que la generalidad de los seres humanos siente en relación con los lugares en los que ha crecido y pasado los más importantes momentos y experiencias de sus vidas, o en aquellos en los cuales habitaron sus ancestros.

Este sólido vínculo de pertenencia se explica además en otras circunstancias propias y frecuentes en estas poblaciones, entre ellas el sentido de comunidad, así mismo fuerte, y en cualquier caso superior al que suelen experimentar los miembros de los grupos humanos que habrían de considerarse mayoritarios o predominantes en muchos países occidentales, la presencia de factores relacionados con la espiritualidad y la cosmovisión propias de tales comunidades, y la existencia de prácticas de subsistencia caracterizadas por la autosuficiencia alimentaria asociada al aprovechamiento del territorio, igualmente típicas y frecuentes en los grupos étnicos minoritarios, más que en otras comunidades.

Todo lo anterior justifica entonces que las normas antes referidas, tanto constitucionales como internacionales, hayan reconocido este derecho, que para nuestro caso tiene categoría de derecho fundamental, estableciendo además mecanismos adecuados para su defensa y

efectividad. Por ello, además de lo atinente a la titulación de las tierras, punto que en este caso no resulta relevante, es también de la mayor importancia para estas comunidades el pleno y tranquilo disfrute de sus territorios, sin lugar a ninguna clase de interferencias externas.

Estas razones fueron contempladas en el numeral 1° del artículo 13 del Convenio 169 de la OIT, con el que inicia la Parte Segunda de este instrumento relativa a las Tierras²², conforme al cual “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”.

A continuación, el artículo 14 de este mismo Convenio establece directamente el derecho que se viene comentando al estipular que “Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan”, luego de lo cual agrega que “Además, en los casos apropiados, deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia”.

Otras disposiciones de este Convenio aseguran a los pueblos nativos, entre otros: i) el derecho a ser consultados, y más aún decidir, sobre, entre otros aspectos, aquellas situaciones que afecten “las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera” (numeral 1° del art. 7 °); ii) la garantía de que los Gobiernos tomen las medidas necesarias para garantizar los referidos derechos de propiedad y posesión sobre esos territorios (numeral 2° del art. 14), y iii) el derecho a no ser desalojados o trasladados de las tierras que ocupan (art. 16), situación que, como se verá en el acápite siguiente, requiere la plena aceptación de la respectiva comunidad.

Paralelamente, la Constitución de 1991 contiene varias disposiciones que así mismo reconocen este derecho y relievan su importancia, principalmente los artículos 329 y 330 sobre resguardos y territorios indígenas y el ya referido artículo 55 transitorio, sobre el derecho a la propiedad colectiva de la tierra por parte de las comunidades negras. De

manera complementaria, deben también tenerse en cuenta, entre otros, el artículo 58, cuyo inciso 3° se refiere al deber del Estado de promover las formas asociativas y solidarias de propiedad, el 63 que establece para “las tierras comunales de los grupos étnicos y las tierras de resguardo” las mismas garantías de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad que caracterizan los bienes de uso público y el 64, que aunque desde una perspectiva más genérica, habla del deber del Estado de “promover el acceso progresivo a la propiedad de la tierra de los trabajadores agrarios, en forma individual o asociativa”.

A partir de estos criterios normativos, la amplia jurisprudencia de este tribunal ha tenido también ocasión de referirse específicamente a este tema, el cual aparece mencionado por primera vez, respecto de comunidades indígenas, en la sentencia T-188 de 1993 (M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz). En ese fallo, en el que se decide una acción de tutela originada en las demoras presentadas dentro del trámite de constitución de un resguardo, la Corte reconoció en breves consideraciones la naturaleza de derecho fundamental que para los grupos étnicos tiene el derecho a la propiedad colectiva de la tierra, para lo cual se refirió a las razones que explican la gran importancia que tales grupos minoritarios le atribuyen al tema.

El punto fue nuevamente abordado una década después, en la sentencia T-955 de 2003 (M. P. Álvaro Tafur Galvis), a propósito de una comunidad afrodescendiente residente en el departamento de Chocó, titular de derechos de propiedad colectiva en esa región. Este fallo se pronunció respecto de un conflicto surgido en relación con el ejercicio de los derechos derivados de esta calidad por parte de esa comunidad, el cual estaba siendo afectado como resultado de explotaciones madereras que se adelantaban en la zona, con la anuencia de la autoridad ambiental del lugar. En este caso la Corte efectuó reflexiones mucho más extensas que en casos anteriores, sobre la importancia y sentido del derecho al territorio.

En esa oportunidad, explicó además la Corte que el derecho fundamental de tales comunidades a la propiedad colectiva de las tierras no nace en Colombia apenas en 1991 con la vigencia de la nueva Constitución y del Convenio 169 de la OIT, sino que se remonta al menos a 1967, pues mediante la Ley 31 de ese año se incorporó al derecho interno el ya referido Convenio 107 de la OIT, antecedente del actualmente vigente, que pese a su carácter parcial e incipiente, al menos en comparación con el que hoy rige, incorporaba y reconocía ya ese derecho.

Más adelante, el fallo C-180 de 2005 (M. P. Humberto Antonio Sierra Porto), al analizar la constitucionalidad de disposiciones de la Ley 160 de 1994 sobre el tema de la adjudicación de tierras baldías a los agricultores campesinos y/o a los miembros de comunidades étnicas, reiteró que en este último caso existe una consideración diferente, pues el derecho de las comunidades indígenas y los grupos étnicos a la propiedad colectiva, tiene el carácter de derecho fundamental. Sin embargo, son pronunciamientos relativamente más recientes los que contienen decisiones de más hondo impacto y significado en torno al derecho de los grupos étnicos a la adjudicación de territorios de propiedad colectiva en desarrollo de lo previsto en la Constitución y el tantas veces citado Convenio 169 de la OIT.

En la misma línea, es del caso citar también el fallo T-433 de 2011 (M. P. Mauricio González Cuervo), sobre la asignación de tierras de resguardo a una comunidad indígena, ocasión en la cual se reiteró la importancia del derecho fundamental a la propiedad del territorio, con apoyo en extensas transcripciones del recién citado fallo T-909 de 2009. En este caso, después de resaltar la importancia del multiculturalismo, o lo que es lo mismo, la diversidad étnica y cultural protegida por la Constitución Política, se ordenó también a la entidad competente decidir en un tiempo prudencial la solicitud de titulación pendiente de resolución.

Por último, sin duda, resulta pertinente considerar la reciente sentencia T-601 de 2016 (M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado), en la que la Corte estudió la situación de miembros de la comunidad afrodescendiente de Arroyo Grande, quienes afrontaron procesos policivos y otros obstáculos para mantener el disfrute de los terrenos que históricamente han habitado, los que sus antecesores recibieron como compensación por parte de sus antiguos amos, al tiempo de abolirse la esclavitud en Colombia. En este fallo, la Corte reiteró una vez más la especial importancia que para los grupos étnicos tiene el derecho al territorio colectivo, pese a lo cual, algunas de las instituciones de derecho civil que regulan la propiedad privada, en ocasiones representan un obstáculo para el reconocimiento de este derecho.

5. Del derecho a la consulta previa

Como directa consecuencia y herramienta de primer orden para la realización de los derechos fundamentales de las comunidades étnicas antes desarrollados, aparece la posibilidad que aquéllas tienen de ser consultadas y escuchadas antes de la adopción de

decisiones, sean ellas de carácter estatal o privado, que, de manera trascendental, pudieran afectarles, posibilidad que la jurisprudencia de esta Corte ha definido asimismo como derecho fundamental.

La especial protección conferida por el derecho a la consulta consiste en la realización de un proceso mediante el cual el Estado garantiza a los grupos étnicos potencialmente implicados y a sus autoridades propias, la activa participación y el acceso a la información sobre iniciativas o proyectos, tanto de contenido normativo como de otra naturaleza, entre ellas la explotación de recursos naturales y/o la construcción de obras civiles, que de manera directa afecten a sus comunidades o que deban tener lugar en el territorio que ellas ocupan o al cual se encuentran vinculadas. Estas diligencias buscan permitir la identificación de los impactos positivos y/o negativos del proyecto en cuestión y salvaguardar la idiosincrasia de los pueblos indígenas y tribales existentes en la región de que se trata, para lo cual debe facilitarse y procurarse la participación activa de las comunidades interesadas en las discusiones previas, así como en la efectiva toma de decisiones, las cuales deberán ser concertadas, en la medida de lo posible.

El derecho a la consulta previa se sustenta en dos referencias normativas precisas, la primera de las cuales se encuentra en la Constitución de 1991, cuyo artículo 330, relacionado con las funciones de los territorios indígenas, establece en su párrafo la obligación del Estado de propiciar la participación de sus representantes en las decisiones relativas a la explotación de recursos naturales dentro de tales territorios, lo que, a su vez, ha sido entendido como una manifestación específica del principio participativo (arts. 1°, 2°, 7° y 40 ib.).

La otra fuente relevante en relación con el tema es el ya citado Convenio 169 de la OIT, varias de cuyas cláusulas (arts. 15, 17, 22, 27 y 28) establecen la obligación de adelantar consultas sobre temas específicos, y cuyos artículos 6° y 7° plantean además como reglas generales: i) el deber de “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”, y ii) el derecho de éstos a “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”, así como a “participar en

la formulación, aplicación o evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente”.

El derecho a la consulta previa ha tenido gran importancia y amplio desarrollo en el país desde 1991, a partir de la casi simultánea entrada en vigencia de esas dos fuentes normativas. Por ello, el tema ha sido objeto de permanente análisis por parte de esta corporación, que desde sus comienzos ha construido una nutrida y cada vez más consolidada línea jurisprudencial sobre este punto, tanto en materia de tutela como de constitucionalidad, ello en razón a que siendo la consulta un mecanismo de protección de la diversidad étnica y cultural, gran parte de los casos relativos a los derechos de las minorías raciales involucran este factor.

En el proceso de armonización de estas reglas, los pronunciamientos de esta corporación han precisado que el deber de consulta no se restringe apenas a la explotación de recursos naturales en los territorios indígenas, según se derivaría del artículo 330 superior, pues beneficia además a las comunidades negras o afrodescendientes y, respecto de unas u otras, se aplica también frente a muchas otras situaciones y decisiones; pero igualmente, que pese a su carácter abierto, ese principio tampoco tiene un alcance de obligatoriedad absoluta, ya que existen casos específicos en los que se ha apreciado que no resulta indispensable.

La consagración del derecho a la consulta previa como institución básica del marco jurídico aplicable a los pueblos indígenas y tribales en los países independientes es entonces un elemento distintivo del Convenio 169 de la OIT, aprobado en 1989. Como la jurisprudencia lo ha explicado, este instrumento fue adoptado como producto de una nueva y más moderna aproximación a la situación de tales pueblos en todas las regiones del mundo, que busca eliminar la tendencia prevalente en décadas anteriores, orientada hacia la integración o asimilación de tales comunidades con los grupos predominantes²³, tal como puede constatarse con la lectura del antiguo Convenio 107 suscrito en 1957, para en su lugar asentar el principio conforme al cual las estructuras y formas de vida son permanentes y perdurables, dado el interés que asiste a toda la comunidad de que el valor intrínseco de sus culturas sea salvaguardado²⁴.

Ahora bien, según se desprende de lo previsto en los artículos 6° y 7° del Convenio 169 (parcialmente transcritos en párrafos precedentes), y tal como páginas atrás se anunció, el

deber de consulta con las comunidades nativas tiene dos tipos de escenarios en los que debe materializarse: i) el relacionado con la acometida de grandes proyectos, incluyendo la construcción de obras de infraestructura (como puentes, carreteras, oleoductos, hidroeléctricas o aeropuertos), pero también las exploraciones mineras o de otros recursos naturales, como el petróleo, el carbón o el oro, entre otros, en territorios ocupados por tales comunidades o respecto de los cuales aquellas tienen una vinculación especial, casos en los cuales la Constitución ordena la previa realización de la consulta, y su omisión puede ocasionar la paralización de tales iniciativas hasta tanto aquélla se realice²⁵, además de otro tipo de responsabilidades; ii) el atinente a la aprobación de iniciativas normativas, a nivel legislativo, administrativo y aún constitucional, que de manera directa²⁶ les afecten, casos en los cuales la no realización de la consulta que debiera haberse adelantado puede acarrear la inexequibilidad de las medidas así adoptadas²⁷.

Dentro de este contexto, es posible apreciar la existencia de dos grandes tipos de compromisos para los Estados signatarios de este Convenio: El primero de ellos, se orienta a promover las condiciones que permitan el desarrollo de los pueblos indígenas y tribales de un modo tal que respete la diversidad étnica y cultural, asegure los espacios de autonomía requeridos y se desenvuelva en un marco de igualdad, que específicamente se refiere a “su relación con las tierras o territorios, a las condiciones de trabajo, a aspectos relacionados con la formación profesional, la artesanía y las industrias rurales, a salud y seguridad social, a educación y medios de comunicación y a contactos y cooperación a través de las fronteras”. El segundo, alude a la manera en que deben adoptarse y ponerse en ejecución esas medidas, las cuales tienen como ejes la participación y el respeto por la diversidad y la autonomía²⁸.

Planteado así el sentido general del derecho de las comunidades étnicas a la consulta previa de determinadas decisiones públicas, e incluso privadas, es del caso recordar las condiciones y circunstancias en que tales consultas deberán realizarse, a falta de una precisa regulación legal, que aún no ha sido expedida.

En primer término, y en efecto, es necesario reconocer que no existe una norma única y precisa, de carácter constitucional, legal o administrativo, que, de manera integral, defina las hipótesis en las que tales consultas deberán adelantarse. Existen, sin embargo, distintos referentes que la Corte ha considerado suficientes para decidir sobre la procedencia de la consulta frente a casos concretos, derivados de una interpretación armónica de los preceptos

superiores a que se ha hecho referencia, las demás normas que integran el bloque de constitucionalidad, particularmente el referido Convenio 169 de la OIT y su documento Guía de Aplicación, las Leyes 70 y 99 de 1993, su propia jurisprudencia sobre la materia, y algunas otras normas de carácter administrativo, entre ellas, el Decreto 1320 de 1998, que habría de estimarse aún vigente²⁹ y algunas Directivas Presidenciales, específicamente la 1 de 2010 y la 10 de 2013.

Ahora bien, para dar cumplimiento a esta obligación en los casos en que ello resulta imperativo, dado que tampoco existe un procedimiento específico conforme al cual deba adelantarse la consulta en los casos en que es necesaria, deben considerarse los parámetros y reglas ya suficientemente decantadas y consolidadas en reiterados fallos de esta Corte, relativas a las circunstancias de tiempo, modo y lugar que deberán rodear el proceso consultivo para que éste pueda ser considerado válido.

Así, se ha precisado que la consulta previa no es un mero trámite, ni una diligencia que se agota de manera puramente formal al margen de su resultado efectivo, sino una verdadera oportunidad de interacción en la que, de manera razonable y sin límites estrictos de tiempo u otra naturaleza, las comunidades puedan comprender a cabalidad, y evaluar los pros y contras de la iniciativa que se propone, formular sus observaciones dentro de un ambiente de diálogo franco y respetuoso y, en lo posible, participar de la decisión que al término de ese procedimiento se adopte.

Sin embargo, precisamente en atención a la ausencia de una normatividad que, de manera concreta, establezca la forma en que han de realizarse estas consultas, así como a la diversidad de circunstancias en las que ellas resultan necesarias, esta corporación ha resaltado que corresponde al Estado definir las condiciones específicas en que se cumplirá la consulta “de manera que sea efectiva y conducente, pero sin que quepa hablar, en ese contexto, de términos perentorios para su realización, ni de condiciones ineludibles para el efecto”. Al mismo tiempo, ha resaltado la Corte, que ello no implica que el procedimiento de consulta quede enteramente librado a la discrecionalidad de las autoridades, pues, por el contrario, deberá garantizarse que el mismo cumpla fielmente los objetivos originalmente previstos en el pluricitado Convenio 169 de la OIT³⁰.

En torno a la efectividad de los trámites consultivos, de igual manera la Corte Interamericana

de Derechos Humanos se ha pronunciado, dentro del marco de sus competencias, en términos semejantes a los de esta corporación, resaltando que éstos deben tener lugar dentro de una relación de comunicación y entendimiento, signada por el mutuo respeto y la buena fe, entre los voceros de los pueblos indígenas y tribales y las autoridades públicas³¹.

También en relación con las condiciones en que debe realizarse la consulta, desde la sentencia SU-039 de 1997, esta corporación ha requerido:

“a) Que la comunidad tenga un conocimiento pleno sobre los proyectos destinados a explorar o explotar los recursos naturales en los territorios que ocupan o les pertenecen, los mecanismos, procedimientos y actividades requeridos para ponerlos en ejecución.

b) Que la comunidad sea enterada e ilustrada 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.

c) Que se le dé la oportunidad para que libremente y sin interferencias extrañas pueda, mediante la convocatoria de sus integrantes o representantes, valorar conscientemente las ventajas y desventajas del proyecto sobre la comunidad y sus miembros, ser oída en relación con las inquietudes y pretensiones que presente, en lo que concierna a la defensa de sus intereses y, pronunciarse sobre la viabilidad del mismo. Se busca con lo anterior, que la comunidad tenga una participación activa y efectiva en la toma de la decisión que deba adoptar la autoridad, la cual en la medida de lo posible debe ser acordada o concertada.”

Frente a estos criterios, considera oportuno resaltar la Corte, como lo hiciera de manera particular en las ya citadas sentencias C-030 de 2008 y T-769 de 2009, que la consulta deberá realizarse con voceros suficientemente representativos del grupo étnico que está siendo consultado, pues es claro que no cualquiera de sus miembros tendría la capacidad de comprometer a la comunidad ni de representar adecuadamente sus intereses, responsabilidad que recae, aun cuando no de manera exclusiva, en sus representantes legales, debidamente acreditados.

Corresponde entonces a las autoridades que lideren el proceso de consulta, entre ellos a la Dirección de Consulta Previa, como también a los jueces de tutela que, llegado el caso,

examinen las condiciones en que el proceso hubiere tenido lugar, cerciorarse del carácter suficientemente representativo de quienes hubieren intervenido. Estos criterios fueron aplicados también, más recientemente, por la sentencia T-764 de 2015, de esta misma Sala de Revisión, a propósito de algunos procesos consultivos cuya efectividad era controvertida por la comunidad indígena interesada.

Ahora bien, en torno a los requisitos de la consulta, la ya citada sentencia T-129 de 2011 realizó una recopilación de los requisitos que, según se ha explicado en este acápite, deben observarse para que un procedimiento consultivo pueda ser válido y efectivo frente a los casos en que resulte jurídicamente obligatorio.

Entre aquellas reglas no expresamente referidas en los párrafos precedentes pueden desatacarse las siguientes: i) que dentro del trámite de la consulta no se admiten posturas adversariales o de confrontación, pues el objetivo de este procedimiento es promover el diálogo en condiciones de igualdad entre las partes interesadas; ii) que la consulta debe adelantarse teniendo como premisa un enfoque diferencial, vista la diversidad de concepciones normalmente existentes entre los grupos étnicos y aquellos otros usualmente considerados predominantes; iii) que debe fijarse un cronograma del procedimiento consultivo dentro del cual ha de contemplarse tanto una fase de preconsulta como también las de post-consulta o seguimiento; iv) que es necesario realizar un ejercicio mancomunado de ponderación de los intereses en juego a partir del cual los derechos e intereses de las comunidades étnicas no resulten sometidos a más limitaciones que aquellas que sean constitucionalmente imperiosas; v) que las autoridades en materia ambiental y arqueológica no pueden expedir licencias ambientales ni autorizar la iniciación de obras sin la previa comprobación de que se ha adelantado el procedimiento de consulta que resulte aplicable y se ha adoptado, si así se requiere, un Plan de Manejo Arqueológico conforme a la ley; vi) que dentro del marco del proceso consultivo se garantice que los beneficios sociales que se deriven de la ejecución de la obra o proyecto propuesto sean compartidos con las comunidades afectadas; vii) que los grupos étnicos en cuyo interés se realiza la consulta cuenten durante ésta con el acompañamiento de la Procuraduría General de la Nación y la Defensoría del Pueblo, y si esta posibilidad existe, con el de instituciones u organismos internacionales cuyo mandato consista en buscar la defensa de los derechos de tales comunidades.

Con todo, tal como la propia Corte lo ha reconocido³², y salvo en lo relativo a aquellos elementos que solo admitan una calificación dicotómica, es factible que otros de los requisitos objetivos de la consulta se cumplan en mayor o menor grado, en condiciones más o menos cercanas a los ideales señalados por la jurisprudencia constitucional, cuyo logro deberá siempre procurarse en tales procesos. En estos casos corresponderá también al juez de tutela, siempre que el asunto se plantee en tal instancia, evaluar cuidadosamente el grado y calidad en que el requisito en cuestión se hubiere observado, así como las posibles razones de un cumplimiento menor al óptimo. Esto implica a su vez, la posibilidad de que un determinado proceso de consulta efectivamente realizado llegue a considerarse inaceptable, en caso de que la evaluación ponderada de tales requisitos conduzca a tal conclusión, como también la posibilidad de que otros procesos, si se quiere imperfectos, pero no significativamente alejados del ideal, se miren como válido cumplimiento de esta importante instancia de participación.

Ahora bien, es necesario volver sobre el efecto que se derivaría de los posibles resultados de la consulta, especialmente en caso de no lograrse acuerdos entre las autoridades y las comunidades interesadas.

Desde el fallo SU-039 de 1997, y en varias otras decisiones más recientes, este tribunal sostuvo que en esos casos las autoridades competentes retienen la posibilidad de tomar decisiones o adoptar medidas conducentes a la realización de las iniciativas que hubieren sido materia de consulta, señalando que "... la decisión de la autoridad debe estar desprovista de arbitrariedad y de autoritarismo; en consecuencia debe ser objetiva, razonable y proporcionada a la finalidad constitucional que le exige al Estado la protección de la identidad social, cultural y económica de la comunidad indígena." Advirtió también la Corte que "En todo caso deben arbitrarse los mecanismos necesarios para mitigar, corregir o restaurar los efectos que las medidas de la autoridad produzcan o puedan generar en detrimento de la comunidad o de sus miembros."

Sin embargo, en tiempo más reciente, entre otros casos en los resueltos mediante los ya citados fallos T-769 de 2009, T-1045A de 2010, T-129 de 2011, T-384A de 2014 y T-247 de 2015, y a partir de la precisión contenida en la parte final del artículo 6° del Convenio 169 de la OIT, la Corte ha enfatizado que el objetivo central del procedimiento de consulta es el de obtener el consentimiento libre, previo e informado de las comunidades afectadas por la

realización del proyecto propuesto, naturalmente no como resultado de una imposición, sino como fruto de la reflexión franca y transparente a la que se ha hecho referencia. A partir de ello, en el fallo T-129 de 2011, arriba citado, se planteó la Corte de manera directa la pregunta de si esta regla conduce a considerar que las comunidades consultadas tienen entonces un poder de veto respecto de los proyectos que hubieren sido objeto de esta deliberación.

Al abordar este delicado interrogante, la entonces Sala Quinta de Revisión reconoció la imposibilidad de trazar una regla uniforme a este respecto, pues en desarrollo de las pautas constitucionales aplicables es necesario evitar los escenarios extremos y posiblemente impositivos, como lo serían por igual aquellos en que las comunidades simplemente resisten de manera absoluta la realización del proyecto que se le hubieren propuesto, como aquellos en los que la pretendida consulta, pese a su apariencia, se reduce apenas a notificar a las comunidades sobre decisiones de carácter unilateral que al respecto hubieren tomado las autoridades, normalmente conducentes a la viabilidad de los proyectos objeto de consulta. Según explicó entonces la Corte, “el criterio que permite conciliar estos extremos depende del grado de afectación de la comunidad, eventos específicos en que la consulta y el consentimiento pueden incluso llegar a determinar la medida menos lesiva, como medida de protección de las comunidades”.

Con todo, en esos mismos pronunciamientos, recordó esta corporación que de conformidad con otras normas del referido Convenio 169 de la OIT (entre ellos su artículo 16), el consentimiento de las comunidades consultadas resulta indispensable en casos excepcionales, por ejemplo cuando el proyecto o medida propuesta implique el traslado de la comunidad a un territorio diferente al que aquélla ha venido ocupando, puesto que este hecho lesiona de manera directa el derecho a la existencia y la integridad de la respectiva etnia.

De otra parte, respecto a la consecuencia jurídica de la omisión frente al deber de realizar un procedimiento consultivo, se ha precisado que su desconocimiento generaría una situación de incumplimiento susceptible de evaluación y control, en principio, a través de las correspondientes instancias internacionales.

Sin embargo, como el deber de consulta del Convenio 169 de la OIT hace parte del texto

superior mediante la figura del bloque de constitucionalidad, y que específicamente “ha sido considerado como una expresión de un derecho fundamental de participación, vinculado en este caso específico al también fundamental derecho a la integridad cultural, social y económica”, es del caso anotar que la omisión de la consulta en aquellos asuntos en los que ella resulte imperativa conforme a dicho Convenio, tiene también consecuencias inmediatas en el orden interno. Así, este derecho de consulta es susceptible del amparo constitucional, por cuya vía las comunidades indígenas pueden obtener que no se hagan efectivas medidas que no hayan sido previa y debidamente consultadas y que se disponga la adecuada realización de las consultas que sean necesarias.

6. El derecho de petición y los alcances de su núcleo esencial

Como se recordará, desde el año 2005, la comunidad actora presentó al INCODER una solicitud para la ampliación, saneamiento y adecuada delimitación del territorio ancestral del pueblo Barí, que a la fecha aún no ha sido resuelta de fondo. En cuanto tal solicitud implica ejercicio del derecho de petición, resulta necesario que la Corte determine en qué medida esa falta de respuesta genera también vulneración de este derecho fundamental.

Acerca del contenido de este derecho, desde sus inicios, la Corte Constitucional ha construido una voluminosa y consistente línea jurisprudencial. El desarrollo del derecho de petición se remonta además a muchos años antes de la creación de este tribunal, pues también hizo parte del Título III de la derogada Constitución de 1886, lo que dio sobrada ocasión para que las autoridades, los particulares y los jueces se familiarizaran suficientemente con él. El derecho de petición tiene el carácter de fundamental, en la medida en que es un vehículo para el ejercicio de otros derechos, algunos de esa misma naturaleza y otros sin esa connotación. De igual manera ha resaltado la Corte que aquél resulta esencial y determinante como mecanismo de participación ciudadana, dentro de una democracia que se define a sí misma como participativa.

En síntesis, han entendido de manera unánime tanto la doctrina como la jurisprudencia nacional³³, que la esencia del derecho de petición consiste en la posibilidad de presentar peticiones respetuosas a las autoridades, lo que genera en éstas la obligación de que aquéllas sean recibidas, seguida de la garantía de que tales peticiones serán objeto de pronta resolución. Frente a este aspecto es claro que el solicitante no tiene, en modo alguno,

derecho a esperar que la autoridad resuelva su pedido de manera favorable, concediendo lo que él busca, al punto de poder afirmar que se vulnera el derecho de petición si quien lo resuelve no accede, sin objeción, a la totalidad de lo pedido. La garantía de este derecho consiste en que la autoridad deberá necesariamente estudiar la solicitud que ha recibido, pronunciarse de fondo sobre ella en un tiempo prudencial, y asegurarse de poner la respuesta en conocimiento del peticionario, de tal modo que éste no tenga que esperar, de manera indefinida, y pueda tener certeza de que la respuesta que reciba resolverá de fondo sobre el tema planteado. Con ello queda a salvo tanto la posibilidad de adelantar actuaciones posteriores a partir del sentido de la respuesta obtenida, si así lo estimare el peticionario, como la de controvertirla mediante el uso de las acciones contencioso administrativas.

En relación con el contenido de la petición, la ley aplicable, que para la época de esta solicitud era el antiguo Código Contencioso Administrativo (Decreto 1 de 1984)³⁴ distinguía con claridad varias formas de petición, entre ellas la presentada en interés general, la que se instaura en razón a un interés particular, el derecho de pedir informaciones (que incluía la posibilidad de consultar los documentos públicos y de obtener copia de ellos), la formulación de consultas y las llamadas peticiones iniciadas en cumplimiento de un deber legal. Cada una de estas especies tenía, según su naturaleza, un distinto alcance y forma de protección.

Así las cosas, aunque no sea expresamente rotulado con este nombre, toda solicitud que una persona dirija a una autoridad con el fin de obtener un derecho o motivar la creación de algún otro efecto jurídico específico, implica ejercicio del derecho de petición, y como tal está sujeta a todas las garantías inherentes a ese derecho que en párrafos precedentes fueron señaladas, lo mismo que a las limitaciones que conforme a la jurisprudencia le son propias.

Por lo anterior, los elementos brevemente expuestos sobre los alcances del derecho de petición, resultan aplicables frente a la controversia que ahora decide la Corte.

7. Del derecho al debido proceso y su incidencia en el presente caso

En la demanda de tutela, a partir de los hechos relatados, la comunidad actora adujo la violación de su debido proceso, al parecer, a propósito de la iniciación por parte del INCODER del trámite para la constitución de la ZRC, sin haber resuelto previamente la solicitud de ampliación y delimitación de los resguardos presentada años atrás por el mismo pueblo Barí, y sobre todo, en vista de los efectos que el trámite primeramente nombrado tendría sobre la

expectativa de la comunidad de ampliar la extensión de sus resguardos, y recuperar alguna parte de lo que considera su territorio ancestral. El contenido particular de la controversia que en este caso ha de resolverse, y la calidad de los distintos sujetos involucrados, sugieren la necesidad de recordar los alcances de ese concepto, así como las circunstancias en que, en este caso, podría plantearse la eventual violación de este derecho.

Según lo establece el artículo 29 de la Constitución Política, el debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. De esta regla se deduce que los principales destinatarios del deber de garantizar este derecho son las autoridades, tanto judiciales como administrativas, bajo cuya dirección se adelantan tales actuaciones³⁵. En cualquier caso, debe recordarse que este concepto alude al derecho que tienen todas las personas involucradas en una determinada actuación, encaminada a la toma de una decisión que adjudica derechos o impone obligaciones, para que durante su curso se cumplan, de manera rigurosa, los pasos y etapas previamente señalados en la norma que regula ese específico asunto.

El objeto de esta garantía es entonces que quienes participan de ese trámite o procedimiento (de allí el nombre de debido proceso), no resulten sorprendidos por el abuso de poder de quien lo dirige o por maniobras indebidas de aquellos sujetos que dentro del mismo defienden intereses contrapuestos a los suyos, lo que además sería lesivo del derecho a la igualdad y pondría en serio riesgo los derechos sustanciales cuya efectividad se persigue a través de ese diligenciamiento. Por el contrario, se busca que todos los involucrados alcancen a prever, en lo que fuere previsible, el desarrollo subsiguiente y futuro del trámite de su interés, y a partir de ello puedan decidir sus futuras actuaciones y comportamiento procesal y anticiparse, de manera efectiva, a las contingencias que pudieran surgir, sea a partir de la actuación de los demás sujetos interesados o por otras causas.

Como es sabido, la preocupación por garantizar la predecibilidad de los trámites y procedimientos a cargo de una autoridad pública surgió hace más de dos siglos, originalmente en el campo del juzgamiento penal, se amplió después a todo tipo de procesos judiciales, y por último, se extendió también a los trámites y actuaciones administrativas. En todos esos casos, el principal objetivo del debido proceso es ser prenda de garantía de una

decisión justa, la que se emitirá al término del procedimiento previamente establecido por las normas, y cuyo contenido dependerá de lo que resulte probado dentro de aquél, una vez que todos los distintos sujetos han tenido la oportunidad de intervenir, cada uno en defensa de sus propios derechos e intereses. Mientras tanto, los alcances específicos del concepto de debido proceso, esto es, las formalidades que en cada caso deban observarse, dependen de lo que para esa particular actuación, judicial o administrativa, haya establecido la ley o el reglamento. Por otra parte, en cuanto todas las actuaciones, tanto judiciales como administrativas, tienen por objeto la adjudicación de derechos u obligaciones respecto de los sujetos involucrados, que, según se dijo, usualmente persiguen intereses contrapuestos, es claro que la decisión será a menudo desfavorable para uno o más de ellos, sin que por esa sola razón pueda aducirse una supuesta vulneración del debido proceso.

Hechas estas precisiones, debe recordarse que tanto los trámites relacionados con la ampliación y delimitación de resguardos o la constitución de una ZRC, como los atinentes a la consulta previa, en los casos en que ella debe aplicarse, son actuaciones administrativas en cuanto en ellos participan una o más autoridades o entidades públicas, entre ellas, el INCODER y/o la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, además de otras cuya precisa identificación depende de la naturaleza del trámite de que se trata.

Sin embargo, similar a lo que ocurre cuando éste se refiere a la posible realización de una obra pública o de un proyecto que afectaría el territorio en el que habitan los grupos étnicos, frente a la posible constitución de una ZRC intervienen también grupos o personas particulares, entre ellas, los campesinos o asociaciones de ellos que promueven, se beneficiarían, o piden llevar a cabo tal iniciativa, para quienes, al igual que para la comunidad indígena de cercana ubicación, el desarrollo de este proceso podrá tener incidencia en una futura adjudicación de derechos.

A partir de estas reflexiones, al analizar el caso concreto, la Sala evaluará la posible violación del derecho al debido proceso de la comunidad indígena, como resultado de la ausencia de consulta previa sobre la eventual constitución de una ZRC en territorio parcialmente coincidente con el reclamado por aquélla, así como la ausencia de oportuna decisión, la paralización o el posible olvido que se habría presentado frente a su solicitud de delimitación y ampliación de los resguardos.

8. De la especial protección a las comunidades campesinas

Entre las novedades relativas a los más recientes desarrollos de los derechos económicos, sociales y culturales, la Constitución de 1991 aludió de manera indirecta, pero no menos clara, a la situación de los campesinos colombianos, estableciendo en los artículos 64, 65 y 66 algunas importantes reglas que procuran la protección de sus intereses y los definen como sujetos de especial protección constitucional. Esas normas abordan distintas circunstancias de la vida y las actividades típicas de las comunidades campesinas, amplio e importante grupo humano presente en todo el territorio, entre ellas lo relacionado con el acceso a la propiedad de la tierra, la producción de alimentos y la disponibilidad de créditos para el financiamiento de sus actividades. La expresa mención de estos temas en el texto superior permite deducir la importancia que el constituyente le atribuyó a las condiciones de vida de estas comunidades, las que por diversas razones, al menos en los países en vías de desarrollo, son usualmente desfavorables.

Los aspectos que fueron regulados por el texto constitucional reflejan problemas que afectan a las comunidades campesinas en casi todas las sociedades, pues los campesinos son los habitantes del campo³⁶ y la generalidad de los territorios de los Estados comprenden áreas rurales³⁷. En efecto, en todos esos casos, los campesinos normalmente afrontan la desventaja de no tener fácil acceso a diversos servicios básicos, tales como la salud, la educación, e incluso la recreación, y en general, a las oportunidades y mayores comodidades que solo están disponibles en las zonas urbanas, situación que debe generar el desarrollo de acciones afirmativas, y en general, de políticas públicas, apropiadas para contribuir a la superación de tales dificultades, y con ello evitar, además, su masiva migración a las ciudades.

Según se anotó, una razón adicional que justifica la promoción al bienestar de las comunidades campesinas radica en el rol que habitualmente les corresponde en la provisión de alimentos, que todas las sociedades requieren en forma suficiente y oportuna. En efecto, al menos los primeros eslabones de la cadena productiva alimentaria tienen siempre lugar en el campo y dependen del trabajo de los campesinos, quienes, como antes se dijo, suelen estar en situación de grave desventaja respecto de la mayor parte de las comunidades urbanas. Entre las circunstancias específicas que con frecuencia afectan el desarrollo de estas tareas, se encuentran la carencia o insuficiencia de tierras hábiles para las actividades

agropecuarias, la falta de capacitación, y las dificultades para el acceso al crédito.

En el ámbito internacional existe una acción, aún incipiente pero importante, que procura el reconocimiento y la promoción de los derechos de los campesinos frente a problemas como los antes relatados. En tal sentido, existen desde hace años, algunas referencias puntuales de los tratados internacionales de derechos humanos, por ejemplo en torno a la importancia de la vivienda digna para los habitantes del campo, o al papel de los campesinos en la oportuna y suficiente producción de alimentos, que interesa a toda la población³⁸. Más allá de ello, recientemente el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas aprobó por mayoría, en octubre de 2015, la decisión de avanzar y finalizar la redacción de la que sería una Declaración sobre los derechos de campesinas y campesinos en el mundo, respecto de la cual existe desde hace algunos años un proyecto consensuado preparado por el movimiento internacional La vía campesina, que busca sensibilizar a los gobiernos del mundo sobre esta problemática³⁹. De otra parte, existen también referencias específicas a los derechos de los campesinos en constituciones de otros países, sobre todo de América Latina, destacándose entre ellos México⁴⁰ y Perú⁴¹.

Ahora bien, en el caso colombiano, mucho antes de las referencias que actualmente hace la carta política, el Estado había expresado ya algún interés en el bienestar de la población campesina, mediante la aprobación de varias iniciativas denominadas como de Reforma Agraria, entre las cuales se destacan la Ley 200 de 1936, que estableció la extinción de dominio sobre las llamadas tierras incultas, y años después la Ley 135 de 1961, en la que además se creó el INCORA, institución para entonces encargada de adelantar los programas de expropiación y redistribución de tierras con destino a familias que carecieran de ellas. Con todo, según lo reconoció la Asamblea Nacional Constituyente⁴², la implementación de estas acciones había sido poco efectiva, lo que en parte explica el interés por incluir el tema en la nueva Constitución de 1991.

Ya en vigencia de la actual norma superior, se expidió la Ley 160 de 1994, por la cual se actualizó integralmente la legislación sobre la materia, incluso lo relativo a la adjudicación de baldíos, y se crearon figuras como las Zonas de Reserva Campesina ZRC, a través de las cuales se buscó fomentar la pequeña propiedad rural y crear condiciones de desarrollo y consolidación de la economía campesina de los colonos, que es justamente la opción que en este caso pretende realizar ASCAMCAT en la región del Catatumbo.

En esta última decisión, si bien la Corte reiteró la validez de reglas aún más favorables en beneficio de los grupos étnicos con miras a la consolidación de sus resguardos, destacó también las razones por las cuales resulta constitucionalmente viable, más aun necesaria, la implementación de acciones afirmativas que otorguen ventajas a los agricultores y los habitantes del campo, a partir de los mandatos específicos recogidos por la Constitución, en los ya citados artículos 64, 65 y 66, por lo cual las normas acusadas fueron declaradas exequibles.

En años más recientes se registran también otras importantes decisiones, en las que la Corte vuelve a referirse a la condición de clara desventaja que es propia de los campesinos colombianos, y a la intención del texto constitucional de remediar tal situación. Entre ellas se destaca la sentencia C-644 de 2012 (M. P. Adriana María Guillén Arango), en la que esta Corte señaló que el campo, como concepto no solo geográfico, sino también sociológico, es un bien jurídico especialmente protegido por la Constitución, y con base en ello declaró inexecutable varias disposiciones del Plan Nacional de Desarrollo entonces vigente⁴³, que modificaron normas de la citada Ley 160 de 1994 sobre el tema de adjudicación de baldíos, en perjuicio de la figura de las unidades agrícolas familiares, antes establecida en interés de los pobladores del campo, al considerar que los cambios introducidos resultaban regresivos, y en contravía de la efectiva protección de estos sectores.

De especial importancia frente al tema que ahora se decide es la decisión contenida en la sentencia C-371 de 2014 (M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), en la que esta Corte analizó la demanda dirigida contra las normas de la Ley 160 de 1994 que regulan la constitución de las Zonas de Reserva Campesina (ZRC). En este caso, pese a reconocer el interés del texto superior por los trabajadores del campo, y el beneficio que a ellos reportaría la aplicación de esta figura, la Corte resolvió condicionar la exequibilidad de las normas acusadas, en relación con la necesidad de examinar si en el área en que pretende constituirse la ZRC existe presencia de comunidades indígenas, advirtiendo que en caso afirmativo, debería garantizarse el derecho a la consulta previa, en interés de éstas.

En la misma línea antes anotada, la sentencia C-623 de 2015 (M. P. Alberto Rojas Ríos) declaró la inexecutable de apartes de dos artículos de la Ley 160 de 1994 relacionados con procesos de clarificación de la propiedad de baldíos, al considerar que la suspensión automática de ese tipo de decisiones como consecuencia de una demanda de nulidad ante la

jurisdicción contencioso administrativa, afectaba de manera desproporcionada el interés de los pobladores del campo por acceder a la propiedad rural, y resultaba contraria a la protección ordenada por el artículo 64 de la Constitución Política, que establece el deber del Estado de promover el acceso progresivo a la propiedad de la tierra por parte de esos ciudadanos.

Finalmente, la reciente sentencia SU-426 de 2016 (M. P. María Victoria Calle Correa), a propósito del interés de un grupo de campesinos desplazados por la violencia, frente a la posibilidad de ser adjudicatarios de tierras baldías, reiteró la importancia que la Constitución le atribuye al acceso a la propiedad de la tierra por parte de los habitantes del campo colombiano, y resaltó, una vez más, las razones de ese especial interés. A partir de ello, concedió la tutela del derecho al territorio invocado por los accionantes, bajo los requisitos previstos en los programas de reforma agraria integral, al tiempo que adoptó otras medidas encaminadas a garantizar la seguridad de aquéllos frente a las amenazas existentes, y a facilitar su efectivo acceso a la propiedad rural.

9. Las Zonas de Reserva Campesina ZRC, su utilidad e importancia para los agricultores y la posible afectación de las comunidades indígenas vecinas, de conformidad con la sentencia C-371 de 2014

Como es sabido, la figura de las zonas de reserva campesina ZRC se estableció a través de la Ley 160 de 1994, cuyos artículos 80 a 84 constituyen la principal normativa sobre el tema⁴⁴. Como objetivo fundamental, y frente a la persistente vigencia del latifundio en muchas zonas del país, se trata de un mecanismo jurídico especialmente diseñado para facilitar el mejor aprovechamiento de tierras recientemente colonizadas, que para el efecto serán claramente delimitadas por el INCODER, en las cuales se busca propiciar un reparto más justo y equitativo de la propiedad rural a través de la figura de las unidades agrícolas familiares UAF, y lograr la más eficiente organización de las comunidades campesinas habitantes de la zona, para el aprovechamiento de los servicios y asesoría ofrecidos por el Estado. Entre sus objetivos adicionales se encuentran también controlar la inadecuada expansión de la frontera agrícola, el desarrollo y consolidación de la economía campesina en la región, la protección y conservación de los recursos naturales y del medio ambiente, y de manera general, la ocupación más adecuada, equitativa y disponible del territorio rural.

En esta medida, las ZRC son un mecanismo a través del cual el Estado colombiano cumple el mandato contenido en el artículo 64 superior, en el sentido de promover el acceso a la propiedad de la tierra por parte de los trabajadores agrarios, y en general, la especial protección a este sector de la población, que resulta de las demás disposiciones constitucionales sobre la materia (artículos 65 y 66 ibídem).

Ahora bien, de conformidad con lo previsto en el artículo 80 de esta ley, la oficial constitución de un territorio como zona de reserva campesina ZRC tiene por efecto la vigencia de unas reglas especiales y adicionales en materia de adjudicación de baldíos, de los requisitos y consecuencias de la adquisición de tal derecho, y en general, sobre las condiciones y circunstancias en que se ejerce la propiedad en las zonas afectadas por tal calificación. Estas circunstancias son determinantes para el adecuado cumplimiento de los fines que la figura persigue. La oficial constitución del territorio escogido como ZRC contribuye en forma positiva al logro de los objetivos de las organizaciones campesinas, que como se explicó, tienen claro sustento en disposiciones constitucionales.

En esa misma línea, tal como lo precisó la ya referida sentencia C-371 de 2014, es evidente que tal declaración ocasiona restricción al interés de las comunidades indígenas que habiten la misma zona, principalmente en cuanto ello dificulta el libre ejercicio del derecho al territorio, en la forma que para aquellos resulta importante, la que, además, ha sido reconocida por la jurisprudencia como un derecho fundamental. Por tal razón, esta Corte decidió condicionar la exequibilidad de las normas sobre las que en esa oportunidad decidía, en el sentido de obligar a que primero se constate si existe o no presencia de grupos étnicos en la misma zona que sería afectada por la decisión de constituir la ZRC, y en caso afirmativo, se garantice el derecho a la consulta previa de la comunidad afectada. Por ello, prima facie, resulta plausible la pretensión de los representantes del pueblo Barí, frente a la solicitud presentada por ASCAMCAT, en su momento ante el INCODER.

10. La ponderación y armonización de los derechos e intereses de los pueblos indígenas y las comunidades campesinas

En al menos dos de las sentencias relacionadas en el punto 7 anterior⁴⁵, se observa que el interés y los derechos de los pueblos indígenas han prevalecido totalmente sobre el interés de las comunidades campesinas. En efecto, en el primero de estos casos, la Corte declaró

exequibles dos distintas normas de la Ley 160 de 1994 que establecen reglas diferentes para el ejercicio del derecho a la propiedad del territorio, adjudicación gratuita para el caso de los resguardos indígenas, frente a subsidios y créditos blandos para la adquisición de tierras por las comunidades campesinas. En el segundo, adoptó la decisión de someter al trámite de consulta previa la posible constitución de las zonas de reserva campesina en territorios total o parcialmente ocupados por un grupo étnico, o reclamados por éste.

En la primera de estas decisiones, la Corte explicó que el vínculo que los grupos étnicos experimentan con los territorios que ocupan configura un verdadero derecho fundamental, mientras que la legítima aspiración de los campesinos de acceder progresivamente a la titularidad de predios rurales, implica un mecanismo de acceso a la propiedad privada, que si bien ha sido reconocido y avalado por el texto superior, no tiene ese mismo carácter, al menos desde el punto de vista de su justiciabilidad inmediata, según la evolución jurisprudencial existente al respecto, razón por la cual se justifica el tratamiento desigual dispensado al respecto por la Ley 160 de 1994. En la segunda, el interés de los campesinos en la constitución de la ZRC, no obstante su claro soporte constitucional, queda enteramente sometido, en caso de existir presencia de grupos étnicos, a las resultas de la consulta previa que al respecto deberá adelantarse.

Sin embargo, según se explicó en el punto 7 anterior, el interés de las comunidades campesinas, también históricamente desfavorecidas, que por tal razón aparece latente frente a la posible adopción de decisiones públicas que pudieran favorecerlo o afectarlo, aun cuando no alcance a tener el carácter de derecho fundamental o, si fuere el caso, de obligada justiciabilidad, es también un interés claramente identificable, y por lo tanto envuelve un derecho, así mismo constitucionalmente protegido, de manera progresiva.

De otra parte, y de conformidad con el artículo 15 del Convenio 169 de la OIT, el derecho de los grupos étnicos al territorio “comprende el derecho (...) a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos”, expresión que sin duda implica que existe un derecho prevalente a tomar parte en tales decisiones, pero que no equivale a la posibilidad de imponer, de manera absoluta, su criterio sobre el interés de otros grupos o personas que, así mismo, tengan derecho a participar en tales decisiones.

A partir de lo anterior, para la Sala es claro que el interés de las comunidades campesinas no

podría, sin más, ser desestimado, por el solo hecho de que a él se oponga el interés de un grupo étnico vecino, o con el que aquellas comparten un espacio territorial específico. Por ello, en los casos de confluencia de intereses frente a las mismas zonas, las autoridades deben hallar fórmulas de armonización que permitan dar efectividad plena, o al menos la más alta posible, a los dos intereses en juego, pues ambos son objeto de especial protección constitucional.

Bajo esta consideración, y sin perjuicio de la total validez y plena aplicabilidad de las decisiones atrás referidas, debe insistir este tribunal en que el interés de las comunidades campesinas, que en este caso se manifiesta mediante la solicitud de constitución de la ZRC del Catatumbo, es también un derecho digno de especial protección constitucional. Por esta razón, no obstante la necesidad de reconocer y dar plena aplicación al derecho a la consulta previa, propio de los grupos étnicos con presencia en la misma zona, el referido interés de las comunidades campesinas deberá ser así mismo resguardado.

11. Sobre el territorio cuya ocupación origina el derecho a la consulta previa

En el presente caso, el reclamo de la comunidad indígena accionante se apoya, no solo en su derecho a los territorios oficialmente titulados como parte de los resguardos Motilón Barí y Catalaura La Gabarra, sino también, parcialmente, en la invocación de las grandes extensiones que otrora ocupara el pueblo Barí en el actual departamento de Norte de Santander⁴⁶, a partir de lo cual, desde el año 2005 sus representantes iniciaron el proceso de ampliación, saneamiento y delimitación del territorio de esos resguardos. De otra parte, y en tal sentido, citaron el concepto de ocupación histórica y ancestral, para referirse a los actos de posesión y dominio que en épocas pretéritas habría ejecutado sobre tales áreas la misma comunidad, en el entendido de que, a partir de tales hechos históricos, el correspondiente grupo étnico mantiene aún el derecho a determinar el uso y destinación que ha de darse a esas extensiones de tierra, o al menos de influir, de manera determinante, sobre tales decisiones.

De otro lado, en el escrito de tutela se denunció que el Ministerio del Interior habría ignorado estas circunstancias, al expedir, en octubre de 2013, una certificación sobre la no presencia de comunidades indígenas en áreas localizadas en el municipio de Tibú, lo que, a su turno, permitiría constituir en ese territorio la ZRC a que se ha hecho referencia, sin adelantar antes

un proceso de consulta previa.

Por lo demás, a tono con lo dispuesto por el artículo 14 del citado Convenio 169 de la OIT, la jurisprudencia de esta Corte ha reconocido⁴⁷ que el territorio cuyo uso u ocupación por los grupos étnicos da a éstos el derecho a la realización de la consulta previa no se limita a aquel formalmente titulado, o en este caso, a las zonas oficialmente reconocidas como integrantes del correspondiente resguardo, o sobre las cuales exista una certificación del Ministerio del Interior, sino que se extiende, siempre que exista prueba de ello, a las zonas aledañas potencialmente afectables por la iniciativa de que se trata, en razón al interés que la misma comunidad tiene sobre ellas. Entre los criterios que permiten la ya referida ampliación del área de influencia, para efectos de la obligación de adelantar consulta previa, se encuentran la histórica y prolongada ocupación de tales áreas por parte de la comunidad, así como el hecho de tratarse de zonas no exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las cuales han tenido acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia.

Sin embargo, es claro que frente a la reivindicación por parte de una comunidad indígena o afrodescendiente, de los territorios que en algún remoto momento sus antecesores ocuparon, debe procederse con cautela y sentido de proporcionalidad, pues más allá de la connotación injusta y/o violenta, que en su momento puedan haber tenido algunos de los hechos que determinaron la reducción de sus territorios históricos, no resulta razonable pretender su completa recuperación, frente a situaciones lenta y largamente consolidadas, en cuya preservación tienen interés terceros de buena fe, que en muchos casos no participaron de los presuntos actos de despojo, ni por sí mismos ni a través de sus causantes. Esta situación es común en los casos en que, con el transcurso de los tiempos, surgieron en tales áreas poblados o ciudades, actualmente reconocidos y dotados de autonomía territorial, o se desarrollaron y consolidaron determinadas actividades económicas, cuyo desmonte supondría injusta afectación a los derechos de terceras personas.

Por lo anterior, si bien es cierto que en determinadas circunstancias, la certificación del Ministerio del Interior sobre la presencia o no de grupos étnicos en zonas específicas para efectos de la posible realización de una consulta previa podría ser considerada insuficiente, debe también recordarse que no bastaría la simple afirmación del grupo interesado sobre el carácter ancestral de los territorios pretendidos o sobre las circunstancias que justifican su interés, a efectos de que se realice la consulta previa en relación con un determinado

proyecto o iniciativa, pues se requiere la acreditación, al menos sumaria de tales antecedentes, la que además habrá de balancearse con las demás circunstancias a las que atrás se hizo referencia, en cuanto a la evolución histórica en el largo plazo sobre la ocupación y propiedad de tales territorios y su situación actual.

12. Caso concreto

A partir de estos criterios, y según antes quedó planteado, el amparo solicitado gira en torno a dos situaciones distintas, aunque relacionadas, que afectarían los derechos fundamentales de la comunidad indígena actora, como son: i) la falta de respuesta, por parte del INCODER⁴⁸ a la solicitud de ampliación, saneamiento y delimitación de los dos resguardos en los que se encuentra organizada esa comunidad indígena, petición que se habría presentado desde hace ya varios años, y ii) el hecho de que esa misma entidad hubiere dado trámite a la solicitud de constitución de una zona de reserva campesina ZRC presentada por ASCAMCAT respecto de territorios ubicados en los mismos municipios y en áreas coincidentes, o al menos cercanas a las de tales resguardos o a aquellas sobre las cuales se busca la ampliación de éstos.

Cabe recordar que los jueces constitucionales de instancia negaron esta tutela por improcedente, en parte por considerar que no se presentaba en este caso una verdadera vulneración de derechos fundamentales, pero también por estimar que frente a algunos de los puntos debatidos existiría un medio idóneo de defensa judicial, como son las acciones para la impugnación de los actos administrativos ante la jurisdicción contencioso administrativa, argumento que fue también recogido por ASCAMCAT, en su condición de tercero interviniente.

No obstante, en aplicación de la jurisprudencia constitucional existente sobre la materia, para la Sala es claro que en el presente caso la tutela es el mecanismo adecuado y procedente para la efectiva protección de los derechos reclamados. De una parte, porque el derecho de petición tiene el carácter de fundamental, y no obstante la opción de invocar el silencio administrativo para a partir de ello ejercer las acciones contenciosas pertinentes, la tutela no deviene improcedente para su protección, menos aún en casos en los que ha transcurrido tiempo tan prolongado sin respuesta efectiva a lo solicitado. De otra, por cuanto, análoga reflexión cabe respecto de la consulta previa y los demás derechos inherentes a la

comunidad indígena, cuya destacada importancia ha conducido a que esta Corte, de tiempo atrás, y de manera reiterada, considere procedente la tutela que se impetire para protegerlos, debido a la insuficiencia de los medios ordinarios disponibles. Y, por último, porque ni la Ley 160 de 1994, ni las demás normas que desarrollan el tema de las zonas de reserva campesina ZRC, prevén un trámite o procedimiento efectivo para la eventual oposición de terceros al trámite de constitución de éstas. Así las cosas, desde ya, precisa la Corte que la tutela impetrada no resulta improcedente, razón por la cual, la Sala abordará el análisis de fondo de los hechos que sustentan el reclamo de la comunidad indígena actora.

Ahora bien, en relación con el primer punto, para la Sala resulta evidente la vulneración de los derechos fundamentales de la comunidad accionante por efecto de la falta de resolución de la solicitud de ampliación y saneamiento de sus resguardos, por ella presentada, aparentemente, desde el año 2005, y que, según consta en el informe recientemente allegado por la Agencia Nacional de Tierras ANT, autoridad actualmente responsable de las funciones antes atribuidas al INCODER en relación con el tema, a la fecha continúa sin resolución de fondo.

El referido escrito informó sobre las actividades desarrolladas con este propósito durante los años recientes, y se refirió a las que aún se encuentran pendientes, algunas de las cuales implicarían un alto costo económico, para cuya atención no existiría en esa entidad suficiente disponibilidad presupuestal. De igual manera, informó sobre algunas acciones que requerirían acuerdo y coordinación con la comunidad indígena solicitante, circunstancia que, según sugiere, habría supuesto algunas dificultades para el avance de la actuación. Al respecto, la Sala resalta que el contenido de este informe coincide completamente con aquél presentado dos años atrás por el INCODER, lo que revela la casi completa inacción de parte de ambas autoridades durante el mismo lapso.

De otra parte, es también cierto que, además de la extrema dilación que ha afectado este diligenciamiento, la misma entidad ha adelantado, de manera simultánea, y aparentemente con mayor prontitud, acciones relacionadas con la constitución de la ZRC del Catatumbo, solicitada por ASCAMCAT, la que incluso estuvo a punto de ser decidida para la época en que se presentó esta acción de tutela. Este hecho, además de la desigual atención que insinúa

frente a los distintos asuntos asignados a la entidad, es sin duda significativo, e implicaría vulneración del debido proceso administrativo, en cuanto, según lo debatido durante este trámite, es ciertamente factible que una decisión favorable sobre la ZRC, impida en todo o en parte, la posterior viabilidad de la solicitud de ampliación, saneamiento y delimitación de los resguardos, elevada por la comunidad actora, además solicitada a la autoridad competente con considerable anterioridad.

Ante estos hechos, y no obstante las explicaciones justificativas que la entidad a cargo intenta oponer, para esta Sala es claro que, en cuanto la normativa vigente prevé la posibilidad de solicitar la ampliación, saneamiento y delimitación de los resguardos⁴⁹, opción que, además, busca hacer efectivos los derechos fundamentales de aquéllas a la integridad étnica y cultural, al territorio y la propiedad colectiva de la tierra y a la consulta previa, es deber de las autoridades resolver prontamente tales solicitudes, en los términos previstos en las correspondientes normas, sin que la tardanza pueda resultar justificada por motivos como los expuestos, como también es su deber solventar, con cargo a su presupuesto, o según el resultado de otras gestiones que ella realice en el interior del Estado, los costos que la realización de las actividades necesarias para el cumplimiento de sus funciones pueda suponer. En tal perspectiva, la actuación del INCODER, y en especial su muy dilatada falta de resolución sobre lo pedido, implica una visible vulneración del derecho al debido proceso administrativo, como también del derecho fundamental de petición, en cuyo ejercicio la comunidad actora solicitó las modificaciones al territorio reconocido como propiedad de los referidos resguardos. Por último, desde el punto de vista sustancial, también es claro que la no decisión sobre lo solicitado afecta, así mismo, los derechos fundamentales de esa comunidad, a los que antes se hizo referencia, en cuanto la solicitud aún desatendida es el camino que la ley ha demarcado para la materialización de esos derechos.

En conclusión, para la Sala es diáfano que este primer punto ha de resolverse de manera favorable, no solo por el incumplimiento que la actuación hasta ahora desarrollada configura, sino, también, por los efectos que la falta de decisión en ese punto implica respecto de los demás asuntos aquí debatidos.

Frente a lo segundo, es así mismo claro que una respuesta favorable a la solicitud presentada por ASCAMCAT para la creación de una zona de reserva campesina ZRC en la región del Catatumbo tendría un impacto sobre la comunidad indígena accionante, siempre

que ella se constituyera sobre áreas ya pertenecientes a sus resguardos, solicitadas dentro del trámite de ampliación de los mismos, aún en curso, o sobre las cuales tuviere la comunidad una justa y sustentada expectativa, que cumpla las condiciones explicadas en el punto anterior. En este escenario, para la Corte es claro que habría de procederse a adelantar un trámite de consulta previa, como la comunidad accionante lo viene solicitando, sobre cuyas características la Sala hará algunas precisiones.

En relación con este aspecto, y pese a la abundancia de pruebas recaudadas, no es completamente claro si, al menos en alguna parte de las áreas en las que se constituiría esa ZRC, se configura alguna de las dos últimas situaciones, pues existen versiones encontradas sobre el alcance de los acuerdos que, desde antes, pero también después de la presentación de esta tutela, habrían logrado los representantes del pueblo Barí y los de ASCAMCAT.

Así por ejemplo, se tiene conocimiento de que si bien inicialmente la solicitud de formación de la ZRC se refería a áreas de siete municipios⁵⁰, en varias de las cuales habría presencia indígena, ante la protesta de los representantes del pueblo Barí, y como expresión del respeto profesado por las comunidades campesinas ante el interés de aquellos, su solicitud se restringió a un polígono localizado únicamente en jurisdicción del municipio de Tibú, al este o en la margen derecha del río Catatumbo, donde, según sostiene ASCAMCAT, no existe presencia de la comunidad Barí, ni la zona hace parte de aquellas áreas en relación con las cuales se encuentra pendiente la solicitud de ampliación y saneamiento de los resguardos a que atrás se hizo referencia. Esto es lo que consta, por ejemplo, en el acta de la reunión celebrada en Cúcuta en diciembre de 2012, con la presencia de la entonces Directora del INCODER y de otros funcionarios de esa entidad, del Ministerio del Interior, y de delegados del pueblo Barí y de ASCAMCAT, como también en el proyecto de resolución sobre constitución de la ZRC que para marzo de 2014 se encontraba a consideración del Consejo Directivo del INCODER. Sin embargo, la comunidad actora ha expresado algunos reparos frente a lo sucedido en la reunión realizada en Cúcuta, y considera que incluso esta solución requeriría el trámite de consulta previa, por cuanto, al menos una porción de esas áreas, hace parte de sus territorios ancestrales.

De otro lado, mientras que las entidades accionadas dijeron tener certeza de que en las áreas que se constituirían como ZRC no existe presencia de comunidades indígenas que haga necesario el trámite de la consulta previa, los órganos del Ministerio Público, tanto

Procuraduría como Defensoría del Pueblo, se pronunciaron en favor de la comunidad Barí y pidieron a la Corte proteger el derecho a la consulta previa. Al mismo tiempo, la mayoría de las entidades que intervinieron ante la Corte invocando la calidad de *amicus curiae* abogaron por el interés de las comunidades campesinas y pidieron a la Corte no impedir la constitución de la ZRC del Catatumbo. Por lo demás, aunque varias de ellas aportaron a la actuación diversos mapas en procura de esclarecer la situación, en realidad no todos ellos son oficiales, y varios no son enteramente coincidentes.

En esta medida, y como antes se advirtió, la Sala de Revisión no tiene certeza suficiente acerca de si existe o no superposición entre las zonas correspondientes a los dos proyectos, esto es, la ampliación de los resguardos indígenas, y la creación de la ZRC del Catatumbo. Así las cosas, tampoco resulta clara la posible y alegada vulneración de los derechos de la actora a la identidad étnica y cultural, al territorio, y por supuesto, a la consulta previa de esa comunidad. Por cierto, la situación sería diferente si la autoridad competente hubiera resuelto ya la solicitud de ampliación y delimitación de resguardos, aún pendiente de resolución.

Ahora bien, en razón a lo expuesto en los puntos 8 a 11 de estas consideraciones, la Corte encuentra necesario señalar que, en el evento de efectivamente requerirse la realización de una consulta previa, los participantes deberán tener en cuenta, además de la completa aplicación de los criterios aclarados por la jurisprudencia que fueron reiterados en el punto 5 anterior, la especial trascendencia del interés que va envuelto en el proyecto propuesto, y que resultaría sacrificado en caso de que, una vez cumplido el trámite de la consulta, se concluya que la solicitud de constitución de la ZRC debe ser resuelta en forma negativa. En esa medida, destaca la Sala el deber de observar en este caso, con particular cuidado, aspectos tales como la necesidad de evitar posturas adversariales, la importancia de aplicar un enfoque diferencial en favor del pueblo Barí, pero también de los campesinos del lugar, y muy especialmente, el deber de adelantar un cuidadoso ejercicio de ponderación de los intereses contrapuestos en juego. Lo anterior por cuanto, como antes se explicó, en este caso concurre otro interés de especial relevancia constitucional, que debe también ser protegido, en forma proporcional, y en la medida de las posibilidades.

De otro lado, debe recordarse que dentro de la presente acción aparece como demandada la Agencia Nacional de Minería, en consonancia con lo cual, una de las pretensiones aducidas se

refiere a la suspensión de los proyectos minero-energéticos que se adelanten en el territorio ancestral del pueblo Barí. Con todo, no se aportó con la demanda ninguna información acerca de cuáles proyectos específicos se estarían desarrollando en la zona y deben ser suspendidos por su interferencia con los derechos fundamentales de ese grupo étnico, y tal información tampoco emergió, ni al menos de manera preliminar, de las demás probanzas recaudadas. Por su parte, en su respuesta, la Agencia Nacional de Minería, descartó la existencia de este tipo de proyectos en la zona de influencia de la comunidad accionante, al tiempo que reafirmó su compromiso de dar cumplimiento, en todo momento, a las normas aplicables sobre la materia, incluso aquellas relacionadas con la realización de proyectos mineros en territorios indígenas.

A partir de lo anterior, la Sala concederá parcialmente esta tutela, y para ello, adoptará un conjunto de órdenes coordinadas, con el ánimo de atender lo pedido por la comunidad accionante y hacer efectivos sus derechos fundamentales, en lo que resulta pertinente, procurando atender también, en esa misma medida, el legítimo interés de las comunidades campesinas que, dentro del marco previsto por la ley piden la constitución de la ZRC del Catatumbo.

Para ello, la Corte ordenará, en primer lugar, que el INCODER y/o la Agencia Nacional de Tierras, o la entidad que hubiere sustituido a la primera en el cumplimiento de esta función, emprenda, en forma inmediata, la totalidad de las acciones necesarias para la pronta resolución de las solicitudes de ampliación, saneamiento y delimitación de los resguardos indígenas Motilón Barí y Catalaura La Gabarra que a la fecha se encuentran pendientes de decisión, actuación que deberá culminar con una decisión de fondo respecto de tales solicitudes, en el término máximo de un (1) año, contado a partir de la notificación de esta sentencia. Con ello, además de atender plenamente los derechos fundamentales de petición y al debido proceso administrativo, aún conculcados por esas autoridades, podrá esclarecerse con total certeza cuáles son los territorios sobre los que la comunidad actora tiene un interés jurídicamente protegible a través de mecanismos como la consulta previa, frente a proyectos o iniciativas que pudieran afectarles en la forma prevista por el Convenio 169 de la OIT y por la jurisprudencia de esta corporación.

En segundo término, teniendo en cuenta que, aun cuando no existe total certeza al respecto, se encuentran dentro del expediente de tutela varios elementos de juicio que permitirían

entender que la solicitud de constitución de la ZRC del Catatumbo, restringida al polígono del municipio de Tibú, no implica afectación a los derechos fundamentales de la comunidad Barí, se autorizará la realización de las acciones preparatorias para la toma de dicha decisión que aún se encuentren pendientes, sin que pueda aún procederse a resolver de fondo al respecto, pues tal decisión solo podrá adoptarse una vez concluida la actuación sobre ampliación, saneamiento y delimitación de resguardos actualmente pendiente, y, dependiendo de sus resultados, después de agotarse debidamente el trámite de consulta previa, en caso de que éste se hubiere determinado como necesario.

De otra parte, y con el ánimo de hacer posible la pronta decisión de fondo de la solicitud de constitución de ZRC presentada por ASCAMCAT, también hace varios años, se ordenará al INCODER y/o la Agencia Nacional de Tierras, o la entidad que hubiere sustituido a aquélla en el cumplimiento de esta función, así como al Ministerio del Interior en lo de su competencia, que en caso de que se determine como necesaria la realización de un trámite de consulta previa antes de adoptarse tal decisión, este proceso se cumpla en el término máximo de cuatro (4) meses contados a partir de la fecha en que tal necesidad hubiere sido esclarecida, y en su desarrollo se tengan en cuenta los criterios jurisprudenciales refrendados y precisados por esta providencia.

Finalmente, sin perjuicio de lo anterior, y teniendo en cuenta, además, el tiempo que conforme a lo explicado puede aún tomar la definitiva solución de la controversia aquí planteada, las circunstancias del caso concreto aconsejan promover, y realizar en paralelo esfuerzos de concertación entre las comunidades interesadas, adicionales a los desplegados durante los últimos años, de tal manera que ellas mismas puedan avanzar, desde la adecuada comprensión de los intereses y derechos de ambas, en la búsqueda y logro de fórmulas de armonización que en este caso, y en otros que en el futuro puedan presentarse, sirvan a las autoridades para la mejor y más pronta resolución de este tipo de conflictos.

Para ello, esta Sala ordenará la creación de una mesa consultiva, entre representantes de la comunidad indígena Barí accionante y de la comunidad campesina del Catatumbo, representada por ASCAMCAT, en la que también participarán el Ministerio de Agricultura, que en su calidad de entidad rectora de los distintos temas que originaron esta controversia, presidirá y liderará su trabajo, así como la ONIC y ANZORC, como voceros de los distintos intereses defendidos a lo largo de este proceso, que dentro del término de un mes contado a

partir de la notificación de esta sentencia, deberá reunirse, para avanzar en la concertación de fórmulas de desarrollo alternativo para los territorios en los que conviven indígenas y campesinos, con miras a la efectiva y armónica protección de los intereses de ambas comunidades. Dentro del mes siguiente a su conformación, esta Mesa Consultiva deberá entregar a la Agencia Nacional de Tierras, o a la entidad pública que para el momento fuere responsable de los trámites de ampliación y clarificación de resguardos indígenas y de autorizar la constitución de zonas de reserva campesina, las primeras conclusiones y recomendaciones resultantes de su trabajo, sin perjuicio de que éste continúe por el tiempo que las dos comunidades representadas lo consideren pertinente, y como resultado de ello, se presenten propuestas y/o recomendaciones adicionales.

13. Conclusión

Analizados en su totalidad los planteamientos contenidos en la demanda de tutela, las pruebas aducidas por la comunidad indígena accionante, por las autoridades accionadas, y por ASCAMCAT, en su calidad de tercero con interés, vinculado a este trámite por los jueces de instancia, la Corte concluye que no todas las solicitudes que en su momento planteó la actora están llamadas a prosperar, aunque sí algunas de ellas. Por esta razón, se concederá parcialmente la tutela impetrada.

De una parte, encontró la Sala que el INCODER está en mora de decidir las solicitudes sobre ampliación, saneamiento y delimitación de resguardos presentadas hace más de una década por los representantes del pueblo indígena Barí, situación que, por sí sola, implica vulneración a los derechos fundamentales de esa comunidad, y que, además, ha generado incertidumbre sobre la necesidad de adelantar un trámite de consulta previa frente a la solicitud que, ante la misma autoridad, inició ASCAMCAT desde el año 2011, la que también permanece en indefinición. Por tal razón, en esta sentencia se ordenará al INCODER o a la entidad actualmente responsable de esas funciones, resolver de fondo y prontamente al respecto.

De otra parte, la Sala destacó el legítimo interés constitucional de la comunidad rural del Catatumbo frente a la posible constitución de una zona de reserva campesina en la región, y advirtió sobre la necesidad de tener en cuenta la importancia de este interés, reconocido por la Constitución, en adecuada y prudente ponderación con el interés y el derecho de las

comunidades indígenas, que en principio, han manifestado su oposición a esa iniciativa.

Al respecto, la Sala concluyó que es necesario esclarecer primero lo relativo a la delimitación de los territorios indígenas y/o de aquellos en relación con los cuales esa comunidad tendría un interés jurídico protegible, para a partir de ello dilucidar la necesidad o no de un trámite de consulta previa.

A partir de esta circunstancia, la Sala de Revisión impartirá varias órdenes encaminadas al pronto esclarecimiento de estos aspectos, como también a la rápida y efectiva realización de la consulta previa, si ella se determinare como necesaria, para que, a su vez, pueda definirse, en tiempo prudente, la solicitud de constitución de la ZRC del Catatumbo.

V. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución Política,

RESUELVE

PRIMERO.- LEVANTAR la suspensión de términos ordenada dentro de este proceso mediante auto de diciembre 16 de 2014.

TERCERO.- ORDENAR al INCODER, a la Agencia Nacional de Tierras y/o a las demás entidades que la hubieren sustituido en su función, emprender en forma inmediata la totalidad de las acciones necesarias para la pronta resolución de las solicitudes de ampliación, saneamiento y delimitación de los resguardos indígenas Motilón Barí y Catalaura La Gabarra que a la fecha se encuentran pendientes de decisión, actuación que deberá culminar con una decisión de fondo respecto de tales solicitudes, en el término máximo de un (1) año, contado a partir de la notificación de esta sentencia.

CUARTO.- AUTORIZAR el adelantamiento de las acciones preparatorias necesarias para la toma de una decisión en torno a la solicitud de constitución de una zona de reserva campesina presentada por ASCAMCAT ante el INCODER que a la fecha se encuentren pendientes de realización, con la advertencia de que no podrá procederse a resolver de fondo al respecto, hasta tanto no concluya de manera definitiva la actuación sobre ampliación, saneamiento y delimitación de resguardos actualmente pendiente, y,

dependiendo de sus resultados, después de agotarse debidamente el trámite de consulta previa, en caso de que éste se hubiere determinado como necesario.

QUINTO.- ORDENAR al INCODER, a la Agencia Nacional de Tierras y/o a las demás entidades que la hubieren sustituido en su función, y el Ministerio del Interior, en lo de su competencia, que en caso de que al concluir el trámite de saneamiento de los resguardos de la comunidad Barí actualmente pendientes, se determine la necesidad de adelantar un proceso de consulta previa respecto de la solicitud de constitución de la ZRC del Catatumbo, realicen ese trámite en el término máximo de cuatro (4) meses contados a partir de la fecha en que tal necesidad hubiere sido esclarecida, y en su desarrollo se tengan en cuenta los criterios jurisprudenciales refrendados y precisados por esta providencia.

SEXTO.- ORDENAR la creación de una Mesa Consultiva entre la comunidad indígena Barí y ASCAMCAT, con el acompañamiento de la ONIC y ANZORC, así como del Ministerio de Agricultura, entidad que la coordinará, presidirá y liderará su trabajo, la cual deberá reunirse dentro del mes siguiente a la notificación de esta sentencia, y formular, dentro del mes subsiguiente, medidas de desarrollo alternativo para los territorios que simultáneamente ocupan pueblos indígenas y comunidades campesinas, las cuales se presentarán, dentro del mismo plazo, a la Agencia Nacional de Tierras, o a la entidad que para el momento resulte competente, sin perjuicio de que dicha Mesa Consultiva pueda proseguir su trabajo y presentar en el futuro propuestas adicionales sobre los mismos temas, todo ello de conformidad con lo explicado en el punto 12 de la parte motiva de esta providencia.

SÉPTIMO.- Por Secretaría, líbrese la comunicación prevista en el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, cópiese, publíquese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

1 Las razones de estas insistencias se precisan en el aparte de consideraciones de la Corte, punto IV, 2. Estas insistencias estuvieron además, precedidas de varias solicitudes presentadas tanto por la entidad actora como por la Organización Nacional Indígena de Colombia ONIC, en las que se solicitaba a varios integrantes de la Corte insistir ante la competente Sala de Selección, en la revisión de esta tutela, y se adjuntaron mapas de la región y sus distintas zonas y varios documentos relevantes.

2 Comunidades de Irocobingcayra, Ishtoda, Saphadana, Batroctora y Beboquira.

3 Esta acción fue radicada en la Corte Constitucional bajo el expediente D-9799 y fue luego definida mediante sentencia C-371 del 11 de junio de 2014, mientras esta acción de tutela cumplía el trámite de segunda instancia.

4 Posteriormente se hizo llegar el original de esta contestación, el cual fue recibido el día 1º de abril de 2014.

5 Posteriormente se hizo llegar el original de esta contestación, el cual fue recibido el día 9 de abril de 2014.

6 Comunicaciones presentadas el 31 de marzo y el 25 de abril de 2014 respectivamente, a las cuales se hizo referencia en los puntos 1.5.8. y 1.6.1. del presente relato de antecedentes.

7 Ley 1437 de 2011.

8 Algunos de estos escritos fueron allegados en más de una ocasión, o aun tratándose de documentos independientes, varios de ellos tienen contenido equivalente. Por consiguiente,

en la presentación de tales escritos, la Sala hace las agrupaciones y resúmenes que, por tales razones, ha considerado necesarios.

9 La mayoría de estas son decisiones de constitucionalidad respecto de normas de la Ley 160 de 1994, aunque también se mencionaron algunas acciones de tutela, especialmente las que han analizado las razones por las cuales los pueblos indígenas son sujetos de especial protección constitucional, en cuanto serían también aplicables a los habitantes del campo.

10 El original de esta comunicación fue radicado ante la Secretaría General de esta Corte el 16 de enero de 2015.

11 Ver comunicaciones referidas en los puntos 1.5.8, 1.6.1 y 1.6.12 de esta providencia.

12 Según informa, esta restricción por parte de los solicitantes de la ZRC es resultado de los acuerdos alcanzados después de la reunión entre ASCAMCAT, el INCODER y los representantes de la comunidad Barí, cumplida en Cúcuta los días 4 y 5 de diciembre de 2012, a la cual se ha hecho referencia en varios apartes de esta sentencia.

13 Entre ellas el Colectivo de Mujeres Policarpa Salavarrieta del Norte de Santander (14 de agosto de 2015), la ya referida Corporación Colectivo de Abogados Luis Carlos Pérez (9 de octubre de 2015, 2 de junio y 23 de noviembre de 2016), la Junta de Acción Comunal de la Vereda Case Zinc del municipio de Tibú, la Asociación Nacional de Zonas de Reserva Campesina ANZORC (septiembre de 2015), la Asociación de Pequeños y Medianos Cafeteros APEMCAFE (noviembre de 2015), distintas organizaciones para la promoción y defensa de los derechos humanos, entre ellas la Comisión Colombiana de Juristas (noviembre de 2015), y más de cincuenta ciudadanos que se identifican como campesinos residentes en el área que se constituiría como Zona de Reserva Campesina.

14 Entre ellos el expresidente de la República Ernesto Samper Pizano, el representante en Colombia de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, y los congresistas Iván Cepeda Castro, Alirio Uribe Muñoz y Ángela María Robledo y la ex Senadora Piedad Córdoba Ruiz.

15 La Agencia Nacional de Tierras fue creada mediante Decreto Ley 2363 de diciembre 7 de 2015, mientras que el INCODER fue suprimido mediante el Decreto 2365 de la misma fecha.

Entre sus funciones se encuentran tanto las relacionadas con la delimitación y constitución de las Zonas de Reserva Campesina ZRC, como las relativas a la constitución, ampliación y saneamiento de resguardos indígenas

16 Ver, entre muchas otras, las sentencias T-188 y T-380 de 1993, T-254 de 1994 y SU-510 de 1998 (M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz), C-139 y T-496 de 1996, T-523 de 1997, T-652 de 1998 y C-169 de 2001 (M. P. Carlos Gaviria Díaz), SU-039 de 1997 y T-667A de 1998 (M. P. Antonio Barrera Carbonell), T-030 de 2000 (M. P. Fabio Morón Díaz), T-606 de 2001 y T-375 de 2006 (M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra), T-932 de 2001, T-603 y T-1090 ambas de 2005 (M. P. Clara Inés Vargas Hernández), T-1127 de 2001 y T-559 de 2006 (M. P. Jaime Araújo Rentería), T-782 de 2002 y T-811 de 2004 (M. P. Jaime Córdoba Triviño), SU-383 de 2003 (M. P. Álvaro Tafur Galvis), T-552 de 2003, T-1238 de 2004 y C-030 de 2008 (M. P. Rodrigo Escobar Gil), T-778 de 2005 y C-461 de 2008 (M. P. Manuel José Cepeda Espinosa), T-979 de 2006, T-586 de 2007, T-769 de 2009, T-1045A de 2010 y T-680 de 2012 (M. P. Nilson Pinilla Pinilla), C-175 de 2009 y T-235 de 2011 (M. P. Luis Ernesto Vargas), C-615 de 2009 y T-745 de 2010 (M. P. Humberto Antonio Sierra Porto), T-909 de 2009 y T-433 de 2011 (M. P. Mauricio González Cuervo), T-547 de 2010, T-384A y T-461 ambas de 2014, T-764 y T-766 ambas de 2015 (M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo), T-129 de 2011, T-172 de 2013 y T-005 de 2016 (M. P. Jorge Iván Palacio Palacio), T-693 de 2011 (M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), T-376 de 2012 y T-247 de 2015 (M. P. María Victoria Calle Correa), T-436 de 2016 (M. P. Alberto Rojas Ríos) y T-601 de 2016 (M. P. Gloria Stella Ortiz Delgado).

18 Ver en este sentido, entre otros, las autos A-004 y A-005 de 2009 (en ambos M. P. Manuel José Cepeda Espinosa), dictados por la Corte Constitucional dentro del proceso de seguimiento a la sentencia T-025 de 2004 sobre desplazamiento forzado, en los cuales se reconocen y analizan pormenorizadamente las especiales circunstancias que agravan este problema cuando los sujetos afectados pertenecen a los grupos étnicos minoritarios, indígenas y afrodescendientes respectivamente.

19 La inclusión de este convenio dentro del bloque de constitucionalidad se deriva del hecho de desarrollar un tema de derechos humanos y fue reconocida al menos desde la sentencia SU-039 de 1997. Este planteamiento ha sido posteriormente reiterado en gran cantidad de decisiones, entre ellas las sentencias SU-383 de 2003, C-208 de 2007 (M. P. Rodrigo Escobar Gil), C-620 de 2003, C-030, C-461 y C-864 de 2008 (M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra),

C-175 y C-615 de 2009, C-063, T-745 y C-915 de 2010 (M. P. Humberto Antonio Sierra Porto), C-702 de 2010 (M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), C-641 de 2012 (M. P. Nilson Pinilla Pinilla) T-384A de 2014 (M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo)

20 Este principio se desarrolla por primera vez en la sentencia T-380 de 1993 (M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz) y es posteriormente reiterado, en varios otros fallos, entre ellos T-001 de 1994 (M. P. José Gregorio Hernández Galindo), T-254 de 1994, SU-039 de 1997, SU-383 y T-955 de 2003, C-180 de 2005 (M. P. Humberto Antonio Sierra Porto), T-778 de 2005, T-979 de 2006 y C-461 de 2008.

21 Con salvamento parcial de voto de los Magistrados Hernando Herrera Vergara, Vladimiro Naranjo Mesa y Fabio Morón Díaz y del conuez Jaime Vidal Perdomo.

22 Artículos 13 a 19.

23 Visible en el caso colombiano en la antigua Ley 95 de 1890, aún vigente, salvo algunos artículos declarados inexecutable en años recientes.

24 Sobre el proceso evolutivo y las diferencias de enfoque existentes entre estos dos convenios ver especialmente la ya citada sentencia SU-383 de 2003.

25 Son de este tipo, entre otras, las situaciones planteadas en las acciones de tutela resueltas mediante los ya citados fallos SU-039 de 1997, T-652 de 1998, SU-383 de 2003, T-880 de 2006, T-769 de 2009, T-547, T-745 y T-1045A de 2010, T-129 de 2011, T-172 de 2013, T-800 de 2014 y T-247 de 2015.

26 Sobre las circunstancias en que la afectación para la comunidad derivada de la adopción de una norma ha de considerarse directa, pueden verse, particularmente, las sentencias C-030 de 2008, C-175 de 2009 y C-063 de 2010.

27 Se ha planteado este problema, entre otros, en los casos fallados mediante las ya referidas sentencias C-169 de 2001, C-418 y C-891 de 2002, C-620 de 2003, C-208 de 2007, C-030 y C-461 de 2008, C-175 y C-615 de 2009, C-641 y C-1051 de 2012, C-194 de 2013 y C-217 de 2015. Adicionalmente, hace algunos años, en el fallo C-702 de 2010, esta Corte analizó si tal tipo de glosa cabe incluso en relación con los actos legislativos o reformas constitucionales, siendo afirmativa la conclusión mayoritaria.

28 Ver a este respecto la sentencia C-030 de 2008, citada a su vez en el fallo T-769 de 2009.

29 Este decreto regula el desarrollo de la consulta con los grupos étnicos en algunas de las situaciones contempladas por el Convenio 169 de la OIT y es a la fecha el más comprehensivo desarrollo normativo expedido en relación con el tema por las autoridades colombianas desde la entrada en vigencia del referido instrumento internacional. Sin embargo, desde la sentencia T-652 de 1998 y en varias otras ocasiones (fallos SU-383 de 2003, T-880 de 2006, y más recientemente, T-769 de 2009, T-547, T-745 y T-1045A de 2010 y T-680 de 2012, entre otros), esta corporación ha considerado que esta preceptiva resulta inaplicable en los casos en que conforme al Convenio 169 de la OIT se requiera la realización de un procedimiento de consulta, pues este decreto fue expedido sin llevar a cabo el trámite consultivo que en razón a la materia regulada resultaba necesario, precisamente en desarrollo de lo previsto en dicho Convenio. Debe incluso indicarse que el Consejo de Administración de la OIT en sus reuniones 276 y 277, acogiendo reclamaciones presentadas por varias organizaciones sindicales colombianas decidió recomendar al Estado colombiano la modificación de esta norma, recomendación que a la fecha no se ha cumplido.

30 Estos planteamientos constan en el fallo C-030 de 2008 y han sido ampliamente reiterados en decisiones subsiguientes, entre ellas en los ya citados fallos C-175, C-615 y T-769 de 2009, C-915 y T-1045A de 2010, T-116 y T-379 de 2011 (en las dos últimas M. P. Humberto Antonio Sierra Porto).

31 Mediante fallo de noviembre 28 de 2007, al resolver el caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam la Corte Interamericana señaló que “al garantizar la participación efectiva de los integrantes del pueblo Saramaka en los planes de desarrollo o inversión dentro de su territorio, el Estado tiene el deber de consultar, activamente, con dicha comunidad, según sus costumbres y tradiciones (supra párr. 129). Este deber requiere que el Estado acepte y brinde información, e implica una comunicación constante entre las partes. Las consultas deben realizarse de buena fe, a través de procedimientos culturalmente adecuados y deben tener como fin llegar a un acuerdo. Asimismo, se debe consultar con el pueblo Saramaka, de conformidad con sus propias tradiciones, en las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad, si éste fuera el caso. El aviso temprano proporciona un tiempo para la discusión

interna dentro de las comunidades y para brindar una adecuada respuesta al Estado. El Estado, asimismo, debe asegurarse que los miembros del pueblo Saramaka tengan conocimiento de los posibles riesgos, incluido los riesgos ambientales y de salubridad, a fin de que acepten el plan de desarrollo o inversión propuesto con conocimiento y de forma voluntaria. Por último, la consulta debería tener en cuenta los métodos tradicionales del pueblo Saramaka para la toma de decisiones.”

32 Ver en este sentido, entre otras, las recientes sentencias T-384A de 2014 y T-764 de 2015, ambas con ponencia de quien en este caso cumple igual función.

33 En lo atinente a la jurisprudencia constitucional, ver entre muchísimas otras, las sentencias T-377 de 2000 (M. P. Alejandro Martínez Caballero), T-1160A de 2001 (M. P. Manuel José Cepeda Espinosa), T-690 de 2007 (M. P. Nilson Pinilla Pinilla), T-515 de 2012 (M. P. María Victoria Calle Correa) y T-794 de 2013 (M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

34 Este código estuvo vigente hasta el 2 de julio de 2012, fecha en la que entró a regir el contenido en la Ley 1437 de 2011, incluso sus artículos 13 a 33, que aunque declarados inexecutable mediante la sentencia C-818 de 2011, rigieron hasta el 31 de diciembre de 2014, en razón a los efectos diferidos de este fallo.

35 Sin embargo, no resulta descartable la válida invocación de este derecho frente a controversias entre particulares. A este respecto, ver entre otras, las sentencias T-433 de 1998 (M. P. Alfredo Beltrán Sierra), T-083 de 2010 (M. P. Humberto Antonio Sierra Porto) y T-108 de 2014 (M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

36 Conforme a las definiciones contenidas en el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española.

37 Salvo en los Estados cuyo territorio corresponda totalmente a un área urbana, todos los Estados, aún los de muy pequeña extensión superficial, incluyen áreas rurales, más o menos alejadas de los centros urbanos, las que tradicionalmente tienen unas dinámicas poblacionales y de desarrollo notoriamente diferentes a las de éstos.

38 Ver en este sentido las referencias contenidas en la consideración 5ª de la reciente sentencia SU-426 de 2016 (M. P. María Victoria Calle Correa).

39 Disponible en <https://viacampesina.net/downloads/PDF/SP-3.pdf>, consultado el 27 de enero de 2017.

40 Constitución de 1917, actualmente vigente. El artículo 27, varias veces reformado, particularmente extenso y prolijo, consagra una completa política sobre propiedad de la tierra y mecanismos de apoyo y promoción a las comunidades campesinas, especialmente en sus secciones IV, VII, XV, XVII, XIX y XX.

41 Cfr. Constitución de 1993, actualmente vigente, artículos 88, 89, 149 y 191.

42 Ver al respecto la ponencia para primer debate, sobre el tema de los derechos agrarios, presentada por los constituyentes Angelino Garzón, Mariano Ospina Hernández, Marcos Chalita, Carlos Ossa Escobar, Iván Marulanda Gómez.

43 Ley 1450 de 2011.

44 Esta ley fue reglamentada, en lo atinente a este tema, por el Decreto 1777 de 1996. Por su parte, la Junta Directiva del INCORA expidió el Acuerdo 024 del mismo año 1996.

45 Específicamente las sentencias C-180 de 2005 sobre la adjudicación de baldíos frente a la constitución o ampliación de resguardos, y C-371 de 2014 sobre la constitución de zonas de reserva campesina.

46 La demanda describe la evolución y progresiva reducción de los territorios dominados por la comunidad Barí desde la época de la llegada de los conquistadores españoles hasta el tiempo presente, con especial énfasis en lo ocurrido a lo largo del siglo XX y lo transcurrido del siglo XXI.

47 Cfr. entre otras decisiones relevantes de los años recientes, las sentencias T-693 de 2011 (M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), T-693 y T-993 de 2012 (M. P. María Victoria Calle Correa) y T-764 de 2015 (M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

48 Como se reseñó anteriormente, el INCODER fue suprimido mediante Decreto 2365 de diciembre 7 de 2015, y las funciones entonces a su cargo en relación con las cuales se promovió esta acción de tutela fueron asignadas a la Agencia Nacional de Tierras, creada por el Decreto 2363 de la misma fecha.

49 El tema se encuentra actualmente desarrollado en diversas disposiciones de la Ley 160 de 1994, especialmente en su artículo 85, normas que a su turno fueron reglamentadas por el Decreto 2164 de 1995.

50 Municipios de El Carmen, Convención, Teorama, Hacarí, El Tarra, San Calixto y Tibú, todos en jurisdicción del departamento Norte de Santander.