

DERECHO DE LOS PUEBLOS INDIGENAS A LA CONSULTA PREVIA-Desarrollo normativo y jurisprudencial

DIVERSIDAD ETNICA Y CULTURAL-Protección constitucional/MULTICULTURALIDAD Y MINORIAS-Protección constitucional

El artículo 7 de la Constitución señala como un deber estatal el reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana, correspondiéndole garantizar la igualdad y dignidad de todas las culturas que conviven en el país (art. 70), la protección de las riquezas culturales y naturales de la Nación (art. 8), el respeto a la autodeterminación de los pueblos en el manejo de las relaciones exteriores (art. 9) y el reconocimiento de que los dialectos y lenguas de los grupos étnicos son oficiales en sus territorios. En cuanto a los territorios indígenas, la Constitución dispuso que estos son verdaderos entes territoriales (art. 286), que gozan de autonomía para la gestión de sus intereses, ejerciendo para ello derechos tales como: (i) gobernarse por autoridades propias; (ii) ejercer las competencias que les correspondan; (iii) administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones y, (iv) participar en las rentas nacionales (art. 287). En este mismo sentido, señala la Constitución que los resguardos son propiedad colectiva y no enajenable (art. 329), en cuyos lugares la explotación de los recursos naturales se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. De adoptarse decisiones que ordenen dicha explotación, el Gobierno promoverá la participación de los representantes de las respectivas comunidades (art. 330)

CONVENIO 169 OIT-Marco constitucional sobre diversidad étnica debe desarrollarse teniendo en cuenta dicho tratado

DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA DE LAS COMUNIDADES INDIGENAS-Protección por tutela

DERECHO DE LOS PUEBLOS INDIGENAS A LA CONSULTA PREVIA-Escenarios en que se desenvuelven

CONSULTA PREVIA-Procedencia frente a cualquier medida de carácter legislativo o

administrativo que las afecte según Convenio 169 de la OIT y Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de Pueblos Indígenas

CONSULTA PREVIA-Afectación directa

DERECHO FUNDAMENTAL AL AGUA DE LOS PUEBLOS INDIGENAS-Garantía para el disfrute de otros derechos

DERECHO FUNDAMENTAL AL AGUA-Alcance e interpretación del contenido

La Corte Constitucional ha señalado que cuando el agua es destinada al consumo humano, esta adquiere un carácter fundamental. Esto se sostiene en el artículo 366 de la Constitución Política que señala como uno de los fines del Estado lograr el bienestar social, disponiendo como objetivo fundamental la solución de necesidades no satisfechas de “salud, de educación, de saneamiento ambiental y de agua potable”

DERECHO AL CONSUMO DE AGUA POTABLE DEL RESGUARDO INDIGENA PANIQUITA-Protección de afluentes de agua para proteger uso y aprovechamiento de quebradas que irrigan parte de la comunidad, con el fin de garantizar supervivencia física, cultural, social y económica

ACCION DE TUTELA CONTRA CORPORACION AUTONOMA REGIONAL DEL ALTO MAGDALENA-Procedencia por vulneración de derechos fundamentales al agua, la alimentación y la consulta previa de comunidad indígena

Referencia: expediente T-3.191.350

Acción de tutela presentada por el Resguardo Indígena Paniquita en contra de la Corporación Autónoma Regional del Alto Magdalena -CAM-.

Derechos fundamentales invocados: debido proceso y consulta previa.

Magistrado Ponente:

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Bogotá D.C., doce (12) de diciembre de dos mil doce (2012)

La Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, conformada por los magistrados Jorge Ignacio Pretelt Chaljub – quien la preside – Alexei Julio Estrada y Luis Ernesto Vargas Silva, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, y específicamente las previstas en los artículos 86 y 241, numeral 9°, de la Constitución Política, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En la revisión del fallo proferido por la Sala Segunda de Decisión Civil Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva, que confirmó el dictado por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Neiva, en la acción de tutela incoada por el Cabildo Indígena Paniquita en contra de la Corporación Autónoma Regional del Alto Magdalena -CAM-.

1. ANTECEDENTES

El señor Nelson Darío Rincón García, obrando en nombre y representación del Resguardo Indígena Paniquita, interpuso acción de tutela en contra de la Corporación Autónoma Regional del Alto Magdalena –en adelante CAM-, por considerar que dicha entidad vulneró los derechos fundamentales del resguardo al debido proceso, a la consulta previa y a la autonomía y administración, conforme a los siguientes:

1.1. HECHOS

1. Afirma que el pueblo indígena de los Dujos Tamaz-Paez es originario del departamento del Huila y cuenta con territorio ancestral reconocido en la escritura No. 107 del 8 de agosto de 1969.

1. Señala que, actualmente, en los territorios donde se encuentra establecida la comunidad indígena, se ubican los municipios de Neiva y Rivera.

1. Relata que las tierras donde actualmente habitan pertenecían previamente a la hacienda Villanohora, pero en el año 1989, el extinto INCORA les devolvió parte del territorio ancestral y se constituyó el actual Resguardo Paniquita.

1. Sostiene que al ser nuevamente reconocido como resguardo, la comunidad indígena tiene un tratamiento especial respecto de sus elementos administrativos, ambientales, económicos, productivos, etc., aspectos que, según indica, no ha podido desarrollar debido a que la CAM ha expedido resoluciones que regulan las concesiones y servidumbres de agua que nacen y cruzan el territorio del resguardo, sin el desarrollo de la respectiva consulta previa, afectando los derechos colectivos de la comunidad.

1. De acuerdo a lo anterior, hace el siguiente relato de la forma como la CAM ha manejado la servidumbre de agua frente a la comunidad y su territorio:

* Al resguardo les fueron entregadas 958 hectáreas en total, de las cuales, 600 están en calidad de reserva conforme a la Ley 2 de 1959.

* Dado que el terreno es predominantemente seco y de tendencia árida, las 600 hectáreas son irrigadas por el 60% del cauce del Río Arenoso, razón por la cual, la autoridad del cabildo decretó esta zona como de reserva acuífera, faunística y de flora. De esta forma, tan solo les quedan 358 hectáreas para la producción y manutención de 62 familias, es decir, 282 personas.

1. Así, indica que la CAM y los propietarios vecinos no han permitido que el resguardo tenga un adecuado suministro de agua, “precisamente porque así lo estipulan las resoluciones de concesiones de agua y servidumbres dentro del territorio del resguardo y por ello esta zona

que es seca sin agua se afecta negativamente el nivel de vida de la comunidad”.

1. En este sentido, considera contradictorio el hecho de que la comunidad al contar con un extenso territorio, esté “en condiciones de pobreza y marginalidad, en la medida que teniendo posibilidades y medios básicos como son territorio y producción de agua, no puedan usufructuar adecuadamente estos recursos”.

1. Así, afirma que las concesiones de agua que la CAM otorgó sobre las quebradas La Medina, El Barato, El Humeque, El Chorro, El Jagual, El Salado, El Neme, La Chuquíá, Zanja Verde y El Arenoso, violaron el debido proceso de la comunidad, por cuanto no se les consultó sobre tales actos, siendo la consulta el instrumento jurídico adecuado para solucionar este tipo de conflictos.

1. Narra que los propietarios vecinos de la comunidad han sumado fuerzas para entrar a disputar las concesiones de agua, pues el resguardo “tomo (sic) agua de los chorros y quebradas que nacen en el Resguardo tratando con ello de mejorar el sistema de distribución de aguas de forma equitativa”, para de este modo, poder adecuar y regar los terrenos sin producción.

1. Señala que las medidas tomadas por la comunidad, fueron objeto de una acción de tutela interpuesta por el Procurador Regional Agrario en contra del cabildo y de la CAM, la cual tenía como fin el restablecimiento de las concesiones.

1. Aduce que han instaurado diversos derechos de petición donde solicitan la realización de la consulta previa, pero no han obtenido respuesta.

1. Respecto a las actuaciones de la CAM, indica que el 27 de abril de 2011, esta aprobó un acuerdo con el cual se pretende la reglamentación del uso del agua del río Arenoso, lo que implica la intervención de los afluentes que se encuentran dentro del resguardo.

1. Manifiesta que con las actuales concesiones de agua se perjudica gravemente todo el plan de vida de la comunidad, “pues sin un sistema productivo económico adecuado a sus necesidades y perspectivas es imposible desarrollarlo en especial los programas costumbristas culturales en el área agrícola [se refieren a la rotación de suelos y cultivos]”.

1. Continúa su relato señalando que al realizar los estudios técnicos, proferir las reglamentaciones y emitir resoluciones, la CAM desconoce las actividades colectivas y costumbres milenarias de la comunidad indígena, vulnerando así sus derechos colectivos, pues nunca han tenido en cuenta la caracterización, las costumbres, y la cultura que representan.

1. Narra que el origen del conflicto por las aguas del territorio indígena se debe a que los propietarios vecinos o “colonos”, como ellos los llaman, constantemente cambian el curso del agua, acto con el cual irrespetan los acuerdos sobre la provisión del líquido a los territorios indígenas, dado que ambos grupos comparten los mismos afluentes hídricos. Por lo anterior, sostiene que la comunidad indígena ha tenido que ir hasta el sitio de la servidumbre y restaurar el servicio de agua para distribuir en el territorio.

1. Por la anterior situación, la comunidad impetró solicitud escrita ante la CAM. Como resultado de la petición, sostiene que la Gobernación del Huila convocó una reunión de concertación para debatir dicha problemática, con el fin de determinar si es procedente la consulta previa para el caso de las concesiones de agua. Al respecto, afirma que el Ministerio del Interior emitió un concepto favorable frente a la procedencia de la consulta previa.

1. Debido a esto, los campesinos y “colonos” presentaron quejas ante la CAM y la Procuraduría Agraria del Huila, por lo cual, la CAM profirió una resolución en la cual indicó que la comunidad indígena estaba percibiendo más del cauce asignado en las concesiones, autorizando a la Procuradora Agraria y a la Comisaría a restaurar la distribución equitativa de agua.

1. Afirma que con posterioridad a dicha decisión, la Procuraduría Agraria interpuso acción de tutela en contra de la CAM y la comunidad indígena, cuya principal pretensión era que se tutelara el derecho fundamental al agua de los propietarios privados de la zona. Esta tutela, según señala, no prosperó y, por el contrario, se ordenó a la CAM iniciar los procesos para llevar a cabo la consulta previa. Sin embargo, en segunda instancia, ese fallo se revocó y se negó la tutela por improcedente.

1. Tras estas decisiones, la propia comunidad presentó dos escritos ante la CAM. El primero de ellos, el 9 de agosto de 2010, solicitando la concertación en los procesos de concesión de aguas, frente a lo cual no obtuvieron respuesta. El segundo, sin fecha relacionada, pidiendo lo mismo, frente al cual les manifestaron que las concesiones ya estaban reguladas y no procedía ninguna revisión.

1. El 24 de septiembre de 2010, presentaron otro derecho de petición ante la CAM, solicitando la realización de la consulta previa. En respuesta, la CAM manifestó que dicha inquietud iba a ser consultada con el Ministerio del Interior, el cual, dando trámite, emitió un concepto en diciembre de 2010, señalando la negativa de llevar a cabo la consulta previa.

1. Ante la negativa a sus solicitudes, el 27 de abril de 2011, la comunidad decidió dirigirse

directamente al Ministerio del Interior, con el fin de que intervenga en el proceso y solucione la problemática. En respuesta, el Ministerio envía una comisión del Grupo de asuntos indígenas, quienes se hicieron presentes entre el 18 al 20 de mayo de ese mismo año en el territorio del resguardo. La visita dio como resultado la recomendación de suspender la medida preventiva a la CAM, sobre la concesión de las aguas. No obstante, según señala la comunidad, por “esos mismos días casualmente la CAM en oficio del 18 de abril, manifiesta que según el Ministerio de Ambiente y concepto emitido por el grupo de Consulta Previa del Ministerio del Interior no es viable la realización de la Consulta Previa para comunidades indígenas en tratándose de la reglamentación de corrientes hídricas”.

2. Con base en la anterior recomendación, la CAM profirió un acuerdo en el que suspendió las medidas preventivas y al mismo tiempo se comprometió a realizar las actualizaciones de las concesiones de agua, pero sin proceder a efectuar la consulta previa, de acuerdo con el concepto descrito anteriormente.

1. Al respecto, sostiene que el inconveniente no es tanto que no tengan acceso al agua, sino que no la pueden aprovechar según sus necesidades y para poder desarrollar sus procesos productivos.

1. Concluye manifestando que los pueblos indígenas son autoridades ambientales en su territorio y no comprenden “(...) que se afirme de forma ambigua que no se puede desarrollar la Consulta Previa en estos casos, cuando se está afectando elementos vitales como el agua, su sistema productivo, económico y de desarrollo”.

1. PRUEBAS DOCUMENTALES

1. Copia de un escrito dirigido a la CAM por parte de la Comunidad Indígena de Dujos Tamaz-Paez, fechado el 5 de abril de 2010.

1. Copia del “Acta de reunión de concertación para atender el derecho de petición interpuesto por los pueblos indígenas de los resguardos Paniquita y la Gabriela, a la Gobernación del Huila, la Corporación Autónoma Regional del Alto Magdalena (CAM), el INCODER y el Ministerio del Interior y de Justicia”, con fecha del 6 de mayo de 2010.

1. Copia de un escrito en donde el Ministerio del Interior y de Justicia responde a una solicitud sobre consulta previa enviada por la Corporación Autónoma Regional del Alto Magdalena, con fecha del 21 de julio de 2010.

1. Copia del fallo de tutela proferido el 16 de septiembre de 2010 por el Juzgado Único Promiscuo Municipal de Rivera (Huila), dentro del proceso instaurado por el Procurador 11 Judicial II Ambiental y Agrario de Huila y Caquetá, en contra del Cabildo Indígena Paniquita y la Corporación Autónoma Regional del Alto Magdalena.

1. Copia del fallo de segunda instancia en el proceso de la acción de tutela reseñada con anterioridad, proferida por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Neiva el 19 de octubre de 2010.

1. Copia de una solicitud dirigida al Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, por parte del resguardo indígena de Paniquita, fechada el 9 de agosto de 2010.

1. Copia de un escrito fechado el 4 de abril de 2011, dirigido por la comunidad indígena a la CAM, en donde solicitan la nulidad de las resoluciones 0383 del 20 de abril de 2001, del 22

de abril de 2002, sobre la reglamentaciones y concesiones de agua dentro del resguardo Paniquita.

1. Copia de un escrito con fecha del 19 de mayo de 2011, con el cual la Dirección de Asuntos Indígenas, Minorías y Rom del Ministerio del Interior y de Justicia le manifiesta a la CAM la necesidad de buscar salidas definitivas a la problemática del sector, a pesar del concepto previo del Grupo de Consulta Previa del mismo ministerio y en razón a los señalado por la Sentencia T-129 de 2011.

1. ACTUACIONES PROCESALES

El Juzgado Tercero Civil del Circuito de Neiva avocó el conocimiento de la acción de tutela y mediante auto calendado el 24 de junio de 2011, ordenó correr traslado de la misma a Corporación Autónoma Regional del Alto Magdalena (CAM), entidad que a su turno contestó en la siguiente forma:

1. Respuesta de la Corporación Autónoma Regional del Alto Magdalena (CAM).

Por intermedio de apoderado judicial, la CAM indicó que en ejercicio de la autoridad ambiental que le confiere la ley, profirió la Resolución No. 0845 del 8 de abril de 2010, por la cual impuso como medida preventiva “la suspensión inmediata de la captación de agua en exceso la derivación quinta derecha de la quebrada El Chorro ajustándose a la cantidad y uso concesionado mediante Resolución 383 del 20 de abril de 2001”. En el mismo sentido, impuso amonestación escrita de “no interferir en el uso legítimo de los demás usuarios de la Quebrada El Chorro” y “no dar destinación diferentes a las aguas de la prevista en la Resolución 383b de concesión”.

Frente a los derechos de la comunidad indígena, afirmó que no ha desconocido la autonomía de esta y que, por el contrario, ha respetado sus derechos así como los de los demás usuarios del recurso hídrico, “tanto que en las Resoluciones que reglamentaron las corrientes

de las quebradas aducidas por el accionante se le otorgó el suficiente caudal hídrico para sus necesidades, superiores al 50% de la capacidad de otorgamiento (...)" . Dicho esto, aclaró que los habitantes del resguardo no pueden, en ejercicio de su autonomía, desconocer el carácter de autoridad ambiental de esta corporación.

De otro lado, señaló que las resoluciones que reglamentaron las corrientes de agua correspondientes nunca fueron objeto de oposición por parte de la comunidad indígena, considerando que tal situación demuestra la plena conformidad de estos con la reglamentación expedida y con el caudal que les fue otorgado. En este sentido, sostuvo que la solicitud de amparo es extemporánea porque no puede pretenderse invocar la vulneración al debido proceso después de 10 años de proferidos los actos administrativos.

1. DECISIONES JUDICIALES

2.1. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA – JUZGADO TERCERO CIVIL DEL CIRCUITO DE NEIVA.

En sentencia proferida el 8 de julio de 2011, el juez de tutela decidió negar la protección de derechos invocada por el accionante. En desarrollo de sus argumentos, indicó que la revisión de los actos administrativos corresponde, en primera instancia, a la entidad que los profirió, si la naturaleza de éste lo permite [sea de carácter general o particular] o, en su defecto, sería necesario promover un proceso ante la jurisdicción contencioso administrativa con el objetivo de neutralizar los efectos del acto aducido. Por este motivo, adujo que la acción de tutela es procedente contra un acto administrativo cuando se invoca como mecanismo transitorio para proteger derechos fundamentales, siempre que esté comprobado de manera objetiva la inminencia de un perjuicio irremediable.

En el caso particular, consideró que los actos administrativos contenidos en las resoluciones que se reputan violatorios de los derechos constitucionales de la comunidad indígena accionante, no fueron en su oportunidad objeto de los recursos ordinarios previstos en el Código Contencioso Administrativo.

En este orden de ideas, señaló que como mecanismo de protección judicial, la acción de

tutela se tornaba improcedente, pues resultaba evidente que las resoluciones expedidas por la Corporación Autónoma Regional del Alto Magdalena datan de hace 10 años en promedio. Igualmente, sostuvo que “tampoco se acredita la inminencia de un perjuicio irremediable por la demora del trámite administrativo que debe impulsarse en aras de dilucidar el punto de la consulta previa. Debate reabierto con la promoción del reclamo de la comunidad, donde por el hecho de existir criterios divergentes o conceptos revaluados en los ministerios, tampoco este juzgador está facultado para precipitarse a prejuzgar una decisión negativa (...)”.

1. IMPUGNACIÓN

A través de su apoderado judicial, la comunidad indígena manifestó su inconformidad con el fallo de primera instancia, por considerar que se limita a tratar cuestiones procedimentales, desconociendo que se trata de la defensa de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas, y que la consulta previa se erige como la forma de reconocer y proteger su desarrollo como comunidad y minoría étnica. Así, aseguró que “no se trata de aplicar de manera directa el Derecho Ordinario (sic) y las normas que en específico regulan los asuntos de las concesiones de aguas, (...); sino que en tratándose de las Comunidades Indígenas el Derecho Nacional (sic) se flexibiliza para dar paso a la defensa de la Dignidad Humana (...)”.

Con base en lo anterior, manifestó que el juez de primera instancia únicamente sustentó sus razones teniendo en cuenta el “derecho ordinario” y no involucró desarrollos jurídicos de carácter jurisprudencial, los cuales deben ser contemplados cuando se trata de pueblos indígenas. Por ello, el apelante consideró que no se trata de un procedimiento administrativo común, pues al estar involucrados los derechos fundamentales de una minoría étnica en riesgo de extinción, el Estado debe realizar la consulta previa a efectos de regular el uso de los recursos naturales necesarios para la pervivencia de estos grupos.

En cuanto al tema de la inmediatez, aseguró que las resoluciones de la CAM tienen una vigencia de 10 años, pero dado que el desarrollo jurisprudencial sobre la consulta previa es relativamente nuevo, hasta ahora ven la posibilidad de acudir a la acción de tutela para la protección de sus derechos. Por esta razón, indicó que “la Comunidad indígena en su proceso de organización y reconocimiento de sus derechos han venido madurando y desarrollando el empoderamiento necesario de sus derecho que poseen”, y más aun, cuando en el año 2010

se agudizaron los conflictos por las concesiones de agua.

1. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA – TRIBUNAL SUPERIOR DE NEIVA, SALA SEGUNDA DE DECISIÓN CIVIL-FAMILIA-LABORAL.

En fallo proferido el 4 de agosto de 2011, el ad quem decidió confirmar la sentencia de primera instancia. Consideró igualmente que el asunto no está dentro de la órbita de competencia del juez constitucional, por resultar excesiva la tardanza en el inicio de las acciones idóneas para debatir las resoluciones atacadas.

1. PRUEBAS SOLICITADAS POR LA SALA DE REVISIÓN

Mediante auto calendado el 16 de diciembre de 2011, la Sala Séptima de Revisión procedió a decretar las siguientes pruebas:

“PRIMERO.- Con el propósito de tener un mejor conocimiento de los hechos que ocasionaron la presente acción de tutela y de la situación social, cultural y económica de la comunidad accionante, ORDENAR LA PRÁCTICA DE UNA INSPECCIÓN JUDICIAL en la zona del territorio del Resguardo Indígena Paniquita ubicado en el kilómetro 15 del anillo vial Neiva – Rivera por el Corregimiento del Caguán, para lo cual se COMISIONA al Juez Tercero Civil del Circuito de Neiva. La diligencia deberá practicarse el día 18 de enero de 2012 a las 10 a.m., y su finalidad será determinar y constatar, a través de registro fotográfico y de ser posible fílmico, en qué medida la concesión en el manejo de los afluentes hídricos del Río Arenoso afecta a la comunidad, en particular, aspectos como el desarrollo agrícola, sus prácticas alimentarias, culturales, etc.

SEGUNDO.- SOLICITAR a la Defensoría del Pueblo disponer de un funcionario que tenga conocimiento sobre la problemática de la zona y que sirva de acompañamiento a la diligencia descrita en el numeral anterior. Posteriormente, se deberá REMITIR a esta Corporación un informe detallado del resultado de la diligencia. Para el cumplimiento de este ordinal, por intermedio de la Secretaría General, se le enviará copia del expediente de la referencia.

TERCERO.- Por Secretaría General PONER EN CONOCIMIENTO de los Ministerios de Ambiente y Desarrollo Sostenible, Interior –Grupos de Consulta Previa y Asuntos Indígenas-, a la Corporación Autónoma Regional del Alto Magdalena, a la Procuraduría General de la Nación, a las alcaldías municipales de Rivera y Neiva (Huila), del escrito de tutela y sus anexos, para que en un término de 1 mes contado a partir de la notificación del presente auto, manifiesten lo pertinente sobre los hechos que dieron origen a la interposición de la demanda, para lo cual se les enviará copia de la misma.

CUARTO.- ORDENAR a la Corporación Autónoma Regional del Alto Magdalena (CAM) que rinda un informe detallado acerca del estado actual de las concesiones para el uso y aprovechamiento del agua de uso público de las quebradas el Humeque, el Chorro, el Jagual, la Medina y zanja Verde, que irrigan el Resguardo de Paniquita y fueron autorizadas mediante las Resoluciones No. 0355 del 22 de abril de 2002, 0383 del 20 de abril de 2001 y 0421 del 9 de mayo de 2002. Además, se le solicita que:

a. Indique cuáles han sido las concertaciones con la comunidad del Resguardo de Paniquita frente al uso de las aguas que provienen de los afluentes antes mencionados,

a. Explique las razones por las cuales no se ha realizado la consulta previa.

QUINTO.- INVITAR al Instituto Colombiano de Antropología e Historia (Icanh), a la Organización Nacional Indígena de Colombia (ONIC), a las facultades o programas de Antropología de las Universidades Nacional de Colombia, Surcolombiana, del Cauca y de Los Andes, la facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario y a la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura -FAO- con representación en Colombia (Calle 72 No. 7-82 Oficina 702, Bogotá), para que en el término de 1 mes contado a partir de la notificación del presente auto, si lo consideran pertinente, emitan un concepto técnico sobre la demanda de la referencia, para lo cual se les enviará copia de la misma por intermedio de la Secretaría General.”

En respuesta a las pruebas requeridas, se recibieron los siguientes escritos:

1. ENTIDADES ESTATALES

1. Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible

La apoderada judicial del Ministerio comienza el escrito solicitando que se mantenga en firme la sentencia de tutela de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva.

Luego de realizar esta petición expresa, describió la naturaleza jurídica del Ministerio, destacando su función como gestor del medio ambiente y de los recursos naturales renovables, y resaltando que no es un órgano ejecutor sino de gestión, encargado de fijar las políticas a nivel nacional sobre la protección del ambiente. Al respecto, añadió que estas políticas son ejecutadas o aplicadas por las demás autoridades ambientales, entre ellas, las Corporaciones Autónomas Regionales.

En este orden de ideas, indicó que dentro del área de su jurisdicción, las Corporaciones Autónomas Regionales están encargadas de administrar el medio ambiente y los recursos naturales renovables, así como propender por el desarrollo sostenible, de acuerdo con las directrices del Ministerio.

Por lo anterior, consideró que dado el Ministerio que representa se “encuentra encargado de fijar políticas ambientales a nivel nacional” y “son las Corporaciones Autónomas Regionales las encargadas de ejecutar dichas políticas”, está demostrada la excepción de falta de legitimación por pasiva del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, en cuanto no tuvo injerencia alguna en la expedición de las resoluciones que reglamentaron el uso de corrientes hídricas dentro del territorio del resguardo.

1. Ministerio del Interior -Dirección de Consulta Previa-

Explicó en su escrito que conforme a lo dispuesto en el Decreto 1541 de 1978, las

Corporaciones Autónomas Regionales son las que reglamentan el uso y aprovechamiento de las corrientes de agua. En tal sentido, indicó que la Corporación Autónoma Regional del Alto Magdalena, con jurisdicción en el departamento del Huila, mediante Resolución No. 0383 del 20 de abril de 2011, reglamentó el uso y aprovechamiento de la corriente El Chorro y Umeque. Igualmente, sostuvo que con dicha resolución, “a la comunidad indígena se le otorgó un caudal de 47,9 L/seg en época de verano y 48,35 L/seg en época de invierno (que equivalen en promedio al 60,93% del caudal total de reparto de afluente) lo que demuestra que cerca de la mitad del caudal promedio de este afluente esta (sic) asignado al resguardo para los siguientes usos: Pastos: 8 has; Otros cultivos: 20 Has; Funcionamiento de un Pelton; Abrevadero 300 cabezas de ganado; Lagos 0,7 Has. Y de la quebrada el Umeque le fue otorgado a la comunidad indígena Paniquita 3.94 L/seg en época de invierno y 2,4 L/seg en época de verano para irrigar 5 has de pasto y para abrevadero de 80 cabezas de ganado.”

También hizo referencia otras dos resoluciones de la CAM, como la No. 0421 del 9 de mayo de 20021 y la No. 0355 del 22 de abril de 20022, las cuales reglamentan el uso y aprovechamiento de las quebradas La Medina y El Jagual, Zanja Verde, respectivamente.

Hechas estas aclaraciones, realizó una breve consideración en cuanto al derecho de consulta previa, el cual se encuentra protegido mediante el Convenio 169 de 1989 de la Organización Internacional del Trabajo y ratificado por la Ley 21 de 1991. Así, trajo a colación la sentencia C-702 de 2010, la cual estudió la constitucionalidad del Acto Legislativo 01 de 2009, resaltando que la consulta previa no lleva necesariamente a que los pueblos indígenas y tribales tengan derecho a vetar las medidas legislativas y administrativas que les afecten, sino que es una oportunidad para que se propicie un acercamiento con el Estado y, de ser posible, llegar a un acuerdo.

Frente al caso concreto, sobre la procedencia de la realización de la consulta previa para la reglamentación de corrientes, consideró, en un sentido general, que es viable en aquellos casos donde se “pueda colegir una afectación directa para los grupos étnicos en su territorio”, resaltando que no es procedente para la mayoría de las normas del Estado que son de carácter vinculante “para todos los colombianos y donde el principio de legalidad no diferencia su aplicación para toda la población del territorio nacional”.

1. Corporación Autónoma Regional del Alto Magdalena -CAM-

En el informe presentado por la CAM acerca del estado actual de las concesiones para el uso de las aguas que benefician al predio del Resguardo Paniquita, detalló la distribución que se ha hecho de cada una de las corrientes en la siguiente forma:

Corriente El Chorro – Resolución No. 0383 del 20 de abril de 2001

Derivación

Usos

Caudal Invierno (lps3)

Caudal Verano

(lps)

5 derecha

8 has. Pastos; 20 has. Otros cultivos; 20 lps. Pelton; abrevaderos, 300 cab.; 0.7 ha. Lagos.

48.35

47.79

Corriente el Humeque – Resolución No. 0383 del 20 de abril de 2001.

Derivación

Usos

Caudal Invierno (lps)

Caudal Verano (lps)

1 izquierda

5 has. Pastos; abrevaderos, 80 cab.

3.94

2.40

Corriente El Jagual – Resolución No. 0355 del 22 de abril de 2002 (la cual reglamentó el uso y aprovechamiento de las aguas de las quebradas El Jagual, nacimiento Zanja Verde y nacimiento Chiquía, que discurre en jurisdicción del municipio de Rivera).

Derivación

Usos

Caudal Invierno (lps)

Caudal Verano (lps)

4 derecha

3 has. Otros cultivos

1.95

0.60

Nacimiento Zanja Verde:

Derivación

Usos

Caudal Invierno (lps)

Caudal Verano (lps)

2 derecha

11 has. Pastos; 4 has. Otros cultivos

10.60

8.46

Corriente La Medina – Resolución No. 0421 del 9 de mayo de 2002.

Derivación

Usos

Caudal Invierno (lps)

Caudal Verano (lps)

4 derecha

9 has verano y 12 has en invierno, par otros cultivos; 80 cab. en lagos.

9.03

12.03

1. Procuraduría General de la Nación –Procuraduría Delegada para Asuntos Ambientales y Agrarios-

El Ministerio Público consideró que si bien la comunidad indígena Paniquita ejerce jurisdicción en algunos asuntos dentro de su territorio, en desarrollo de su papel como autoridad ambiental, es la CAM la encargada de regular y reglamentar el uso de las corrientes de agua tantas veces mencionadas. En tal sentido, aseguró que la comunidad no podría regular el recurso del cual es una de las usuarias.

Concretamente, la Procuraduría estimó que con la regulación del uso del agua de las quebradas que cruzan el territorio, no se vulneró el derecho a la consulta previa, creyendo conveniente que si las partes solicitan una nueva reglamentación, debe garantizarse la participación de todos los potenciales beneficiados.

Por lo anterior, concluyó que “la consulta previa no es el mecanismo idóneo para solucionar el conflicto por el agua entre la comunidad de Paniquita y los campesinos vecinos del resguardo. La CAM debe adelantar procesos de reglamentación casados en criterios técnicos y de equidad que atiendan las necesidades de las dos comunidades con participación de las mismas”.

1. INSPECCIÓN JUDICIAL

La diligencia contó con el acompañamiento de un Ingeniero Agrónomo actuando como perito en la materia, los Delegados de la Defensoría del Pueblo y el señor José Humberto Quiroga, presidente de la Asociación de Cabildos Indígenas del Huila. Se llevó a cabo en el resguardo de la comunidad indígena Paniquita, ubicado en el kilómetro 15 del anillo vial Neiva-Rivera. Dentro de las generalidades plasmadas por el despacho acerca del resguardo, se estableció lo siguiente:

“Consta de mil cuarenta hectáreas (1040 Has), distribuidas en setecientas (700 Has) debidamente encerradas y reforestadas porque allí nacen las quebradas El Chorro, El Higuierón, El Humeque, Jagual, El Barato y treinta (30) vertientes más (nacederos), según el

Ministerio del Interior y de Justicia en esa época, Dirección de Asuntos Indígenas. El resto de hectáreas están distribuidas para la vivienda de treinta (30) familias y producción comunitaria de sesenta y dos (62) que componen el resguardo, treinta y dos (32) de ellas no viven aquí por cuestión de espacio en total son cuatrocientas catorce (414) personas. Tenemos cultivos de pan coger, como Cachaco, Maíz, Ahuyama, Plátano, Guineo, Maracuyá, Badea, Uva y esporádicamente Flores Exótica, Jamaica, Arroz, Cacao, tenemos dos potreros con pasto natural y rastrojo, con aproximadamente ciento veinte (120) cabezas de ganado al mayor valor.”

Durante la inspección, la juez titular del despacho ordenó al perito que dentro de los cinco días hábiles siguientes al de la diligencia, presentara un informe escrito donde absolviera la duda formulada por esta Corporación, en tanto debía establecer en qué medida la concesión en el manejo de los afluentes hídricos del río Arenoso afecta a la comunidad indígena.

En su informe, el perito hizo entrega de dos CD en los que se recopiló el material fotográfico y filmográfico captado durante la inspección, elemento debidamente remitido a esta Corporación. Adicionalmente, adjuntó un escrito donde manifestó lo siguiente:

“(…) en el recorrido se llegó hasta la parte más alta de la quebrada el chorro como se aprecia en el registro fotográfico que se presenta, sitio donde se realiza los rituales de sanación y rezos de la comunidad; de allí descendiendo quebrada abajo se encuentra una gran diversidad de nacederos o manantiales de agua que brotan de las rocas y del suelo que son aportantes de cauce de la quebrada el chorro (...) Sobre la quebrada el chorro existe la bocatoma y una obra de repartición compuerta concreto donde se extrae el agua que se conduce por un canal en tierra y que llega a un desarenador y luego a un tanque de almacenamiento para distribuir el agua a la comunidad, en dicha bocatoma se constató que la quebrada es vertida nuevamente a la quebrada el chorro y según lo manifestado por el acompañante el señor Juan Vicente Ríos, que la comunidad no ha podido hacer uso del agua de la quebrada el chorro para su uso, ya que por terrenos del señor Rafael Collazos, por el mal manejo de suelo talado y dejado para potreros ha ocasionado un deslizamiento de la loma por donde transita el canal que conduce agua a la comunidad viéndose afectado desde el mes de noviembre del año 2011 por efecto del periodo invernal presentado por el fenómeno de la niña, como se puede constatar y apreciar en los registro fotográficos anexos. La comunidad por no contar con el vital liquido agua (sic) de la fuente principal de la

quebrada el chorro dentro del predio de la Comunidad, siendo aportante a la quebrada La Median, y en la parte baja fuera del predio aporta las aguas a la cuenca de la quebrada El Arenoso. Otro quebrada (sic) observada fue la quebrada Jagual donde la parte alta se tiene con una gran diversidad de especies arbustivas y guadua para su conservación de la microcuenca y dichas aguas son aportantes directa a la cuenca de la quebrada el arenoso, donde dicha quebrada Jagual cruza el predio por el medio y en la parte baja el agua es distribuida a predios de colonos de la vereda como se puede evidenciar en los registros fotográficos anexos”.

Finalmente, el perito concluyó:

“(…) con las restricciones del recursos (sic) hídricos del uso y manejo de distribución de las aguas para las necesidades de la COMUNIDAD INDÍGENA PANIQUITA integradas por 62 familias de las cuales tan solo pueden existir 30 familias en un área aproximada de 350 hectáreas de las cuales 180 hectáreas aproximadamente posee planicies aptas para ser explotadas y cultivadas en desarrollo de proyectos productivos agrícola, pecuario, piscicultura y productos de autoconsumo para la calidad de vida de las personas que integran la Comunidad del Resguardo Indígena Paniquita dentro del predio, como se constató el día de la inspección judicial, el predio de encuentra sin suministro de agua del cual se toma sobre la quebrada El Chorro, por causa del invierno se encuentra obstruido por deslizamientos de suelos por predio vecino del señor Rafael Collazos, desde noviembre del año 2011... por lo tanto con las restricciones del recurso hídrico del uso y manejo de distribución de aguas para las necesidades de la Comunidad Indígena Paniquita, del cual cuenta con varios quebradas y nacederos dentro del predio y programas de conservación de cuencas hídricas, dicha Comunidad se está afectando la parte socioeconómica y cultural de las actividades de proyectos productivos y desarrollos agrícolas de los cultivos establecidos como maracuyá, badea, cholupa, uva, maíz, caco (sic), plátano, caña, arroz, como conflictos de violencia, agresión por disputa con los propietarios de predios vecinos y colonos con el Resguardo”.

1. CONCEPTOS TÉCNICOS Y ACADÉMICOS

1. Instituto Colombiano de Antropología e Historia -ICANH-

El Instituto Colombiano de Antropología e Historia estima que “corresponde a la CAM y solo a ella tomar la decisión definitiva sobre las concesiones de agua en este tipo de casos”. Llega a esta conclusión tras no encontrar prueba o indicio alguno de que para sobrevivir, social y culturalmente, la comunidad tuviera la necesidad de modificar el caudal que la CAM le había atribuido. Igualmente, tampoco evidenció que el Resguardo indígena estuviera mejor capacitado que la CAM para establecer criterios sobre la utilización justa y apropiada de las aguas de uso público.

Por lo anterior, considera que la tutela instaurada por el Resguardo no contiene argumentos válidos, dado que “La existencia de políticas diferenciales en Colombia, así como toda la normatividad relativa a la protección de los grupos étnicos, o al derecho a la consulta previa cuando se va a realizar un proyecto dentro de los territorios indígenas, no son relevantes para este caso”.

1. Universidad Nacional de Colombia -Facultad de Ciencias Humanas-

La Universidad Nacional de Colombia considera que los pueblos indígenas han pasado de ser una mera realidad fáctica a ser sujetos de derechos fundamentales. Con esta apreciación, estima que es deber del Estado velar por su protección y conservación, así como por la de los elementos que se tornan vitales para lograr esto, tales como su cultura, economía, prácticas religiosas y demás. Este deber convierte a los pueblos indígenas en sujetos de especial protección, razón por la cual se hacen acreedores de derechos que deben ser reconocidos y protegidos por las instituciones estatales.

Con fundamento en lo anterior, advierte que el análisis realizado por los jueces de tutela de primera y segunda instancia, desconoce las condiciones particulares de los pueblos indígenas. En particular, se refiere a la cuestión de la inmediatez, y manifiesta que esta no debe ser mirada como si se tratara de una acción incoada por un ciudadano común, sino que debe tener una perspectiva más amplia. Al respecto, sostiene:

“(…) debería tenerse en cuenta los derechos humanos de la colectividad indígena, como son

la distintividad, el derecho a lo propio, el derecho al mejoramiento económico y social, y el derecho preferente, que aunados a los preceptos constitucionales colombianos en especial del artículo 7 de nuestra Carta Política donde se reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación Colombiana, permitirían buscar la viabilidad, también constitucional, de la consulta previa a la comunidad Paniquita, pues el hecho de que hayan pasado casi diez años para reclamar su derecho no es óbice para que el juez constitucional se percate de una presunta violación de los derechos de esta comunidad, ya que tal vez si no lo hicieron antes, es porque desde su dinámica social podían sustentarlo solo hasta el momento en que interpusieron la tutela fue que se vieron afectado por tal circunstancia, misma que generó el invocar su derecho constitucional a la consulta previa como mecanismo para defender sus derechos. En este sentido, la Corporación Autónoma Regional del Alto Magdalena podría junto a la comunidad revisar la situación actual y, con base en ello, considerar si las resoluciones vigentes ameritan modificación o derogación”.

1. Universidad del Cauca –Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales-

Inicialmente, la Universidad del Cauca expone los acontecimientos más relevantes acerca del problema suscitado entre la comunidad indígena Paniquita y la CAM, respecto de las resoluciones que reglamentaron las concesiones de agua que atraviesan el resguardo. En esta tarea, detalla cronológicamente los momentos en que se expidieron cada una de las resoluciones, las peticiones elevadas por el resguardo a la CAM y al Ministerio del Interior, y las respectivas respuestas y conceptos emitidos.

Luego, realiza un recuento histórico de los procesos colonizadores que tuvieron lugar en la zona que hoy comprende el predio del resguardo Paniquita. En este sentido, expone las características geográficas del lugar y los aspectos culturales y costumbristas en cuanto al aprovechamiento del agua.

En una tercera y última parte de su concepto, analiza jurídicamente la situación de la comunidad, desarrollando temas como la procedencia de la acción de tutela, jurisprudencia de la Corte Constitucional, normatividad internacional como parte del bloque de constitucionalidad y documentos académicos que describen la relación histórica y cosmológica entre las minorías étnicas y el agua.

En conclusión, considera que “en el contexto de los aspectos históricos, geográficos y culturales antes mencionados, la reglamentación del uso y aprovechamiento de las corrientes de agua atraviesan el territorio indígena es relevante para la supervivencia y bienestar integral de la comunidad tal, le concierne directamente, por lo cual es imperativa la participación de la comunidad mediante el mecanismo de consulta previsto en el artículo sexto del convenio 169 de la O.I.T”.

1. Universidad de los Andes –Facultad de Ciencias Sociales-

En su análisis académico, la Universidad de los Andes expone argumentos de carácter histórico que dan cuenta de las múltiples luchas de los pueblos indígenas al interior del país, por conseguir un espacio adecuado para su subsistencia. Además, expone que el agua constituye un elemento vital para el desarrollo de estos pueblos, siendo de gran importancia el cuidado y respeto de las cuencas hidrográficas que surcan sus territorios.

Concluye indicando que “la tutela invocada por el Resguardo Indígena, negada por “improcedente” por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Neiva, decisión Confirmada (sic) por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Neiva y que hoy se encuentra en Revisión, en nuestra opinión, ha de ser concedida a la Comunidad Indígena accionante, con fundamento en las consideraciones y contexto cultural y socio-económico hasta ahora expresados y que fueron soslayados por los juzgadores de primera y segunda instancia”.

4. CONSIDERACIONES.

4.1. COMPETENCIA Y OPORTUNIDAD

La Sala Séptima de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional, con base en las facultades conferidas por los artículos 86 y 241, numeral 9°, de la Constitución, es competente para revisar el fallo de tutela adoptado en el proceso de la referencia. Además, procede la revisión en virtud de la selección realizada por la Sala correspondiente y del reparto verificado en la forma establecida por el reglamento de la Corporación.

4.2. PROBLEMA JURÍDICO

En los años 2001 y 2002, la Corporación Autónoma del Alto Magdalena expidió varias resoluciones con las que reglamentó el uso y aprovechamiento de un determinado número de quebradas que atraviesan el territorio del Resguardo Indígena Paniquita y, además, también irrigan las propiedades de otras personas que habitan el mismo sector rural. El resguardo considera que estas resoluciones carecen de validez, pues se expidieron sin que se hubiese surtido el proceso de consulta previa, proceso que era necesario ya que de tales recursos hídricos depende gran parte de su desarrollo económico, cultural y religioso.

De esta manera, corresponde a la Corte Constitucional determinar si se han vulnerado los derechos fundamentales a la integridad étnica y cultural, a la consulta previa y al agua de la comunidad indígena Dujos Tamaz-Paez del Resguardo Paniquita, ubicado en las inmediaciones de los municipios de Rivera y Neiva en el departamento del Huila, ante la expedición de varios actos administrativos por parte de la CAR, en los cuales aseguran se les restringe la cantidad de agua para atender sus necesidades agrícolas, alimenticias y culturales.

Por lo anterior, la Sala entrará a dilucidar los aspectos más relevantes en cuanto a (i) el contenido del derecho fundamental al agua frente a los pueblos indígenas, (ii) el derecho fundamental a la consulta previa y los requisitos jurisprudenciales para la realización de la misma y, finalmente, teniendo en cuenta los elementos anteriores, (iii) resolverá el caso concreto.

4.3. EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS. ALCANCE Y CONTENIDO.

4.3.1. Los pueblos indígenas como sujetos de derechos fundamentales.

4.3.1.1 El artículo 7 de la Constitución señala como un deber estatal el reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana, correspondiéndole garantizar la igualdad y dignidad de todas las culturas que conviven en el país (art. 70), la protección de las riquezas culturales y naturales de la Nación (art. 8), el respeto a la autodeterminación de los pueblos en el manejo de las relaciones exteriores (art. 9) y el reconocimiento de que los dialectos y lenguas de los grupos étnicos son oficiales en sus

territorios.

En cuanto a los territorios indígenas, la Constitución dispuso que estos son verdaderos entes territoriales (art. 286), que gozan de autonomía para la gestión de sus intereses, ejerciendo para ello derechos tales como: (i) gobernarse por autoridades propias; (ii) ejercer las competencias que les correspondan; (iii) administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones y, (iv) participar en las rentas nacionales (art. 287).

En este mismo sentido, señala la Constitución que los resguardos son propiedad colectiva y no enajenable (art. 329), en cuyos lugares la explotación de los recursos naturales se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. De adoptarse decisiones que ordenen dicha explotación, el Gobierno promoverá la participación de los representantes de las respectivas comunidades (art. 330).

4.3.1.2. Para la Corte, este marco constitucional debe ser observado teniendo en cuenta el Convenio 169 de la OIT “Sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Pueblos Independientes”, aprobado por el Congreso mediante Ley 21 de 1991.

Bajo dicho enfoque, esta Corporación también ha expresado que la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas aprobada por las Naciones Unidas en el año 2007, es un instrumento internacional que sirve de pauta al juez constitucional para la interpretación de los derechos fundamentales de las comunidades tribales.⁴

4.3.1.3. A partir del anterior marco general, la jurisprudencia ha entendido que (i) las comunidades indígenas son sujetos de derechos fundamentales; esos derechos no son equivalentes a los derechos individuales de cada uno de sus miembros ni a la sumatoria de estos; y (iii) los derechos de las comunidades indígenas no son asimilables a los derechos colectivos de otros grupos humanos. Sobre el particular, la sentencia T-380 de 19935, sostuvo:

“Los derechos fundamentales de las comunidades indígenas no deben confundirse con los

derechos colectivos de otros grupos humanos. La comunidad indígena es un sujeto colectivo y no una simple sumatoria de sujetos individuales que comparten los mismos derechos o intereses difusos o colectivos.”

4.3.2.1. La protección del derecho fundamental a la consulta previa ha sido abordada por la jurisprudencia constitucional colombiana en varias ocasiones. Así, de manera general, se ha dicho que es deber efectuar una consulta previa a las comunidades indígenas y afrodescendientes antes de tomar medidas legislativas o administrativas que les afecten directamente. A continuación se expondrán, para lo que resulta relevante en el presente proceso, los puntos centrales de la doctrina constitucional acerca del tema.

Para esta Corporación, la obligación estatal de consultar previamente a los grupos étnicos cada vez que se vayan a adoptar medidas legislativas o administrativas que los afecten, es expresión concreta del derecho a la libre determinación de los pueblos, pues como grupo especialmente diferenciado , deben poder decidir sobre las prioridades que influyen en sus procesos de desarrollo, de acuerdo con lo señalado por el Convenio 169 de la OIT y las normas de la Constitución Política que estructuran el bloque de constitucionalidad.

Desde esta perspectiva, la Corte ha señalado que del texto constitucional se desprenden mandatos orientados a preservar la identidad de las comunidades indígenas, tribales y afrodescendientes, siendo determinante asegurar la supervivencia, garantizando su autonomía en los ámbitos que les competen y asegurando que cualquier actividad adelantada por el Estado que pueda afectarlas directamente les sea consultada y no vaya en desmedro de su integridad social, cultural y económica.

Este derecho de participación de los pueblos indígenas sobre cualquier decisión que pueda afectarles directamente, además de contemplarse en nuestro ordenamiento superior, está previsto expresamente en disposiciones del Convenio 169 de la OIT, que hace mención al derecho que tienen los pueblos indígenas a ser consultados sobre las decisiones que les afecten. Al respecto, la Corte ha entendido que existe una estrecha relación con el principio de participación democrática, puesto que constituye la forma en que se pueden comprender los procesos de toma de decisiones que afectan a los pueblos indígenas⁶. En este sentido, ha manifestado la Corte que “el Convenio 169 de la OIT fue adoptado con base en una nueva aproximación a la situación de los pueblos indígenas y tribales en todas las regiones del

mundo, conforme a la cual era preciso eliminar la orientación hacia la asimilación que se había venido manejando, para, en su lugar, asentar el principio conforme al cual las estructuras y formas de vida de los pueblos indígenas y tribales son permanentes y perdurables, y la comunidad internacional tiene interés en que el valor intrínseco de sus culturas sea salvaguardado.”⁷

4.3.2.2. En la sentencia C-030 de 2008, la Corte puntualizó que de las disposiciones del convenio podían inferirse dos niveles de participación de los grupos indígenas y tribales. El primero, contenido en el literal b) del artículo 6 del Convenio, conforme al cual el gobierno debe establecer los medios necesarios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma forma que otros sectores de la población sobre temas que afecten a todos por igual, por ejemplo en la adopción de decisiones de instituciones electivas y organismos administrativos. El segundo es el deber de consulta contemplado en el literal a) del mismo artículo, referido a las medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectar directamente a dichos pueblos.

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

4.3.2.4. Ahora bien, la determinación de cuáles son las medidas que deben ser sometidas a consulta, la forma en que esta debe llevarse y las finalidades de la misma, fueron sintetizadas por la Corte Constitucional en la sentencia C-882 de 2011.

En dicho fallo, a partir de los criterios sentados por sentencias como la C-030 de 2008 y

T-769 de 2009, se indicó, respecto del alcance de la consulta previa, que esta resulta obligatoria cuando las medidas que se adopten sean susceptibles de afectar específicamente a las comunidades indígenas en su calidad de tales, por lo que en cada caso concreto resulta necesario distinguir dos niveles de afectación: (i) el que se deriva de las políticas y programas que de alguna forma les conciernen y (ii) el que se desprende de las medidas legislativas o administrativas que puedan afectarlos directamente. De lo anterior, se dedujo que existían varios escenarios ante los cuales existe el deber de consulta.

(i) “Decisiones administrativas relacionadas con proyectos de desarrollo: licencias ambientales, contratos de concesión y concesiones mineras, entre otros”.

(ii) “Presupuestos y proyectos de inversión financiados con recursos del presupuesto nacional”.

(iii) “Decisiones sobre la prestación del servicio de educación que afectan directamente a las comunidades”

(iv) “Medidas legislativas”.

Por tratarse de decisiones administrativas las que son atacadas por vía de tutela en el caso concreto, es necesario ahondar en este tipo de medida, teniendo en cuenta lo señalado por la sentencia en comentario:

“Sobre la naturaleza de este tipo de decisiones a consultar, la jurisprudencia ha tenido una evolución importante. Parte importante de la jurisprudencia en la materia se ha concentrado en medidas administrativas –especialmente licencias ambientales y contratos de obra o concesión- ligadas a proyectos de desarrollo que afectan directamente a las comunidades étnicas, particularmente decisiones que permiten la explotación o el aprovechamiento de recursos naturales ubicados en sus territorios. Por ejemplo, en la sentencia SU-039 de 199711, la Corte tuteló el derecho fundamental a la consulta previa de la comunidad indígena U’wa, debido a que el Ministerio de Medio Ambiente había otorgado licencia ambiental a Occidental de Colombia Inc. para realizar actividades de explotación de hidrocarburos en áreas del resguardo de la comunidad, sin llevar a cabo un proceso previo de consulta.”

Finalmente, respecto de la finalidad del proceso de consulta y las características del mismo, dicha sentencia anunció:

“Finalidad de la consulta

La Corte ha precisado que la consulta previa tiene la finalidad de (i) dotar a las comunidades de conocimiento pleno sobre los proyectos y decisiones que les conciernen directamente - como los proyectos destinados a explorar o explotar los recursos naturales en los territorios que ocupan o les pertenecen, así como los mecanismos, procedimientos y actividades requeridos para ponerlos en ejecución; (ii) ilustrar a las comunidades sobre la manera como la ejecución de los referidos proyectos puede conllevar una afectación o menoscabo a los elementos que constituyen la base de su cohesión social, cultural, económica y política y, por ende, el sustrato para su subsistencia como grupo humano con características singulares; (iii) brindar la oportunidad a las comunidades para que libremente y sin interferencias extrañas, mediante la convocatoria de sus integrantes o representantes, valoren conscientemente las ventajas y desventajas del proyecto; sean oídas en relación con las inquietudes y pretensiones que tengan en lo que concierne a la defensa de sus intereses y puedan pronunciarse sobre la viabilidad del proyecto.¹²

Es por ello que en reciente jurisprudencia se ha resaltado que con la consulta previa se debe buscar el consentimiento libre e informado de las comunidades étnicas frente a las medidas que puedan afectar directamente sus intereses. Tal consentimiento es además indispensable cuando las medidas, entre otros casos extremos, “(i) impliquen el traslado o desplazamiento de las comunidades por la obra o el proyecto; (ii) estén relacionados con el almacenamiento o vertimiento de desechos tóxicos en las tierras étnicas; y/o (iii) representen un alto impacto social, cultural y ambiental en una comunidad étnica, que conlleve a poner en riesgo la existencia de la misma, entre otros”.¹³ En estos casos, dada la gravedad de sus posibles consecuencias, el deber de las autoridades de llevar a cabo procesos de concertación con las comunidades étnicas se refuerza, sin que ello signifique en modo alguno que se dote a las comunidades de un poder de veto.

Características del proceso de consulta

En este punto, es preciso aclarar que el Convenio 169 no establece unas reglas de procedimiento y en tanto las mismas no hayan sido fijadas en la ley, debe atenderse a la

flexibilidad que sobre el particular consagra ese instrumento y al hecho de que, de acuerdo con el mismo, el trámite de la consulta se somete al principio de buena fe, “lo cual quiere decir, por un lado, que corresponde a los Estados definir las condiciones en las que se desarrollará la consulta, y por otro, que la misma, para que resulte satisfactoria a la luz del ordenamiento constitucional, debe realizarse 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. Se trata de propiciar espacios de participación, que sean oportunos en cuanto permitan una intervención útil y con voceros suficientemente representativos, en función del tipo de medida a adoptar.”¹⁴

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

En primer lugar, en la sentencia SU-039 de 1997¹⁵, la Corte dejó claro que no puede tener el valor de consulta previa “(...) la información o notificación que se le hace a la comunidad indígena sobre un proyecto de exploración o explotación de recursos naturales. Es necesario que se cumplan las directrices antes mencionadas, que se presenten fórmulas de concertación o acuerdo con la comunidad y que finalmente ésta manifieste, a través de sus representantes autorizados, su conformidad o inconformidad con dicho proyecto y la manera como se afecta su identidad étnica, cultural, social y económica” (negrilla fuera del texto original).

Por eso, en el caso que dio lugar a dicho pronunciamiento, la Corte estimó que una reunión de divulgación de un proyecto en la que no se brinda oportunidad a los representantes de las comunidades de pronunciarse, no puede hacer las veces de una consulta previa. En el mismo sentido se pronunció la Corte en la sentencia C-175 de 2009¹⁶, al indicar que las audiencias públicas en el trámite legislativo no agotan el requisito de consulta.

En segundo lugar, como se indicó en la sentencia C-461 de 2008¹⁷, antes de llevar a cabo la consulta previa en estricto sentido, se deben realizar conversaciones preliminares -una especie de preconsulta- con la comunidad o comunidades concernidas, cuya finalidad es identificar las instancias de gobierno local y los representantes de la comunidad, así como socializar el proyecto, y concertar la metodología de la consulta. Al respecto se indicó lo siguiente en la sentencia citada:

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

En tercer lugar, la consulta debe realizarse indefectiblemente antes de que se comience el proyecto de explotación (incluso desde la formulación del proyecto y antes del inicio de las actividades de prospección) o se tome la decisión normativa que concierne a las comunidades directamente. La Corte precisó en la sentencia SU-039 de 1997¹⁸ que actuaciones posteriores a la adopción de la decisión no pueden subsanar el vicio que se genera por la ausencia de consulta previa.¹⁹ En el mismo sentido se manifestó la Corte en la sentencia C-702 de 2010²⁰, en la que afirmó que la omisión de la consulta antes de dar inicio al trámite legislativo es un vicio insubsanable que da lugar a la declaración de inconstitucionalidad de cualquier medida legislativa.

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

En quinto lugar, con miras a lograr que las comunidades étnicas estén plenamente informadas de la propuesta y sus implicaciones, y puedan tomar decisiones informadas, las autoridades que dirigen el proceso consultivo deben velar por que las comunidades estén acompañadas por la Defensoría del Pueblo y la Procuraduría General de la Nación, cada una dentro de sus órbitas de competencia, y siempre y cuando así lo soliciten los respectivos grupos.²¹

En sexto lugar, para la Corte, la consulta debe tener efectos sobre la decisión a adoptar.²² La efectividad de la consulta se refiere entonces al deber de las autoridades de dar valor a la

palabra de las comunidades.

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

4.3.3. Criterios jurisprudenciales para identificar cuándo hay “afectación directa”

La Corte Constitucional ha sentado una clara línea jurisprudencial²³ para determinar cuáles criterios son necesarios para identificar cuándo existe afectación directa sobre las comunidades indígenas respecto de medidas legislativas o administrativas que puedan afectarles.

La sentencia C-038 de 2008, precisó que por afectación directa debe entenderse toda medida que “altera el estatus de la persona o de la comunidad, bien sea porque le impone restricciones o gravámenes, o, por el contrario, le confiere beneficios”²⁴. En tal sentido, sostuvo que la afectación directa se da sin importar que sea positiva o negativa, pues es precisamente dicho aspecto el que deberá resolverse al consultar a los pueblos indígenas afectados.

Ahora bien, entrando más a fondo, a efectos de determinar cuál es el grado de afectación, se señala que la especificidad que se requiere para que una medida deba ser sometida a consulta, “se puede derivar o bien del hecho de que regula una de las materias del Convenio 169 de la OIT, o bien de que aunque ha sido concebida de manera general, tiene una repercusión directa sobre los pueblos indígenas”. Es decir, “puede ser el resultado de una decisión expresa de expedir una regulación en el ámbito de las materias previstas en el convenio, o puede provenir del contenido de la medida como tal, que, aunque concebida con alcance general, repercuta de manera directa sobre las comunidades indígenas y tribales.”

“(i) ‘Para el caso particular de las medidas legislativas, la consulta se predica sólo de aquellas disposiciones legales que tengan la posibilidad de afectar directamente los intereses de las comunidades. Por lo tanto, aquellas medidas legislativas de carácter general, que afectan de

forma igualmente uniforme a todos los ciudadanos, entre ellos los miembros de las comunidades tradicionales, no están prima facie sujetas al deber de consulta, excepto cuando esa normatividad general tenga previsiones expresas, comprendidas en el ámbito del Convenio 169 de la OIT, que sí interfieran esos intereses’.

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

(iii) ‘(...) para acreditar la exigencia de la consulta previa, debe determinarse si la materia de la medida legislativa tiene un vínculo necesario con la definición del ethos de las comunidades indígenas y afrodescendientes. En otras palabras, el deber gubernamental consiste en identificar si los proyectos de legislación que pondrá a consideración del Congreso contienen aspectos que inciden directamente en la definición de la identidad de las citadas indígenas y, por ende, su previa discusión se inscribe dentro del mandato de protección de la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana’.

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

(v) ‘la determinación de la gravedad de la afectación de la medida legislativa o administrativa deberá analizarse según el significado que para los pueblos indígenas y tribales afectados tengan los bienes o prácticas sociales interferidas. En otras palabras, el

mandato de reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural, implica que el análisis del impacto de las medidas se realice a partir de las características específicas de la comunidad y la comprensión que éstas tienen del contenido material de dichas políticas’.

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

Finalmente, sintetizada en una fórmula más directa, la sentencia C-063 de 2010²⁵, explicó que hay una afectación directa “cuando una norma tiene como objeto principal de regulación una o varias comunidades indígenas; o cuando la regulación planteada tiene mayores efectos en las comunidades indígenas que aquellos que tiene el resto de la población”, y en donde se concluye que “[n]o queda lugar a duda que únicamente en ocasiones de afectación directa será obligatoria la práctica de la consulta previa a la o las comunidades indígenas que soportan las consecuencias de una medida legal o administrativa”.

4.4. EL DERECHO FUNDAMENTAL AL AGUA DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

En abundante jurisprudencia, la Corte Constitucional ha señalado que cuando el agua es destinada al consumo humano, esta adquiere un carácter fundamental²⁶. Esto se sostiene en el artículo 366 de la Constitución Política que señala como uno de los fines del Estado lograr el bienestar social, disponiendo como objetivo fundamental la solución de necesidades no satisfechas de “salud, de educación, de saneamiento ambiental y de agua potable”²⁷.

Lo anterior coincide, aunque no de manera taxativa, con lo establecido en los artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, donde se establece que los Estados Partes “reconocen del derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y para su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados” y, además, que se debe garantizar que toda persona disfrute del más alto nivel de salud física y mental. Para ello, estipula varias metas como el sano desarrollo de los niños, previendo factores que atenten contra sus vidas; el mejoramiento de la higiene laboral y medioambiental; la prevención de enfermedades endémicas y el seguro médico en caso de

enfermedad.

Aunado a esto, en la Observación No. 15 de 2002, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales expresó varias conclusiones en torno a la garantía del derecho al agua como factor determinante para el goce y disfrute de otros derechos. En primer lugar, y para lo pertinente al caso que se revisa, indicó que “[e]l agua es necesaria para diversas finalidades, aparte de los usos personales y domésticos, y para el ejercicio de muchos de los derechos reconocidos en el pacto. Por ejemplo, el agua es necesaria para producir alimentos (derecho a una alimentación adecuada) y para asegurar la higiene ambiental (el derecho a la salud). El agua es fundamental para procurarse un medio de subsistencia (el derecho a ganarse la vida mediante un trabajo) y para disfrutar de determinadas prácticas culturales (el derecho a participar en la vida cultural). Son embargo, en la asignación del agua debe concederse prioridad al derecho de utilizarla para fines personales y domésticos. También debería darse prioridad a los recursos hídricos necesarios para evitar el hambre y las enfermedades, así como para cumplir las obligaciones fundamentales que entraña cada uno de los derechos del Pacto” (Negrillas propias).

Más delante, el Comité acotó que la garantía del derecho al agua puede variar en razón a distintas condiciones, pero que siempre deben tenerse en cuenta los siguientes factores elementales: (i) disponibilidad²⁸, (ii) calidad²⁹ y (iii) accesibilidad³⁰.

Igualmente, el Comité es consciente de que aunque el derecho al agua es aplicable a todos, los Estados partes deben prestar especial atención a grupos de personas que tradicionalmente han tenido dificultades para ejercer este derecho, tales como “las mujeres, niños, los grupos minoritarios, los pueblos indígenas, los refugiados, los solicitantes de asilo, los desplazados internos, los trabajadores migrantes, los presos y los detenidos”. (Negrillas propias).

En relación con la protección y garantía por parte del Estado a los pueblos indígenas, la Observación estimó que su acceso al agua debe ser protegido contra la contaminación y transgresiones ilícitas “en sus tierras ancestrales”, para lo cual se procurará brindarles los recursos para que “planifiquen, ejerzan y controlen su acceso al agua”.

Finalmente, para referirse a la forma en que el recurso hídrico debe ser aprovechado por todos los beneficiarios, sostuvo que los Estados parte deben adoptar estrategias y medidas

para velar porque las generaciones presentes y futuras dispongan de agua suficiente y salubre, entre las cuales se encuentran:

“a) reducción de la disminución de recursos hídricos por extracción, desvío o contención; b) reducción y eliminación de la contaminación de las cuencas hidrográficas y de los ecosistemas relacionados con el agua por radiación, sustancias

químicas nocivas y excrementos humanos; c) vigilancia de las reservas de agua; d) seguridad de que cualquier mejora propuesta no obstaculice el acceso al agua potable; e) examen de las repercusiones que puedan tener ciertas medidas en la disponibilidad del agua y en las cuencas hidrográficas de los ecosistemas naturales, tales como los cambios climáticos, la desertificación y la creciente salinidad del suelo, la deforestación y la pérdida de biodiversidad; f) aumento del uso eficiente del agua por parte de los consumidores; g) reducción del desperdicio de agua durante su distribución; h) mecanismos de respuesta para las situaciones de emergencia; e i) creación de instituciones competentes y establecimiento de disposiciones institucionales apropiadas para aplicar las estrategias y los programas.”(Negritillas propias).

5. CASO CONCRETO

5.1. RESUMEN DE LOS HECHOS

5.1.1. La Comunidad Indígena Paniquita, ubicada en el departamento del Huila, considera que la Corporación Autónoma del Alto Magdalena vulneró sus derechos fundamentales a la consulta previa, al agua y al debido proceso, por expedir en forma unilateral varias resoluciones administrativas con las que reguló el uso de los cauces de quebradas que cruzan el territorio del resguardo, sin antes haber sido consultados al respecto.

5.1.2. Los actos administrativos a los que se refiere la comunidad indígena son las resoluciones número 0383 del 20 de abril de 2001³¹, 0421 del 9 de mayo de 2002³² y 0355 del 22 de abril de 2002³³, todos ellos expedidos por la autoridad ambiental demandada, quien en respuesta a la tutela interpuesta en su contra, indicó que la reglamentación de los

caudales nunca fue objeto de oposición por parte del resguardo, lo que demuestra su plena conformidad con el caudal que les fue otorgado. Además, sostiene la entidad que la presentación de la tutela es extemporánea por presentarse después de 10 años proferidos los actos administrativos.

5.1.3. De la tutela conoció en primera instancia el Juzgado 3 Civil del Circuito de Neiva, el cual consideró que lo correcto debió ser acudir a la jurisdicción contencioso administrativa, por lo que la acción de tutela se tornaba improcedente. Asimismo, negó el amparo por cuanto se solicitó 10 años después de proferidos los actos administrativos, incumpléndose el requisito de inmediatez.

En segunda instancia, la Sala Civil del Tribunal Superior de Neiva, confirmó la decisión del a quo, en razón a que el asunto no es competencia del juez constitucional, además de resultar excesiva la tardanza en el inicio de las acciones idóneas para debatir las resoluciones proferidas por la CAM.

5.2. EXAMEN DE LA PROCEDENCIA.

Previo a resolver por parte de la Sala si concede o niega el amparo, debe estudiarse lo referente a la procedencia o improcedencia de la acción de tutela, en cuanto se advierte el probable incumplimiento del requisito de inmediatez en el caso concreto. También debe verificar la Sala si el Resguardo Indígena Paniquita contaba con otros mecanismos de protección judicial.

5.2.1. Los jueces de instancia en el proceso de tutela que ahora se revisa, negaron el amparo, principalmente, porque no se cumplía el requisito de inmediatez, toda vez que la acción se interpuso el 19 de julio de 2011, casi diez años después de proferidas las resoluciones por parte de la Corporación Autónoma del Alto Magdalena, teniendo en cuenta que estas datan de los años 2001 y 2002.

La Sala considera que el pueblo indígena accionante podía acudir a la jurisdicción contencioso administrativa para controvertir los actos que ahora son objeto de tutela, pues ese es el escenario idóneo para que los jueces se pronuncien sobre su validez. Esto teniendo en cuenta que la acción de tutela es de carácter subsidiario, a menos de que se acreditase la amenaza de un perjuicio irremediable que justificara una medida de amparo transitorio.

Sin embargo, la jurisprudencia constitucional ha señalado que cuando está de por medio la supervivencia de las comunidades indígenas, sin perjuicio de la controversia que deba adelantarse ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo en torno a la validez de actos administrativos proferidos que les conciernen, cabe la acción de tutela como mecanismo de protección adecuado para la garantía del derecho a la consulta previa a tales comunidades sobre asuntos que las afectan directamente.

Al respecto, en la sentencia SU-383 de 2003, la Corte expresó que “no existe en el ordenamiento un mecanismo distinto a la acción de tutela para que los pueblos indígenas y tribales reclamen ante los jueces la protección inmediata de su derecho a ser consultados, a fin de asegurar su derecho a subsistir en la diferencia, por consiguiente compete al Juez de Tutela emitir las ordenes tendientes a asegurar su supervivencia, en los términos del artículo 86 de la Carta”.

Por ello, en cuanto a la existencia de otro mecanismo de protección judicial, resulta posible que, independientemente del debate que pueda surtirse ante el juez contencioso administrativo, la Sala estudie de fondo la solicitud de amparo presentada, tendiente a establecer si se ha vulnerado o no el derecho fundamental a la consulta previa de la comunidad indígena accionante por parte de la CAM.

5.2.2. De otro lado, frente a la inmediatez, la jurisprudencia ha señalado que uno de los factores determinantes a la hora de estudiar la procedencia de la acción de tutela, es que esta se interponga en un término razonable desde el momento en que se produjo la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales de la persona, pues el paso del tiempo puede ser un indicador de que la amenaza o vulneración no es actual.

En tal sentido, la inmediatez resulta determinante en el juicio de procedencia, pues aunque la acción de tutela no tiene término de caducidad³⁴, “de todas formas, por la naturaleza, el objeto de protección y la finalidad de este mecanismo de defensa judicial, la presentación de la acción de tutela debe realizarse dentro de un término razonable, que permita la protección inmediata del derecho fundamental a que se refiere el artículo 86 de la Carta Política. Por lo tanto, resultará improcedente la acción de tutela por la inobservancia del principio de la inmediatez que debe caracterizar su ejercicio.”³⁵

Si bien lo anterior ha sido ampliamente sostenido por la jurisprudencia constitucional, no se

trata de un principio que se torne estrictamente rígido ante la garantía de los derechos fundamentales, sino que puede ceder en pro de los mismos³⁶. De este modo, la actividad diligente del interesado se demuestra con la interposición de la acción de forma consecutiva o próxima al suceso que pretende controvertir, con el propósito de que el juez de tutela actúe en forma efectiva; no obstante, previo al estudio del caso concreto, la autoridad judicial puede advertir que la inactividad del demandante se basó en una justa causa y que a pesar del paso del tiempo, la vulneración sigue siendo actual. En este sentido, la jurisprudencia ha reconocido ciertos eventos en que resulta admisible la tardanza en la interposición de la acción de tutela:

“(i) cuando se demuestre que la vulneración es permanente en el tiempo y que, pese a que el hecho que la originó por primera vez es muy antiguo respecto de la presentación del recurso de amparo, la situación desfavorable del actor derivada del irrespeto por sus derechos, continúa y es actual y (ii) cuando la especial situación del sujeto afectado convierte en desproporcionado el hecho de adjudicarle la carga de acudir a un juez; por ejemplo, el estado de indefensión, interdicción, abandono, minoría de edad, incapacidad física, entre otros.

Adicionalmente, la jurisprudencia ha señalado que otra causal de justificación válida que explica la tardanza en la interposición de la acción, es la ocurrencia de un hecho nuevo, y éste, ha sido entendido como una circunstancia fáctica que es jurídicamente relevante, ocurrida entre el momento en que ocurrieron los hechos causantes del daño o de la amenaza de los derechos fundamentales y la interposición de la acción de tutela.”³⁷

5.2.3. Para resolver este primer problema que evidencia la Sala, es pertinente recordar algunos hechos relevantes que sirven para tal fin.

Los actos administrativos fueron proferidos por la CAM entre los años 2001 y 2002, momento en el cual no se interpuso ninguna clase de acción frente a estos. Tiempo después, según el escrito de tutela, comenzaron a presentarse conflictos entre la Comunidad Indígena Paniquita y los demás ciudadanos con quienes comparten el uso de las micro cuencas sobre las cuales se expidió la reglamentación.

En razón a lo anterior, la CAM decidió proferir la Resolución No. 0845 del 8 de abril de 2010, en la cual tomó la medida preventiva de suspender inmediatamente la captación de agua de

la quebrada El Chorro y exhortó a que no se interfiriera en el uso legítimo de los demás usuarios sobre la misma. Posteriormente, mediante Resolución No. 1164 del 24 de mayo de 2011, la entidad ordenó adelantar los estudios para la revisión de las reglamentaciones de los años 2001 y 2002.

5.2.4. A partir de lo anterior, la Sala estima que, en realidad, el requisito de inmediatez sí no resulta relevante a la hora de determinar la procedencia o no de la acción de tutela, puesto que la razón determinante para la interposición de la tutela fue el conflicto por las corrientes de agua, el cual aún continúa y, por tanto, la vulneración sigue siendo actual.

Por ello, al observar la Sala que las inconformidades frente a las resoluciones reglamentarias, tienen origen en el conflicto surgido entre el resguardo indígena y los demás residentes del sector por el aprovechamiento y uso de las quebradas reguló la CAM, considera que son estos hechos evidencian que la vulneración sigue siendo actual. En tal sentido, según se cuenta en el escrito de tutela, cada uno de los beneficiarios optó por manipular los chorros para obtener un mejor provecho, situación que de paso, llevó a la CAM a realizar actuaciones en los años 2010 y 2011, con el fin de resolver los inconvenientes, disponiendo para ello el estudio de las reglamentaciones que datan de los años 2001 y 2002.

Lo fundamental es que con base en el conflicto alrededor de las aguas, fue que se inició la acción constitucional, buscando que la reglamentación de las mismas tuviera mejor provecho para ambas partes, por lo tanto, si bien formalmente se busca la derogatoria de los actos administrativos, la Sala interpreta que lo pretendido está dirigido más hacia la garantía de participar en la toma de decisiones sobre la distribución del agua hacia el Resguardo Indígena Paniquita. En tal sentido, además de la posible vulneración del derecho fundamental a la consulta previa, la Sala debe analizar si dicho grupo étnico cuenta con el suficiente recurso hídrico para satisfacer sus demandas alimenticias. Sobre este último aspecto, la Sala sí considera que se cumple el requisito de inmediatez, pues como ya se indicó, la propia CAM se ha visto en la tarea de resolver los conflictos en torno al agua, profiriendo resoluciones en el 2010 y 2011.

En conclusión, si bien resulta relevante el criterio de inmediatez, la Sala revisará de la acción de la referencia, teniendo en cuenta que se pueden estar desconociendo otras garantías constitucionales al Resguardo Indígena Paniquita, como por ejemplo el derecho al agua y en

consecuencia a una alimentación adecuada, razón por la cual, para la Sala este es el tema que resulta relevante y no la legalidad de los actos administrativos proferidos en los años 2001 y 2002, toda vez que sobre aquellos nunca hubo inconformidad.

5.3. LA REGLAMENTACIÓN DEL USO Y APROVECHAMIENTO DEL AGUA ES UN TEMA QUE AFECTA EN FORMA DIRECTA LOS USOS Y CONSTUMBRES DE LA COMUNIDAD ACCIONANTE.

5.3.1 Tal como quedó manifestado en la sentencia C-882 de 2011³⁸, las decisiones administrativas hacen parte de las medidas que deben ser consultadas a las comunidades indígenas y, en especial, aquellas “que permiten la explotación o el aprovechamiento de recursos naturales ubicados en sus territorios”.

En lo pertinente para el caso concreto, la sentencia C-175 de 2009 indicó que “la determinación de la gravedad de la afectación de la medida legislativa o administrativa deberá analizarse según el significado que para los pueblos indígenas y tribales afectados tengan los bienes o prácticas sociales interferidas. En otras palabras, el mandato de reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural, implica que el análisis del impacto de las medidas se realice a partir de las características específicas de la comunidad y la comprensión que éstas tienen del contenido material de dichas políticas”.

5.3.2. A la luz de los criterios jurisprudenciales anteriormente señalados, la Sala considera que en su momento, con la expedición de las resoluciones número 0383 del 20 de abril de 2001³⁹, 0421 del 9 de mayo de 2002⁴⁰ y 0355 del 22 de abril de 2002⁴¹, la Corporación Autónoma Regional del Alto Magdalena sí desconoció el derecho de consulta previa de la Comunidad del Resguardo Indígena Paniquita. No obstante advertirse tal vulneración, no resultaría coherente ordenar que se realice la consulta sobre dichos actos a la mencionada comunidad, dado que, como se advirtió en el estudio de procedencia, fueron tácitamente aceptados por esta a lo largo de varios años, lo cual no quiere decir que tal vulneración no haya existido, pues a pesar de que frente a esas resoluciones se está en presencia de un daño consumado, cabe recordar que el proceso de consulta se debe hacer independientemente si la medida, en este caso administrativa, resulta perjudicial o beneficiosa para el grupo étnico.

5.3.3. Ahora bien, para esta Sala es claro que dichos actos administrativos afectan en manera directa a los indígenas del Resguardo Paniquita, pues inciden sobre su entorno

territorial y sobre lugares en los cuales realizan prácticas culturales, agrícolas y alimenticias, razón por la cual, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional debió haberse surtido un proceso de consulta en el cual se hubiera establecido formalmente el impacto que sobre ellos podía derivarse de las resoluciones que reglamentaron el uso de las quebradas, teniendo en cuenta sus usos y costumbres alimenticias y agrícolas, actividades que no pueden ser desarrolladas sin el adecuado suministro de agua.

A pesar de que para aquel momento el proceso de consulta no fue llevado a cabo, ahora existe una nueva oportunidad para hacerlo, en la cual la comunidad podrá intervenir en la adopción de las medidas que puedan recaer sobre ellos directamente.

Teniendo en cuenta que la CAM ordenó, en el año 2011, que se revisaran las reglamentaciones proferidas en el 2001 y 2002, la Sala considera que es en esta oportunidad que la entidad accionada debe consultar a la población indígena de los Dujos Tamas-Páez agrupados en el Resguardo Paniquita, ya que las nuevas medidas que lleguen a adoptarse pueden afectar directamente los usos y costumbres de la comunidad, pues tal como lo ha señalado la jurisprudencia, la finalidad de dicho proceso es “proporcionar la integridad étnica, social, económica y cultural de las comunidades indígenas y para asegurar por ende su subsistencia como grupo social”⁴².

5.3.4. Así las cosas, ya que actualmente no resulta posible llevar a cabo una consulta respecto de las resoluciones que reglamentan el uso y aprovechamiento de los afluentes hídricos dentro del territorio del resguardo, debido a que han pasado casi diez años desde la expedición de estos y para dicha época la comunidad indígena no manifestó ninguna inconformidad, la Sala es de la opinión que esto no impide un pronunciamiento de fondo dirigido a la protección de los derechos del grupo étnico accionante, toda vez que como quedó en evidencia, ellos son susceptibles de nuevas medidas administrativas que puedan ser tomadas por la CAM.

5.4.1. La Sala considera que el proceso de consulta previa debe ser llevado a cabo para permitir que la comunidad del Resguardo Indígena Paniquita participe en las nuevas decisiones que se tomen respecto al aprovechamiento y uso de las quebradas que atraviesan su territorio.

5.4.2. Como bien lo ha sostenido la jurisprudencia constitucional, el agua es un elemento

vital para la supervivencia del ser humano, existiendo casos en donde se ha protegido como derecho fundamental cuando se trata del consumo humano.

A diferencia de esto, en el presente caso, el agua como recurso natural renovable se constituye como fundamental para la subsistencia del pueblo indígena accionante y para la garantía de otros derechos como el de la alimentación, pues tal líquido constituye un medio significativo para llevar a cabo prácticas agrícolas que sustentan el autoabastecimiento de la comunidad.

Es preciso recordar en este punto, que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, en su Observación General No. 15, reconoció de manera explícita el acceso al agua como un derecho humano fundamental, el cual es indispensable para llevar una vida digna, y que éste es un prerrequisito para la realización de otros derechos humanos. Además, el Comité reconoce la importancia del agua para los pueblos indígenas, como un factor natural determinante en la formulación de sus modelos productivos, teniendo en cuenta la forma en que deciden aprovecharla en beneficio propio.

En este orden de ideas, la Sala considera que el agua, como recurso natural indispensable para materializar el derecho a una alimentación adecuada, debe ser garantizada en las cantidades necesarias para que la Comunidad Indígena del Resguardo Paniquita pueda seguir llevando a cabo sus actividades agrícolas alimentarias.

En definitiva, de todo el material probatorio recaudado en sede de revisión, la Sala observa que, en efecto, los chorros de agua que fueron reglamentados por la CAM, atraviesan parte del territorio del Resguardo Indígena Paniquita, y que estas fuentes hídricas son utilizadas mayormente para realizar actividades agrícolas y de pastoreo, siendo ellas fundamentales para su autoabastecimiento económico y alimenticio. Por tal razón, se reitera que cualquier medida que pueda tomar la CAM sobre este recurso natural, debe ser consultada a la comunidad accionante, en tanto afectaría directamente su integridad étnica, social y cultural. Esto no quiere decir que sea la comunidad quien decida cómo debe llevarse a cabo dicha regulación, ni la forma en cómo deben distribuirse las corrientes para un mejor aprovechamiento, sino que, como ya se indicó, es necesario contar con su participación en aras de garantizar la protección que como pueblo indígena les concierne, según lo contenido en la Observación 169 de la OIT, la Constitución Política y la jurisprudencia.

5.6. MEDIDAS A ADOPTAR

5.6.1. Con base en las consideraciones anteriores, la Sala revocará las sentencias proferidas por el Juzgado 3 Civil del Circuito de Neiva y la Sala Civil-Familia-Laboral del Tribunal Superior de Neiva, en primera y segunda instancia correspondientemente. En su lugar, se tutelaré el derecho fundamental a la consulta previa y al agua del Resguardo Indígena Paniquita, comunidad de los Dujos-Tamaz Páez.

Por tanto, se ordenará al grupo de Asuntos Indígenas y Consulta Previa del Ministerio del Interior y a la Corporación Autónoma Regional del Alto Magdalena, que en el término de tres (3) meses contados a partir de la notificación de la presente providencia, realicen una consulta a las autoridades de la comunidad Dujos Tamaz-Paez, con el fin de expedir una nueva regulación sobre las concesiones de agua en relación con las quebradas que son de su uso y aprovechamiento y que irrigan parte del Resguardo Indígena Paniquita, con el fin de garantizar su supervivencia física, cultural, social y económica.

El proceso que se adelante con la comunidad indígena Dujos Tamaz- Paez deberá atender las siguientes directrices:

- (i) Presentar fórmulas de concertación o acuerdo con la comunidad en las que se tenga en cuenta las manifestaciones sobre la conformidad o inconformidad con los criterios en que se fundan la distribución de las quebradas y las observaciones relacionadas con la afectación de su identidad étnica, cultural, social y económica.
- (ii) El proceso deberá regirse por el respeto mutuo y la buena fe entre las comunidades y las autoridades públicas. Para el efecto, la comunidad deberá contar con información suficiente y oportuna, creando así un ambiente de confianza y claridad en el proceso.
- (iii) Finalmente, se debe llegar a compromisos idóneos para mitigar, corregir o restaurar los impactos agrícolas que llegaron a generarse en detrimento de la comunidad o de sus miembros, teniendo en cuenta las resoluciones que reglamentaron el aprovechamiento y uso de las corrientes hídricas en los años 2001 y 2002.

El proceso estará dirigido por el Ministerio del Interior, entidad que, además, una vez finalizadas las reuniones y mesas de trabajo, deberá verificar el cumplimiento del acuerdo en los términos pactados, en conjunto con el juez de primera instancia, en los términos del Decreto 2591 de 1991, y remitir sendos informes a esta Corporación.

La Sala también considera necesario exhortar a la Procuraduría General de la Nación, para que en ejercicio de sus competencias constitucionales, ejerza la vigilancia administrativa que le compete, respecto de los hechos que dieron lugar a este fallo y del cumplimiento de las órdenes que se darán a la entidad accionada.

3. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional, en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE

PRIMERO.- LEVANTAR la suspensión de términos decretada en el presente proceso.

SEGUNDO.- REVOCAR los fallos proferidos por el Juzgado 3 Civil del Circuito de Bogotá y la Sala Civil-Familia-Laboral del Tribunal Superior de Neiva, en primera y segunda instancia respectivamente, dentro de la acción de tutela promovida por el Resguardo Indígena Paniquita contra la Corporación Autónoma del Alto Magdalena. En su lugar, CONCEDER el amparo de los derechos fundamentales al agua, a la alimentación y a la consulta previa. En este último caso, únicamente en relación con las decisiones futuras.

TERCERO.- ORDENAR al grupo de Asuntos Indígenas y Consulta Previa del Ministerio del Interior y a la Corporación Autónoma del Alto Magdalena, que adelante un proceso de consulta con las autoridades de la comunidad indígena de los Dujos Tamás-Páez, asentada en el Resguardo Paniquita, mediante un procedimiento apropiado, previamente consultado con dichas autoridades, en orden a establecer la afectación de la reglamentación de las quebradas que atraviesan su territorio. Este proceso deberá completarse en un periodo de tres (3) meses contados a partir de la notificación de esta providencia. Dentro del término de la consulta el Ministerio del Interior deberá proferir una resolución en la que se consignen los resultados de la misma.

De la anterior actuación se informará al Juzgado 3 Civil del Circuito de Neiva, para que en el término de diez (10) días evalúe el proceso de consulta adelantado e informe a este Despacho sobre el resultado de la misma.

CUARTO.- SOLICITAR a la Defensoría del Pueblo y a la Procuraduría General de la Nación que brinden su apoyo y acompañamiento al proceso de consulta dispuesto en esta providencia y que vigilen el pleno cumplimiento del presente fallo, con el fin de garantizar de manera efectiva los derechos aquí protegidos. Para el anterior efecto, por la Secretaría General de esta Corporación ofíciase a las entidades referenciadas.

QUINTO.- LÍBRESE, por la Secretaría General de esta Corporación, la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Cópiese, notifíquese, comuníquese y cúmplase.

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

Magistrado

ALEXEI EGOR JULIO ESTRADA

Magistrado

LUIS ERNESTO VARGAS SILVA

Magistrado

Secretaria General

1 De acuerdo al escrito, dicho acto distribuyó la corriente La Medina así: “Según el cuadro de reparto a la comunidad indígena de Paniquita se otorgó de la Quebrada La Medina una concesión de 9.03 L/seg en época de Verano y de 12.03 L/seg en época de invierno (que equivalen en promedio al 23.62% del caudal total de reparto del afluente) para los siguientes

usos: Cultivos varios: 9 Has, en verano y 12 Has Invierno y para los lagos de 80 Mts 2”.

2 En cuanto a esta resolución, las corrientes El Jagual y Zanja Verde fueron distribuida de la siguiente forma: “(...) a la comunidad indígena de otorgó un caudal de 1.95 L/seg en época de invierno y 0.6 L/seg en época de verano (que equivalen en promedio al 8.89% del caudal total de reparto del afluente) para tres hectáreas de otros cultivos. De la quebrada Zanja verde se otorgo (sic) a la misma comunidad un caudal de 10.6 L/seg en época de invierno y 8.46 L/seg en época de verano para el riego de 11 hectáreas de pastos y 4 hectáreas para otros cultivos. (Que equivalen al 45.89% del caudal total de reparto de zanja verde)”

3 Litros por segundo.

4 Sentencia T-704 de 2006 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

5 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

6 Sentencia C-063 de 2010, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

7 Sentencia C-030 de 2008, M.P. Rodrigo Escobar Gil

8 Ibíd.

9 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

10 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

11 M.P. Antonio Barrera Carbonell.

13 Ver sentencia T-129 de 2011, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

14 Sentencia T-769 de 2009, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

15 Ibídem.

16 M.P. Luís Ernesto Vargas Silva.

17 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

18 M.P. Antonio Barrera Carbonell.

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

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

20 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

21 Ver sentencia C-461 de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

22 Ver sentencia C-175 de 2009, M.P. Luís Ernesto Vargas Silva.

23 En concreto, las sentencias C-030 de 2008, C-175 de 2009 y C-366 de 2011.

24 Sentencia C-030 de 2008, M.P. Rodrigo Escobar Gil.

25 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

26 Principalmente se ha referido a casos de agua potable para el consumo humano cuando esta ha sido suspendida por parte de la empresa de servicios públicos. Al respecto pueden consultarse las sentencia T-270 de 2007, M.P. Jaime Araújo Rentería; T-717 de 2010 y T-279 de 2011 M.P. María Victoria Calle Correa.

27 Art. 366 Constitución Política.

28 “El abastecimiento de agua de cada persona debe ser continuo y suficiente para los usos personales y domésticos. Esos usos comprenden normalmente el consumo, el saneamiento,

la colada, la preparación de alimentos y la higiene personal y doméstica”

29 “El agua necesaria para cada uso personal o doméstico debe ser salubre, y por lo tanto, no ha de contener microorganismos o sustancias químicas o radiactivas que puedan constituir una amenaza para la salud de las personas. Además, el agua debería tener un color, un olor y un sabor aceptables para cada uso personal o doméstico”.

30 “El agua y las instalaciones y servicios de agua deben ser accesibles a todos, sin discriminación alguna, dentro de la jurisdicción del Estado Parte”.

31 “Por la cual se reglamenta el uso y aprovechamiento de las aguas que discurre en jurisdicción del municipio de Rivera”

32 “Por la cual se revisa la reglamentación de uso y aprovechamiento de las aguas de la corriente La Medina, nacimiento El Barato y quebrada El Oso en el municipio de Rivera, Departamento del Huila.”

33 “Por la cual se reglamenta el uso y aprovechamiento de las aguas de las quebradas El Jagual, nacimiento Zanja Verde y nacimiento la Chuquia”.

34 Sentencia C-546 de 1992, M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

35 Sentencia T-797 de 2002, M.P. Jaime Córdoba Triviño.

36 En este punto, la Corte ha reiterado que, de una parte, “... el requisito de la inmediatez no implica la imposición de un plazo inflexible y que el juicio sobre la oportunidad en la interposición de la acción debe hacerse en concreto, a la luz de las circunstancias de cada caso”, y de otra, “...pueden existir razones que expliquen la demora en acudir al amparo, caso en el cual no cabe acudir al principio de inmediatez para declarar la improcedencia de la tutela”. (Sentencia T-055 de 2008).

37 Sentencia SU-339 de 2011, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.

38 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

39 “Por la cual se reglamenta el uso y aprovechamiento de las aguas que discurre en jurisdicción del municipio de Rivera”

40 “Por la cual se revisa la reglamentación de uso y aprovechamiento de las aguas de la corriente La Medina, nacimiento El Barato y quebrada El Oso en el municipio de Rivera, Departamento del Huila.”

41 “Por la cual se reglamenta el uso y aprovechamiento de las aguas de las quebradas El Jagual, nacimiento Zanja Verde y nacimiento la Chuquia”.

42 Sentencia SU-039 de 1997, M.P. Antonio Barrera Carbonell.