

Sentencia T-387/13

DERECHO A LA PROPIEDAD COLECTIVA DE GRUPOS ETNICOS SOBRE TERRITORIOS-
Fundamental

TERRITORIOS INDIGENAS-Inembargables, inalienables e imprescriptibles según Convenio
169 de la OIT/RESGUARDO INDIGENA-Características

DERECHO DE AUTORECONOCIMIENTO DE COMUNIDAD INDIGENA-Convenio 169 de la
Organización Internacional del Trabajo, OIT

El territorio de los pueblos indígenas y tribales tiene una protección reforzada en el Convenio 169, al cual le dedica un Capítulo. Al respecto, establece que los Estados partes se encuentran especialmente obligados a respetar el carácter colectivo de los territorios de estos pueblos (art. 13). Así como el lugar “especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras”. El Convenio 169 también reconoce la especial relación que hay entre la pervivencia de los pueblos indígenas y tribales y su territorio, al establecer que se deberá garantizar “la asignación de tierras adicionales a dichos pueblos cuando las tierras de que dispongan sean insuficientes para garantizarles los elementos de una existencia normal o para hacer frente a su posible crecimiento numérico” (art. 19 a.). Y consagra el derecho de los pueblos a decidir el proceso de desarrollo que afecte a las tierras que ocupan (art. 7.1). También establece que la protección de la propiedad no se limita a las tierras habitadas por los pueblos ya que en los casos apropiados “deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia” (art. 14). En suma, el Convenio 169 contempla una especial preocupación por proteger los territorios indígenas, los cuales se encuentran relacionados muy especialmente con su pervivencia colectiva y con su cosmovisión. Para tal fin, el Convenio establece: (i) la obligación del Estado de proteger el territorio colectivo contra actos de terceros, (ii) el deber de consultar las medidas que afecten su territorio; (iii) y que su propiedad debe comprender bajo ciertas circunstancias un territorio mucho más amplio del que habitan.

DECLARACION DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE DERECHOS DE PUEBLOS INDIGENAS-
Fuente de derecho o de obligaciones concretas para el Estado, respecto a la protección del
derecho a la propiedad colectiva

La Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas es un instrumento que es
directamente aplicable por esta Corte. Este instrumento internacional consagra estándares
de respeto y protección reforzada del derecho a la propiedad colectiva de los pueblos
indígenas, el cual también es necesario para garantizar el derecho a la integridad cultural
de estos pueblos.

DERECHO A LA PROPIEDAD COLECTIVA DE GRUPOS ETNICOS SOBRE TERRITORIOS-
Subreglas

El derecho fundamental a la propiedad colectiva de los pueblos indígenas comprende: (i) el
derecho a constituir resguardos; (ii) la protección contra actos de terceros; (iii) según los
precedentes este derecho es además un medio para garantizar la integridad étnica y la
supervivencia de los pueblos indígenas.

PROPIEDAD COLECTIVA DE PUEBLOS INDIGENAS-Derecho a constituir resguardos

El derecho fundamental a la propiedad colectiva implica el derecho a constituir resguardos
en el territorio habitado por los pueblos indígenas. No obstante, esta manera de entender el
derecho fundamental al territorio como el lugar donde se encuentran asentados los
indígenas sería superado con posterioridad por la jurisprudencia de esta Corporación para
referirse a la noción de ancestralidad que ha sido desarrollado por la Corte Interamericana
de Derechos Humanos.

PROPIEDAD COLECTIVA DE PUEBLOS INDIGENAS-Protección internacional frente a derechos
de terceros/PROPIEDAD COLECTIVA DE PUEBLOS INDIGENAS-CIDH sistematizó algunos
criterios que se deben tener en cuenta cuando existen conflictos de la propiedad con
terceros

De conformidad con los precedentes de la Corte Interamericana, y según la interpretación
autorizada de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y el Comité para la
Eliminación de la Discriminación Racial: (i) no es necesaria la posesión para que los pueblos

indígenas reclamen la delimitación y protección de su territorio; (ii) los pueblos indígenas tienen derecho a la restitución de sus territorios una vez han pasado a manos de terceros; (iii) el derecho a la restitución subsiste hasta que permanezca el vínculo que los une con su territorio y/o hasta que desaparezcan los obstáculos de hecho como la violencia que les han impedido usar sus territorios; (iv) es necesario considerar si con la limitación del derecho a la propiedad, se afectan otro tipo de derechos. De acuerdo con los estándares de la Corte Interamericana para establecer si una limitación del derecho a la propiedad se encuentra conforme con la Convención Americana es necesario que reúna los requisitos de legalidad, necesidad y proporcionalidad y el logro de un objetivo legítimo en una sociedad democrática.

PROPIEDAD COLECTIVA DE PUEBLOS INDIGENAS-Deber del Estado de protegerlos contra actos de terceros

Los pueblos indígenas tienen un derecho fundamental a la propiedad colectiva, debido a que su integridad como pueblo se encuentra directamente relacionada con su permanencia en su territorio. En desarrollo de esta obligación la Corte ha protegido el derecho a la propiedad colectiva de los pueblos indígenas y de las comunidades afrodescendientes contra actos de terceros y ha encontrado omisiones de las autoridades públicas encargadas de garantizar estos derechos. Para garantizar este derecho contra actos de terceros ha ordenado: (i) un plan de salvaguarda respecto de aquellas etnias que se encuentran en riesgo que tiene un componente para garantizar un integridad étnica y otro para garantizar su territorio; (ii) establecer mecanismos para la restitución de las comunidades afrodescendientes que se hubiesen realizado, sin los requisitos previstos en la Ley 70 de 1993; (iii) congelar las transacciones sobre un territorio colectivo por los riesgos de explotación económica.

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

ACCION DE TUTELA PARA PROTEGER DERECHO A LA PROPIEDAD COLECTIVA DE PUEBLOS INDIGENAS-Procedencia ante medio de defensa judicial ineficaz

DERECHOS DE COMUNIDAD INDIGENA Y PRINCIPIO DE INMEDIATEZ-Vulneración de derecho al debido proceso y a la identidad cultural persiste en el tiempo

DERECHO A LA SUPERVIVENCIA DE PUEBLO INDIGENA-Situación actual del Pueblo Kofán en vía de extinción por ausencia de territorio

PRINCIPIO DE EFECTIVIDAD DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES-Deber del Estado de adoptar medidas para garantizar derecho a la propiedad colectiva de pueblos indígenas

DERECHO A LA SUPERVIVENCIA, A LA IDENTIDAD E INTEGRIDAD ETNICA Y CULTURAL Y A LA PROPIEDAD COLECTIVA DE PUEBLO INDIGENA-Ordenes para evitar desaparición del pueblo Kofán por ocupación de reserva indígena por parte de colonos

DERECHO A LA SUPERVIVENCIA, A LA IDENTIDAD E INTEGRIDAD ETNICA Y CULTURAL Y A LA PROPIEDAD COLECTIVA DE PUEBLO INDIGENA-Orden a Incoder inicie proceso administrativo previsto en el Decreto 2164 de 1995, con la participación del pueblo indígena Kofán y de los colonos que se encuentran en la reserva indígena

Referencia: expediente T-3623447

Acción de tutela instaurada por las Autoridades Tradicionales y otros miembros del resguardo Indígena Santa Rosa del Guamuez contra el Instituto Colombiano para el Desarrollo Rural -INCODER-.

Magistrada Ponente:

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Bogotá, D.C., veintiocho (28) de junio de dos mil trece (2013).

La Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados María Victoria Calle Correa, Mauricio González Cuervo y Luis Guillermo Guerrero Pérez, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales y previo el cumplimiento de los requisitos y trámites legales y reglamentarios, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión de las sentencias proferidas, en primera instancia, por el Juzgado Veinticuatro Civil del Circuito de Bogotá el 17 de mayo de 2012, y en segunda instancia, por la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá el 6 de agosto de 2012, dentro del trámite de la

referencia.[1]

I. ANTECEDENTES

Las Autoridades Tradicionales y otros miembros del resguardo Indígena Santa Rosa del Guamuez interpusieron acción de tutela contra el Instituto Colombiano para el Desarrollo Rural -INCODER-. En su criterio, esta ha venido violando el derecho fundamental a la propiedad colectiva del Pueblo Indígena Kofan, puesto que no ha convertido en Resguardo indígena toda la reserva indígena que había sido creada a su favor, ni tampoco la ha saneado ni ha impedido la invasión por parte de colonos desde cuando se constituyó la mencionada reserva. Los hechos del caso son en síntesis los siguientes:

1. Hechos

1.1. Dicen los demandantes que el INCORA -hoy INCODER- en 1966 sustrajo de una reserva forestal establecida en la Ley 2 de 1959 “Por el cual se dictan normas sobre economía forestal de la Nación y conservación de recursos naturales renovables” un sector de la entonces intendencia del Putumayo, con el fin de autorizar que en esa zona se creara una reserva indígena (Resolución No. 128 de 1966). Luego de eso, en 1968, el mismo INCORA autorizó a la Gerencia General de ese Instituto para que dentro de esa área sustraída constituyera las reservas indígenas necesarias para las comunidades indígenas de la región, y añadía: “en dichas zonas no se permitirá la ocupación ni la consiguiente adjudicación a personas distintas a las aborígenes” (Resolución No. 168 de 1968, art. 3º). Con fundamento en estas resoluciones, el INCORA expidió la Resolución 1981 de 1973, por medio de la cual creó la Reserva Indígena de Santa Rosa del Guamuez con una extensión de 3750 hectáreas, con la que pretendía asegurar el uso y goce exclusivos de la tierra por parte de los indígenas Kofanes y de otros grupos o subgrupos étnicos que la habitan. La parte considerativa de esta última Resolución, refería así las razones por las cuales resultaba importante crear la Reserva Indígena:

“[...] La legalización de la ocupación que actualmente hacen los indígenas sobre el área de Santa Rosa del Guamuez es importante: de una parte porque el incremento creciente de la colonización ofrece aún a los indígenas usuarios de la zona el peligro de ser desplazados, si no cuentan con un respaldo legal claro y suficiente para defender su hábitat; de otra parte, porque es importante que, con la seguridad del poder sobre la tierra, los indígenas puedan

planear y cumplir un más eficaz y racional aprovechamiento de la tierra y sus recursos, dentro de una modalidad de tenencia como la de reserva que ofrece el grado de autonomía necesario a las características propias de su respectiva cultura”.

Asimismo, en el texto de esa Resolución el INCORA prohibió que en la Reserva Indígena se establecieran colonos y en general personas diferentes a los indígenas que hacían entonces uso de ellas. Parte de la Reserva Indígena así constituida obtuvo el carácter legal de un Resguardo Indígena mediante la Resolución 009 del 13 de mayo de 1998. Esta Resolución dice expresamente que un estudio previo, realizado sobre la Reserva Indígena, había mostrado que:

“[...] la reserva KOFAN de Santa Rosa del Guamuez presenta ocupación de 338 colonos en un área de 2995 hectáreas de la reserva, mientras que la comunidad indígena posee dos globos de terreno que suman 756 hectáreas 5500 metros cuadrados”.

Adicionalmente, la misma Resolución reconoce que el estudio recomendó constituir el resguardo únicamente sobre las tierras que la comunidad a la sazón poseía; es decir, sobre 756 hectáreas 5500 metros cuadrados. Y al mismo tiempo señala que esta área ocupada para entonces por los pueblos indígenas equivalía al “20.13%” del total de la reserva. “Los colonos”, agregaba, “ocupan 2995 hectáreas aproximadamente, equivalentes al 79.87% del total del área de la reserva”. Aparte, de estos datos, el INCORA mencionó un censo de colonos que había efectuado en 1997, cuyos resultados describió así:

“Existe un total de 338 colonos, distribuidos así, según vereda: Bellavista 29; Concordia 132; La Raya 82, la Unión 7, Santa Rosa 5, La Primavera 37 y Villa Duarte 46. Dentro de los dos sectores que poseen los integrantes de la comunidad, los cuales son objeto de conversión a resguardo, queda en calidad de colono el señor Jorge Reyes, quien posee una mejora de 2 hectáreas al interior del globo Santa Rosa”.

1.2. Con fundamento en estos hechos, y con base en que a su juicio no se le ha dado el carácter de resguardo al resto de la reserva indígena, el cual a su vez ha experimentado un incremento en la colonización por parte de personas no indígenas en la región, los tutelantes argumentan que el INCODER les ha violado su derecho fundamental a la propiedad colectiva sobre la tierra, que en su opinión está protegido por el artículo 63 de la Carta. Este cargo lo edifican sobre la base de que el INCODER ha incumplido parcialmente

con su obligación de convertir la reserva indígena en resguardo, y ha dejado por completo de cumplir con el deber de sanear los territorios legal y constitucionalmente destinados a la ocupación exclusiva de los pueblos indígenas.

2. Respuesta de la entidad accionada

El Instituto Colombiano de Desarrollo Rural -INCODER- presentó un informe en el que solicita negar las pretensiones de la acción de tutela porque considera que no está vulnerando los derechos fundamentales del pueblo indígena accionante. La entidad afirma que para tener acceso a los programas de constitución, ampliación o saneamiento de resguardos indígenas, “es necesario ceñirse a los procedimientos establecidos por las leyes y a las alternativas que posibilitan la adquisición de predios en su favor”. [2]

Por otra parte, describe el procedimiento legal que se debe adelantar para expedir actos administrativos de constitución, ampliación, saneamiento o reestructuración de resguardos indígenas. Dentro de dicho procedimiento, resalta la elaboración de un “estudio socioeconómico, jurídico y de tenencia y funcionalidad étnica y cultural de las tierras de las comunidades”, el cual debe cumplir con el principio de publicidad mediante fijación de edictos, y debe ser comunicado a la comunidad y al Procurador Agrario, procedimientos que no se han adelantado por el pueblo indígena Kofán. Asimismo, resalta que estos procesos deben ser concertados y priorizados por la Comisión Nacional de Territorios Indígenas, obligación que tampoco se ha cumplido respecto del pueblo indígena accionante.

Finalmente, manifiesta que la Subgerente de Promoción, Seguimiento y Asuntos Étnicos del INCODER programó una visita para “buscar una concertación con la comunidad indígena Kofán del Resguardo referido, cuyo propósito principal será [...] determinar quiénes son los ocupantes que habitan actualmente el Resguardo y levantar un acta para luego someter el caso a la decisión de la Comisión Nacional de Territorios Indígenas (CNT), quien tiene por competencia definir si prioriza o no el proceso de saneamiento del Resguardo y proceder, si es del caso, adelantar los trámites legales y las actuaciones procedimentales antes referidas”. [3]

3. Intervención en el trámite de primera instancia

Mediante comunicación radicada ante el juez de primera instancia, la Clínica Jurídica de la

Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana presentó un amicus curiae apoyando las pretensiones de los actores. Afirma que ha venido apoyando a los Kofanes en la reclamación de los derechos sobre sus territorios tradicionales, y considera necesario que la jurisdicción constitucional proteja el derecho a la propiedad colectiva de ese pueblo indígena, porque: i) existe una violación sistemática del derecho al territorio de las comunidades indígenas y afrocolombianas; ii) la vulneración al derecho sobre el territorio del Resguardo Indígena Kofan es “muy grave”; iii) la pérdida de territorio puede causar perjuicios irremediables a la integridad de ese pueblo, que ya fue declarado en vía de extinción por la Corte Constitucional en el Auto 004 de 2009; y iv) la vulneración del derecho a la propiedad colectiva pone en riesgo a ese pueblo indígena de ser desplazado por la violencia.

Respecto del derecho a la propiedad colectiva, la entidad afirma que está reconocido en el artículo 63 de la Constitución Política y en diversos instrumentos internacionales, entre los que resalta la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, “en el que se reconoce expresamente el derecho de las personas indígenas a no sufrir asimilación forzada o la destrucción de su cultura por actos que tengan por objeto enajenarles sus tierras o territorios”. [4]

Asimismo, con base en jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, manifiesta que el derecho a la propiedad colectiva es fundamental para los pueblos indígenas, por su particular relación con el territorio, y porque de su garantía depende la protección de otros derechos de esos sujetos colectivos como la integridad física, económica y cultural. Adicionalmente, considera que en Colombia esa protección debe ser reforzada por la situación de vulnerabilidad de estas comunidades en el marco del conflicto armado, que los pone en riesgo de sufrir desplazamiento forzado.

Por otra parte, sostiene que la tutela es el mecanismo idóneo y eficaz para proteger el derecho a la propiedad colectiva de los indígenas Kofan, porque considera que estos no cuentan con otro mecanismo judicial para la protección de su derecho, ya que el procedimiento existente es de naturaleza administrativa, ha sido ejercido por el pueblo actor, pero la respuesta estatal ha sido nula. Esta afirmación parte de que el INCORA y el INCODER, luego de 39 años, contados desde el momento en que se creó la Reserva

Indígena de Santa Rosa del Guamuez, no ha saneado las tierras que sólo pueden ser adjudicadas a los indígenas Kofan y, por el contrario, ha permitido que diversos actores realicen intervenciones en ese territorio, lo cual pone en riesgo la integridad de ese pueblo indígena.

Respecto del procedimiento administrativo para la titulación de tierras indígenas, la entidad interviniente afirma que ese mecanismo es inefectivo porque el programa no tiene presupuesto suficiente para suplir la demanda de territorio de los pueblos indígenas, y el papel de la Comisión Nacional de Territorios Indígenas es criticado, entre otras razones, porque pone a competir a los pueblos indígenas por los pocos recursos que el Estado le asigna a ese programa. De lo anterior, concluye que la creación de esa Comisión constituye una decisión estatal regresiva.

En el mismo sentido, considera que someter las pretensiones de los indígenas Kofan al trámite administrativo ante la Comisión Nacional de Territorios Indígenas, sólo logra “suspender indefinidamente el respeto por los derechos fundamentales con excusas presupuestales o de trámites ante la mencionada Comisión”,^[6] lo cual implica una vulneración al concepto de plazo razonable desarrollado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Finalmente, la Clínica Jurídica de la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Javeriana recomienda que: i) se ordene el saneamiento de la Reserva Indígena Santa Rosa del Guamuez; ii) se ordene la suspensión inmediata de cualquier proyecto estatal o particular, que ponga en peligro, o vulnere el derecho a la propiedad colectiva de los indígenas Kofan; iii) tutele de manera definitiva los derechos de los actores a la propiedad colectiva, a la integridad étnica y cultural, a la participación y a la autodeterminación; iv) Para proyectos que se pretendan hacer en los límites de la reserva, que se ordene la consulta previa y que se realicen estudios serios de impacto ambiental, social, cultural y económicos.

4. Sentencia de primera instancia

El 17 de mayo de 2012, se negó la acción de tutela porque no se habían agotado los trámites previstos en el Decreto 2164 de 1995. Con posterioridad, la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá, el 8 de junio de 2012, declaró la nulidad del proceso porque no se vinculó a la

Alcaldía del Valle del Guamuez y al Gobernador del Cabildo Indígena de Santa Rosa del Guamuez. Estas autoridades fueron vinculadas, por el juez de primera instancia a través de un auto del 22 de junio de 2012.

El Juzgado Veinticuatro Civil del Circuito de Bogotá mediante sentencia del cinco de julio de 2012 negó la protección de los derechos de los actores, porque en el expediente no se acreditó el agotamiento previo de los trámites establecidos en el Decreto 2164 de 1995 “Por el cual se reglamenta parcialmente el Capítulo XIV de la Ley 160 de 1994 en lo relacionado con la dotación y titulación de tierras a las comunidades indígenas para la constitución, restructuración, ampliación y saneamiento de los Resguardos Indígenas en el territorio nacional” ante el INCODER. Por esta razón, consideró que no existían suficientes elementos de juicio para concluir que la entidad accionada está vulnerando los derechos fundamentales de los actores. Adicionalmente, tampoco encontró que se configurara un perjuicio irremediable, ni que se cumpliera con el requisito de la inmediatez, toda vez que al momento de la interposición de la acción de tutela, habían transcurrido más de catorce (14) años desde la creación del Resguardo Indígena en 1998, y no se justificó la inactividad durante un lapso tan prolongado.

5. Impugnación

Los actores, actuando por medio de apoderado, impugnaron el fallo de primera instancia porque consideran que la acción de tutela es su único medio de defensa judicial efectivo para la protección de su derecho a la propiedad colectiva. Asimismo, manifiestan que la existencia de trámites administrativos para la defensa de los derechos cuya protección se solicita no afecta la procedencia de la acción de tutela. Por otra parte, consideran que los 14 años transcurridos desde la creación del Resguardo Indígena no deben ser tenidos en cuenta como un lapso de inactividad, sino como el tiempo transcurrido sin que el Estado les haya brindado una protección efectiva a sus derechos. Respecto del perjuicio irremediable, los actores manifestaron que el hecho de que pertenezcan a un pueblo en vía de extinción constituye un perjuicio irremediable suficiente para concluir que la acción de tutela objeto de estudio es procedente.

6. Sentencia de segunda instancia

Mediante sentencia del 6 de agosto de 2012, la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito

Judicial de Bogotá confirmó la decisión impugnada, porque consideró que la entidad accionada no se ha negado a darle curso a la solicitud de los actores. Adicionalmente, consideró que el juez de tutela no puede ordenar al INCODER que acepte la pretensión de los actores, sin que se haya agotado previamente los trámites administrativos para el saneamiento de resguardos indígenas, previstos en la Ley 160 de 1994 y en las demás normas aplicables. Por lo anterior, el juez de instancia concluyó que los actores deben someterse al trámite administrativo por el cual se rige su pretensión, ya que con él se garantiza el derecho a la igualdad de otros pueblos indígenas que han formulado pretensiones similares a la de los actores.

7. Actuaciones en sede de revisión

Así mismo, se ordenó al Instituto Colombiano de Desarrollo Rural -INCODER- que informara a la Sala de Revisión:

- i) ¿Por qué no ha convertido toda el área de la reserva indígena de Santa Rosa del Guamuez (3750 hectáreas) en resguardo indígena?
- ii) ¿Qué ha hecho para garantizar que la Reserva Indígena de Santa Rosa del Guamuez, y el resguardo indígena de los Kofanes, esté libre de ocupaciones por parte de colonos (no indígenas)?

7.2. El Instituto Colombiano de Antropología e Historia - ICANH- presentó un informe sobre la situación del Resguardo Indígena Santa Rosa del Guamuez, en el que conceptuó:

"[...] la comunidad de Santa Rosa del Guamuez aceptó en 1998 la titulación del resguardo en un momento en el que la ocupación de las tierras de la reserva indígena originalmente constituida en su nombre, en 1973, ya había sido ocupada en un 70% por campesinos colonos. Este simple hecho desvirtúa la posibilidad de demandar al INCODER por negligencia para proceder a sanear los territorios indígenas.

Si los indígenas de este resguardo están interesados en la ampliación del mismo, deberán presentar su solicitud al Consejo Nacional de Tierras, pero no está demás aclarar que, en las circunstancias actuales, su solicitud se enfrenta a la disponibilidad de tierras en posibilidad de ser negociadas."

Adicionalmente, informó que en la región del Putumayo se presenta un enfrentamiento entre campesinos e indígenas por el acceso “al recurso básico de la tierra”, situación que a su vez se encuentra influenciada por procesos políticos y económicos como “la exploración petrolera, la colonización agraria o la guerra de actores armados que despoja a los habitantes rurales de sus tierras.”[7] Con el fin de ilustrar la situación descrita, aportó copia del artículo denominado “Movilidad espacial e identitaria en Putumayo, escrito por la antropóloga Margarita Chaves, investigadora del ICANH”, en el que, según lo afirma la entidad, se analiza el significado para los indígenas de la creación de resguardos de “dimensiones ínfimas e inadecuadas como el que detenta la comunidad de Santa Rosa del Guamuez”. [8]

7.3. Por su parte, en el informe presentado por la Defensora Delegada para Indígenas y Minorías Étnicas (E) de la Defensoría del Pueblo, se afirma que durante los años 2003 y 2004 esa entidad ejecutó un proceso denominado “Acompañamiento para fortalecer la autonomía y ejercicio de los derechos humanos, colectivos e integrales de la población indígena de los departamentos de Arauca, Casanare, Caquetá, Tolima y Putumayo”, y que para el departamento del Putumayo se publicó el texto “Situación de los derechos fundamentales, colectivos e integrales de los pueblos indígenas del departamento del Putumayo 2003-2004”, documento en el que se llegó a la conclusión de que “[e]l pueblo Kofán está considerado como un pueblo en vías de extinción”. [9]

Dentro del estudio mencionado, la entidad accionada resalta:

“[...] en algunas comunidades se ha perdido parte de la cultura, pero en la mayoría se mantiene viva; quedan 376 hablantes de la lengua nativa Kofán, que son artesanos de canastos, mochilas, collares e instrumentos de uso tradicional y ceremonial’. En cuanto al territorio se mencionó que: ‘a los indígenas les preocupa que a pesar de estar constituidos resguardos y cabildos, conviven colonos; también les preocupa el hecho de que en sus territorios haya cultivos de uso ilícito, situación que les genera violencia y daña la armonía de la madre naturaleza por el manejo y control del mercado (urbano y rural) de la pasta de coca; de la misma manera se menciona que el derecho al territorio también es afectado por la prohibición impuesta por la guerrilla respecto de la caza y pesca en sus territorios, afectando sus tradiciones alimentarias’.” [10]

Así mismo, en el informe se citan algunas de las conclusiones a las que llegó esa entidad en 2004, en los siguientes términos:

1) [...] La constitución y ampliación de los resguardos del Alto Putumayo no cumplen los acuerdos suscritos con el INCORA PLANTE y las autoridades indígenas en el año 2000. || 2) Las comunidades indígenas cuentan con una escasa tenencia de tierra y consideran que el tamaño de los territorios ya no es suficiente para la cantidad de familias que hay en la actualidad. || 3) El derecho a la permanencia y pervivencia cultural como pueblos también es vulnerado a menudo, dado que a pesar que los indígenas estén constituidos como cabildos y resguardos, o posean pequeñas parcelas como propiedad privada, afrontan problemas de invasión, ya que permanentemente se ven sitiados por los colonos, que han ocupado sus territorios afectando de manera preocupante su sistema de vida.”[11]

A partir de la información suministrada, la Defensoría del Pueblo señala que los derechos de la comunidad indígena accionante están siendo afectados por el desinterés de las entidades públicas encargadas de impulsar políticas para la protección de sus derechos, y que respecto del pueblo indígena Kofán, ya había advertido “la necesidad urgente de la intervención estatal a fin de garantizar su pervivencia”. [12]

En el mismo sentido, manifiesta que por medio del Auto No. 004 de 2009 de la Corte Constitucional, se ordenó al Gobierno Nacional la formulación y desarrollo de un plan de salvaguarda étnico para el pueblo indígena Kofán, el cual se está adelantando actualmente. En este plan se señala que, respecto del derecho al territorio, en la reserva de Santa Rosa de Guamuez se “registra una invasión del 80% del territorio (2994 hectáreas fragmentadas en 247 predios veredales con tamaños inferiores a 5 hectáreas) y una superposición con el área bajo jurisdicción del municipio Valle del Guamuez.” [13] También cita expresamente las siguientes observaciones del mencionado plan:

“Las ‘tendencias de la tenencia de la tierra muestran una dinámica contraria a la propiedad comunitaria como forma de garantizar el acceso al territorio del Pueblo Kofán. Existen títulos de propiedad privada dentro de las reservas, y esta situación ha generado conflictos con población colona porque, entre otras, se generan competencias por la distribución de la tierra y de los recursos de los gobiernos municipales en estos territorios. Hay además una situación descrita de superposición de resguardos y reservas con áreas de los municipios, la

presencia de petroleras, actividades de pavimentación, batallones y otras actividades inconsultas han tenido impactos ambientales negativos y han ido en desmedro de la autonomía y del gobierno propio. Existe además contaminación por cultivos de uso ilícito' [Plan de Salvaguarda pueblo Kofán, página 101]."[14]

Finalmente, la Defensoría del Pueblo concluye que los derechos del pueblo indígena Kofán al territorio, a la autonomía, y a la identidad cultural, están siendo afectados por i) la ocupación de sus territorios por colonos, ii) el impacto del conflicto armado, y iii) "la situación de abandono institucional, indefensión y exclusión histórica".[15] Por lo tanto, considera indispensable que se creen "procedimientos más expeditos y eficaces en materia de protección hacia estas comunidades, puesto que no garantizar este derecho, [se] afecta la pervivencia física y cultural del pueblo Kofán, asentado en el Resguardo de Santa Rosa de Guamuez",[16] ya que, en su concepto, los procedimientos existentes no cumplen con los requisitos de eficacia e idoneidad establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

1. Competencia

Esta Sala de Revisión de la Corte Constitucional es competente para revisar el fallo de tutela proferido dentro del trámite de la referencia, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 86, inciso 3°, y 241, numeral 9°, de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33, 34, 35 y 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. Problema jurídico

De acuerdo con los antecedentes expuestos, corresponde a la Sala resolver si el INCODER vulneró el derecho la integridad étnica, al no adoptar medidas para garantizar que la reserva indígena no fuera invadida por terceros amenazando la existencia del pueblo Kofán.

Con el fin de resolver el problema jurídico planteado, la Sala dividirá las consideraciones en dos partes. En la primera parte, se referirá al derecho a la propiedad colectiva de los pueblos indígenas En la segunda parte, resolverá el caso con fundamento en las reglas y precedentes trazados en la primera parte.

1. El derecho fundamental a la propiedad colectiva de los pueblos indígenas.

a) Fundamento constitucional del derecho a la propiedad colectiva.

1. Los pueblos indígenas son sujetos de especial protección constitucional.[17] Esta Corte ha advertido que esta protección se deriva de “la existencia de patrones históricos de discriminación aún no superados frente a los pueblos y las personas indígenas; la presencia de una cultura mayoritaria que amenaza con la desaparición de sus costumbres, su percepción sobre el desarrollo y la economía y, en términos amplios, su modo de vida buena (lo que suele denominarse cosmovisión)”.[18] De igual manera, en el auto 004 de 2008, esta Corporación advirtió que los indígenas se encuentran expuestos en el desarrollo del conflicto armado a causa de: “(1) las confrontaciones que se desenvuelven en territorios indígenas entre los actores armados, sin involucrar activamente a las comunidades indígenas y sus miembros, pero afectándolos en forma directa y manifiesta; (2) los procesos bélicos que involucran activamente a los pueblos y comunidades indígenas, y a sus miembros individuales, en el conflicto armado; y (3) los procesos territoriales y socioeconómicos conexos al conflicto armado interno que afectan sus territorios tradicionales y sus culturas”.[19] Y ha establecido que “no son menos de treinta las etnias que en este momento pueden considerarse como en estado de alto riesgo de exterminio cultural o físico por causa del conflicto armado y del desplazamiento forzado”.[20]

2. Como lo ha advertido esta Corte en reiteradas decisiones el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas desarrolla diversos mandatos y principios constitucionales. Al respecto, la Corte advirtió en la sentencia T-376 de 2012 que: “los derechos de los pueblos indígenas y las comunidades afrodescendientes constituyen además, concreción de diversos mandatos, principios y valores constitucionales, entre los que cabe destacar: la concepción de la democracia acogida por el Constituyente, a la vez participativa y pluralista, visión que reivindica la coexistencia de diversas formas de ver el mundo y propicia la activa intervención de todas las culturas para la construcción del Estado (artículos 1º y 2º, CP); el principio de igualdad que, de una parte, se concreta en el carácter general de la ley y la prohibición de discriminación; y, de otra, ordena la adopción de medidas especiales, de carácter favorable, frente a grupos vulnerables o personas en condición de debilidad manifiesta (artículo 13 CP); la diversidad étnica (artículo 7º CP) que

prescribe el respeto y conservación de las diferencias culturales como elemento constitutivo de la Nación; el principio de igualdad de culturas (artículo 70 CP) que prohíbe imponer las formas de vida mayoritarias como las únicas válidas o como opciones prevalentes sobre la visión del mundo de los pueblos originarios, y diversos compromisos adquiridos por el Estado en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos”.[21]

3. Desde la sentencia T-188 de 1993, esta Corte ha reconocido que el derecho a la propiedad colectiva de los pueblos indígenas tiene el carácter de fundamental.[22] Para llegar a ésta conclusión el Tribunal señaló como fundamento: la ratificación por el Congreso del Convenio 169; las discusiones en la Asamblea Nacional Constituyente y estableció que sin el reconocimiento del derecho fundamental al territorio “quedarían inactuadas disposiciones constitucionales en materia de protección de la diversidad étnica y cultural de la Nación Colombiana”.[23]

El carácter de derecho fundamental de la propiedad colectiva de los pueblos indígenas ha sido reconocido en sentencias posteriores. En el fallo SU-510 de 1998, el Tribunal señaló:

“con base en las declaraciones constitucionales (C.P., artículos 58, 63 y 229) e internacionales respectivas (Convenio N° 169 O.I.T. [Ley 21 de 1991], artículos 13 a 19), que la propiedad colectiva que las comunidades indígenas ejercen sobre sus resguardos y territorios tiene el carácter de derecho fundamental, no sólo porque tales territorios constituyen su principal medio de subsistencia sino, también, porque forman parte de su cosmovisión y religiosidad. En tanto propietarias de sus territorios, las comunidades indígenas son titulares de todas las prerrogativas que el artículo 669 del Código Civil otorga a los titulares del derecho de propiedad, lo cual apareja el deber de los terceros de respetar el anotado derecho”[24].

En síntesis, la jurisprudencia de la Corte ha reconocido el derecho fundamental al territorio colectivo de los pueblos indígenas, el cual se encuentra directamente relacionado con su supervivencia y con su integridad étnica.

4. El texto de la Constitución de 1991 prevé una protección reforzada del derecho a la propiedad de los pueblos indígenas. De conformidad con el artículo 63, “las tierras comunales de grupos étnicos” y “las tierras de resguardo” son “inalienables, imprescriptibles e inembargables”. [26]

5. A su vez el artículo 329 de la Constitución establece que la delimitación de las entidades territoriales indígenas se realizará con la participación de sus autoridades tradicionales y que “los resguardos son de propiedad colectiva y no enajenable”. [27] Y el artículo 330 prevé que los territorios indígenas estarán gobernados por autoridades indígenas conformadas según los usos y costumbres de sus comunidades. Y les otorga como funciones para garantizar la integridad de su territorio “la preservación de los recursos naturales” y “velar por la aplicación de las normas legales sobre usos del suelo y poblamiento de sus territorios”. [28]

6. El derecho a la propiedad colectiva de los pueblos indígenas se encuentra reflejado en la legislación de larga data. Como lo reconoció esta Corte en la sentencia T-188 de 1993:

“La ley de reforma agraria (L 135 de 1961) dictada con el objeto de democratizar la propiedad y superar la estructura de tenencia de la tierra bajo las modalidades de latifundio-minifundio, introdujo dos artículos que constituyen el primer reconocimiento de las comunidades indígenas, aún cuando fuese para efectos de su incorporación a la economía capitalista como unidad de producción y de consumo. La primera de dichas disposiciones (art. 29) condicionó la adjudicación de baldíos en zonas ocupadas por indígenas al previo concepto favorable de la oficina de Asuntos Indígenas del Ministerio de Gobierno. (...). La segunda (art. 94) pretendió resolver el problema de la superación del minifundio en las parcialidades indígenas y facultó al Incora para estudiar la situación socio-económica de las parcialidades con miras a adelantar las reestructuraciones internas, el reagrupamiento de la población de resguardos y eventualmente la ampliación de los mismos mediante la adquisición de tierras aledañas”. [29]

La Ley 135 de 1965 también estableció la posibilidad de crear reservas con destinación específica. Al respecto el artículo 40 dispuso que “el INCORA, con la aprobación del Gobierno, construir reservas sobre tierras baldías para destinarlas a colonizaciones especiales”. De conformidad con esta disposición “las explotaciones que se adelanten sobre tierras reservadas con posterioridad a la fecha en que adquieren esta calidad, no darán derecho al interesado para obtener la adjudicación de la superficie correspondiente sino cuando se hayan realizado de conformidad con los reglamentos de colonización que dicte el Instituto”.

Con posterioridad, el legislador expidió la Ley 160 de 1994 “Por la cual se crea el Sistema Nacional de Reforma Agraria y Desarrollo Rural Campesino, se establece un subsidio para la adquisición de tierras, se reforma el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria y se dictan otras disposiciones”. En ella el legislador reconoció la protección reforzada de la propiedad indígena al establecer como funciones del antiguo INCORA, hoy INCODER “estudiar las necesidades de tierras de las comunidades indígenas y constituir, ampliar, sanear y reestructurar los resguardos en beneficio de las respectivas parcialidades”(art. 12 numeral 18). Estableció que los bienes que adquiriera el INCORA tendrán como una de sus finalidades “la constitución, ampliación, reestructuración y saneamiento de resguardos indígenas” (art. 38 b). Señaló que “no podrán hacerse adjudicaciones de baldíos donde estén establecidas comunidades indígenas o que constituyan su hábitat, sino únicamente y con destino a la constitución de resguardos indígenas” (artículo 69). Indicó que “constituirá o ampliará resguardos de tierras y procederá al saneamiento de aquellos que estuvieren ocupados por personas que no pertenezcan a la respectiva parcialidad” (artículo 85). Y determinó que: “los terrenos baldíos determinados por el INCORA con el carácter de reservas indígenas, constituyen tierras comunales de grupos étnicos para los fines previstos en el artículo 63 de la Constitución Política y la Ley 21 de 1991” (art. 85 parágrafo 5).

Al reglamentar el capítulo de titulación de tierras de los pueblos indígenas de la Ley 160 de 1994 a través del Decreto 2164 de 1995[30] se definió la reserva indígena de la siguiente manera:

“Es un globo de terreno baldío ocupado por una o varias comunidades indígenas que fue delimitado y legalmente asignado por el INCORA a aquellas para que ejerzan en él los derechos de uso y usufructo con exclusión de terceros. Las reservas indígenas constituyen tierras comunales de grupos étnicos, para los fines previstos en el [Artículo 63 de la Constitución Política] y la [Ley 21 de 1991]”.

De acuerdo con lo anterior, las reservas se caracterizan por: (a) la asignación de un terreno baldío por parte de una entidad estatal, (b) para que sea usado excluyendo a terceros. (c) como lo indican la Ley 160 de 1994 y el Decreto 2164 de 1995 las reservas se encuentran protegidas y son inalienables, imprescriptibles e inembargables.

A diferencia de las reservas indígenas en las que se garantiza el uso y el usufructo en un bien, los resguardos implican la titularidad de la propiedad colectiva en un territorio que es de una parcialidad indígena. En la sentencia T-514 de 2009[31], en la que se estudió una tutela interpuesta, por un integrante de un resguardo que alegaba su exclusión del sistema general de participaciones por las autoridades indígenas la Sala de Revisión se refirió a la naturaleza jurídica de los resguardos. Al respecto, la Corte indicó que el resguardo indígena tiene dos características esenciales. De acuerdo con la primera, el elemento central del resguardo es la forma de propiedad, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 329 de la Carta Política que dota a los resguardos del carácter de “propiedad colectiva de las comunidades indígenas”. De acuerdo con la segunda característica, “el resguardo se concibe como un ámbito territorial, entendido como el espacio en el que se ejercen los principales derechos de autonomía del resguardo, especialmente, aquellos relacionados con la regulación social y la autonomía política”.

Del marco normativo descrito es importante destacar que de conformidad con la configuración legislativa del derecho a la propiedad colectiva, las reservas indígenas otorgadas, bajo el amparo de la Ley 131 de 1965, constituyen tierras comunales que son inembargables, imprescriptibles e inalienables, como lo establece el artículo 63 de la Constitución. De igual manera, el INCODER se encuentra en la obligación de sanear la propiedad colectiva indígena.

El Convenio 169 de la OIT, ratificado por Colombia mediante Ley 21 de 1991 “Por medio de la cual se aprueba el Convenio número 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, adoptado por la 76a. reunión de la Conferencia General de la O.I.T., Ginebra 1989”, reconoce la especial protección del territorio de los pueblos indígenas y establece que los Estados se encuentran obligados a protegerlos.[32] Este tratado internacional es de especial importancia, por dos razones. En primer lugar, porque como lo ha indicado esta Corte forma parte del bloque de constitucionalidad.[33] De conformidad con el artículo 93 de la Constitución “Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”. En segundo lugar, como se señaló con anterioridad, el Convenio 169 ha servido a la jurisprudencia de esta Corte para reconocer el carácter fundamental del derecho a la propiedad colectiva.[34]

El territorio de los pueblos indígenas y tribales tiene una protección reforzada en el Convenio 169, al cual le dedica un Capítulo. Al respecto, establece que los Estados partes se encuentran especialmente obligados a respetar el carácter colectivo de los territorios de estos pueblos (art. 13).[35] Así como el lugar “especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras”.[36]

El Convenio 169 también reconoce la especial relación que hay entre la pervivencia de los pueblos indígenas y tribales y su territorio, al establecer que se deberá garantizar “la asignación de tierras adicionales a dichos pueblos cuando las tierras de que dispongan sean insuficientes para garantizarles los elementos de una existencia normal o para hacer frente a su posible crecimiento numérico” (art. 19 a.). Y consagra el derecho de los pueblos a decidir el proceso de desarrollo que afecte a las tierras que ocupan (art. 7.1).[37] También establece que la protección de la propiedad no se limita a las tierras habitadas por los pueblos ya que en los casos apropiados “deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia” (art. 14).[38]

De igual manera, este tratado se preocupó muy especialmente de garantizar la integridad del territorio indígena contra actos de terceros. Además de establecer un deber general de “garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión”(Art. 14.2), señaló que “la ley deberá prever sanciones apropiadas contra toda intrusión no autorizada en las tierras de los pueblos interesados o todo uso no autorizado de las mismas por personas ajenas a ellos”.[39] Y estableció que los Estados se encuentran en la obligación de prevenir éstas infracciones.[40]

Con el fin de garantizar la protección de los territorios indígenas, el Convenio establece una serie de obligaciones procesales. Al deber general de consultar las decisiones que afecten los pueblos indígenas, consagrado en el artículo 6, lo acompañan disposiciones especiales para garantizar un deber especial de protección por actos que vulneren de manera especial su territorio. En este sentido, el artículo 15 dispone que se deberá consultar a los pueblos interesados “antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras”. De igual manera, el artículo 16 establece como regla general que los pueblos indígenas no deberán ser trasladados de su

territorio, también señala que cuando esto sea necesario “sólo deberán efectuarse con su consentimiento, dado libremente y con pleno conocimiento de causa” (art. 16.2).[41] Y si su consentimiento no es posible el traslado y la reubicación “sólo deberán tener lugar al término de procedimientos adecuados establecidos por la legislación nacional, incluidas encuestas públicas, cuando haya lugar, en que los pueblos interesados tengan la posibilidad de estar efectivamente representados” (art. 16.2).

La especial protección del territorio colectivo de los pueblos indígenas también se deriva de diferentes disposiciones que consagran el deber general de proteger estos pueblos. En este sentido el Convenio dispone que: “Los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad” (art. 2.1). Establece que se deben adoptar medidas especiales de protección de los bienes de los pueblos (art. 4.1).[42] Y en desarrollo del art. 6 los Estados tienen el deber general de consultar todas las medidas que los afecten directamente.[43]

En suma, el Convenio 169 contempla una especial preocupación por proteger los territorios indígenas, los cuales se encuentran relacionados muy especialmente con su pervivencia colectiva y con su cosmovisión. Para tal fin, el Convenio establece: (i) la obligación del Estado de proteger el territorio colectivo contra actos de terceros, (ii) el deber de consultar las medidas que afecten su territorio; (iii) y que su propiedad debe comprender bajo ciertas circunstancias un territorio mucho más amplio del que habitan.

7. En la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, aprobada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 7 de septiembre de 2007, también se reconoce la especial importancia que tiene el derecho a la propiedad colectiva de los pueblos indígenas. Esta Corporación ha reconocido el valor que tiene esta Declaración como fuente de derecho aunque no tenga la misma fuerza normativa que un tratado internacional.[44] Sin embargo, la Corte estableció “la obligación de tomarla en consideración por el intérprete al momento de establecer el alcance de los derechos de los pueblos indígenas”.[45] Al respecto esta Sala estableció recientemente que este instrumento era aplicable con fundamento en las siguientes consideraciones:

“(i) La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas

precisa el contenido de un cuerpo normativo ya existente en el Convenio 169 de la OIT, otras normas de derechos internacionales, y el orden constitucional colombiano, a la vez que perfecciona y fortalece los estándares de protección de sus derechos.

En consecuencia, en principio, no presentan contradicciones normativas entre la Declaración y el orden interno, aunque en algunos aspectos la primera puede ir más allá del nivel de protección alcanzado por el Estado colombiano y previsto por el Convenio 169 de la OIT. En ese sentido, en tanto la Declaración precisa el alcance de las obligaciones de respeto, protección y garantía que el Estado debe asumir para asegurar la eficacia de un conjunto de derechos considerados fundamentales en la jurisprudencia constitucional, su aplicación contribuye a la eficacia de los derechos constitucionales y la fuerza normativa de la Constitución Política.

(ii) La Declaración contiene, así mismo, la opinión autorizada de la comunidad internacional sobre los derechos de los pueblos indígenas, y fue construida en un proceso de diálogo con los pueblos interesados. El Estado colombiano es parte de tratados y convenios internacionales asociados a la protección de los pueblos indígenas y las comunidades afrodescendientes (especialmente el Convenio 169 de la OIT), y la Constitución Política de 1991 reconoce y valora el pluralismo y multiculturalismo. Por lo tanto, el cumplimiento de las obligaciones internacionales contraídas por el Estado en esos tratados y la eficacia de las normas constitucionales concordantes, requiere el seguimiento de sus disposiciones.

(iii) El principio de no discriminación (segundo pilar de la Declaración, junto con la autodeterminación de los pueblos), es considerado una norma imperativa del derecho internacional de los derechos humanos. La Declaración explica plenamente el alcance de este principio en relación con los derechos de los pueblos indígenas. Por ello, su eficacia plena requiere la aplicación de las normas internas de forma concordante con la Declaración.

La Declaración posee un alto grado de legitimidad ética y política, en tanto documento emanado de la Asamblea General de las Naciones Unidas, y en virtud de la intervención de los pueblos interesados en su discusión”.

La aplicación de las normas asociadas al pluralismo y la diversidad constitucional está permeada de razones éticas y políticas de las que el juez constitucional no puede prescindir

al fallar, si pretende alcanzar un equilibrio adecuado entre intereses de grupos humanos que pueden sostener diferencias sensibles entre sus formas de vida. Por lo tanto, desconocer la Declaración podría llevar a decisiones irrazonables o arbitrarias, en oposición al principio de interdicción de la arbitrariedad, propio del Estado Constitucional de Derecho.

(v) Finalmente, las normas jurídicas son concebidas, desde ciertas orientaciones teóricas, como razones para la acción. Las fuentes de derecho son, desde ese punto de vista, razones especiales, en tanto se encuentran dotadas de autoridad. La Discusión sobre el carácter vinculante de la Declaración en el orden interno puede concebirse entonces como una discusión sobre si se trata de razones con autoridad o razones desprovistas de autoridad. Por supuesto, las segundas pueden ser utilizadas por las autoridades judiciales cuando contribuyen a solucionar un problema de discusión e interpretación normativa, siempre que ello no esté prohibido explícitamente. Las primeras, en cambio, tienen que o deberían ser atendidas por los jueces”.[46]

En la sentencia T-376 de 2012, la Corte también señaló que las razones (i) a (iv) llevaron a la Sala a “concebir las disposiciones de la Declaración como razones para la acción dotadas de autoridad, algunas de las cuales tienen que ser tomadas en cuenta por los operadores jurídicos; mientras que otras deberían ser consideradas en sus decisiones”.[47] Las primeras son aquellas “que desarrollan el principio de no discriminación frente a pueblos indígenas, así como las que precisan el alcance de derechos ya reconocidos en el orden interno”.[48] Y las segundas “amplían los estándares de protección alcanzados en el orden interno a través de las normas constitucionales citadas, la jurisprudencia de este Tribunal, la Ley o el Reglamento”.[49]

El presente caso se refiere al derecho fundamental a la propiedad colectiva de los pueblos indígenas, el cual se encuentra consagrado en la Constitución. En consecuencia y teniendo en cuenta que la Declaración precisa el alcance de este derecho, la Sala considera que ésta tiene que ser tomada en cuenta en su decisión.

Al igual que en el Convenio 169 y en la Constitución, el territorio de los pueblos indígenas ocupa un lugar muy importante en la Declaración. Como se destaca en su Preámbulo obedece a la preocupación entre otros motivos “de haber sido desposeídos de sus tierras,

territorios y recursos, lo que les ha impedido ejercer, en particular, su derecho al desarrollo de conformidad con sus propias necesidades e intereses”.[50] También responde a la necesidad de respetar y promover los derechos de los pueblos indígenas “especialmente los derechos a sus tierras, territorios y recursos”.[51] De igual manera, la Declaración se construye sobre la premisa “de que si los pueblos indígenas controlan los acontecimientos que los afecten a ellos y a sus tierras, territorios y recursos podrán mantener y reforzar sus instituciones, culturas y tradiciones y promover su desarrollo de acuerdo con sus aspiraciones y necesidades”.[52]

La Declaración establece que los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación (art. 3)[53] y a no ser sometidos a asimilación forzada (art. 8).[54] Prevé que los Estados deben establecer mecanismos eficaces para prevenir y resarcir entre otras conductas: (i) “Todo acto que tenga por objeto o consecuencia privarlos de su integridad como pueblos distintos o de sus valores culturales o su identidad étnica”; (ii) “todo acto que tenga por objeto o consecuencia desposeerlos de sus tierras, territorios o recursos”; y (iii) “toda forma de traslado forzado de población que tenga por objeto o consecuencia la violación o el menoscabo de cualquiera de sus derechos” (art. 8.2).[55] A su vez el artículo 12 consagra el derecho a mantener y proteger sus lugares culturales y religiosos, y acceder a ellos. Estas disposiciones demuestran, como lo ha establecido la jurisprudencia de esta Corte, que existe una interdependencia entre el derecho a la propiedad colectiva con otros principios y valores como la integridad cultural, su pervivencia como grupo colectivo y la libertad religiosa.

Además de esta interdependencia, es necesario destacar que la Declaración desarrolla detalladamente la manera como debe ser protegido y el contenido del derecho fundamental al territorio colectivo. Establece que los pueblos indígenas “tienen derecho a mantener y fortalecer su propia relación espiritual con las tierras, territorios, aguas, mares costeros y otros recursos que tradicionalmente han poseído u ocupado y utilizado” (art. 25.1).[56] También “tienen derecho a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o utilizado o adquirido”.[57] Este derecho comprende el derecho de “poseer, utilizar, desarrollar y controlar las tierras, territorios y recursos que poseen en razón de la propiedad tradicional de ocupación o utilización, así como aquellos que hayan adquirido de otra forma” (art. 25.2).[58] Con el fin de garantizar el derecho a la tierra, “los Estados asegurarán reconocimiento y protección jurídicos de esas tierras, territorios y

recursos” (art. 25.3).[59] La garantía de este derecho comprende (i) la reparación cuando haya sido vulnerado (art. 28);[60] (ii) la creación de procesos adecuados para reconocer y adjudicar sus derechos a la tierra (art. 27);[61] (iii) la conservación y protección del medio ambiente y de la capacidad productiva de sus tierras o territorios y recursos (art. 29);[62] (iv) el deber del Estado de no desarrollar actividades militares en el territorio indígena a no ser que se encuentre justificado por razones de interés público (art. 30).[63]

En síntesis, la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas es un instrumento que es directamente aplicable por esta Corte. Este instrumento internacional consagra estándares de respeto y protección reforzada del derecho a la propiedad colectiva de los pueblos indígenas, el cual también es necesario para garantizar el derecho a la integridad cultural de estos pueblos.

b) Subreglas sobre el derecho a la propiedad colectiva.

De conformidad con los precedentes de esta Corte, el derecho fundamental a la propiedad colectiva de los pueblos indígenas comprende: (i) el derecho a constituir resguardos; (ii) la protección contra actos de terceros; (iii) según los precedentes este derecho es además un medio para garantizar la integridad étnica y la supervivencia de los pueblos indígenas.

i) Derecho fundamental a constituir resguardos

8. Esta Corte ha señalado que el derecho a la propiedad colectiva comprende el derecho que tienen los pueblos indígenas a constituir resguardos.[64] Este derecho fue enunciado y amparado por primera vez en la sentencia T-188 de 1993, en la que esta Corporación decidió una tutela interpuesta por la comunidad de Paso Ancho en el Tolima, en la que se solicitaba que se le ordenara al INCORA que adelantara los procedimientos pertinentes para constituir un resguardo. Los peticionarios alegaron que la falta de constitución del resguardo había generado conflictos entre las personas que habitaban en la zona. Para decidir, la Corte señaló que “el derecho fundamental a la propiedad colectiva de los grupos étnicos lleva implícito, dada la protección constitucional del principio de diversidad étnica y cultural, un derecho a la constitución de resguardos en cabeza de las comunidades indígenas”.[65] De acuerdo con lo anterior y después de referirse a la Ley 135 de 1961 citada con anterioridad, estableció que “el desarrollo legislativo de la protección a la propiedad colectiva mediante la constitución de resguardos confiere precisas facultades

al INCORA, entidad oficial que está obligada a colaborar efectivamente para la realización de los fines del Estado, en especial asegurando la convivencia pacífica (CP art. 2) y adoptando medidas en favor de grupos discriminados o marginados (CP art. 13)".[66] En consecuencia, la Corte le ordenó a esta entidad la realización de los estudios socioeconómicos y jurídicos tendientes a la constitución de uno o varios resguardos en la zona.[67]

En la sentencia T-652 de 1998, esta Corte protegió el derecho fundamental a la propiedad colectiva del pueblo indígena Embera Katío del Alto Sinú entre otros argumentos, porque el pueblo había sido dividido por el INCORA en dos resguardos, aunque no existía una solución de continuidad entre uno y otro pueblo.[68] En consecuencia resolvió con fundamento en el Convenio 169 de la OIT que el Incora debía constituir un solo resguardo.

Con posterioridad, en la sentencia T-634 de 1999, esta Corte decidió una tutela interpuesta contra la ordenanza que creaba el municipio de Pueblo Bello, por violación del derecho fundamental a la consulta previa, pese a que parte del territorio de ese municipio se había reconocido como "territorio indígena".[69] Aunque esta Corporación negó en aquella oportunidad el amparo porque consideró que la acción que se debía interponer era la acción popular, la Corte hizo algunas consideraciones relacionadas con el territorio que es importante destacar. Constató que la calificación del resguardo como derecho fundamental permite una calificación diferente a tierra y territorio y es la de "ámbito territorial", que aparece en el artículo 246 de la C.P., lo cual implica por ejemplo que exista identidad entre las personas y el territorio. Citando la sentencia C-058 de 1994 estableció que este derecho fundamental protege "a los indígenas que vivan con los indígenas y como los indígenas".

De acuerdo con dos de las sentencias citadas el derecho fundamental a la propiedad colectiva implica el derecho a constituir resguardos en el territorio habitado por los pueblos indígenas. No obstante, esta manera de entender el derecho fundamental al territorio como el lugar donde se encuentran asentados los indígenas sería superado con posterioridad por la jurisprudencia de esta Corporación para referirse a la noción de ancestralidad que ha sido desarrollado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

ii) El derecho al territorio colectivo comprende el saneamiento y la protección contra actos de terceros

9. El derecho a la propiedad colectiva implica que el Estado debe protegerlo contra actos de terceros. Con el fin de abordar la manera en que se han resuelto los conflictos entre el derecho fundamental a la propiedad colectiva y los conflictos con terceros se abordará en primer lugar los criterios que han desarrollado la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En segundo lugar, se presentará la manera en que han sido protegidos por esta Corte el derecho fundamental al territorio de los pueblos indígenas y de las comunidades afrodescendientes respecto de terceros que se encuentran en su territorio.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos han coincidido que el derecho a la propiedad previsto en el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos consagra el derecho a la propiedad colectiva de los pueblos indígenas.[70] La Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que es un órgano que se encuentra encargado de interpretar la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sistematizó recientemente en el informe, Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales, algunos criterios que se deben tener en cuenta cuando existen conflictos de la propiedad con terceros.[71]

La Comisión Interamericana advirtió que “los pueblos indígenas o tribales y sus miembros tienen derecho a que su territorio sea reservado para ellos, sin que existan dentro de sus tierras asentamientos o presencia de terceros o colonos no indígenas”.[72] Y señaló que como consecuencia de este derecho “el Estado tiene una obligación correlativa de prevenir la invasión o colonización del territorio indígena o tribal por parte de otras personas”.[73] Y en consecuencia estableció que el Estado tiene “el deber de realizar las gestiones y actuaciones necesarias para reubicar a aquellos habitantes no indígenas del territorio que se encuentren asentados allí”.[74]

Después de analizar los precedentes de la Corte Interamericana, la Comisión concluyó que los Estados partes en la Convención Americana tienen “un deber estatal de priorizar, en términos generales, los derechos de los pueblos indígenas en casos de conflicto con derechos de propiedad de terceros, en la medida en que los primeros están vinculados a la supervivencia cultural y material de estos pueblos”.[75] Y advirtió:

“Ello no implica el desconocimiento del derecho a la justa compensación que puedan

corresponder a los terceros de buena fe, como consecuencia de la limitación a su derecho legítimo de propiedad en favor del derecho de propiedad comunal bajo el artículo 21 de la Convención Americana. En relación con los terceros que no son poseedores de buena fe, es responsabilidad del Estado garantizar a los pueblos indígenas el goce efectivo del derecho de propiedad comunal, incluyendo el derecho a la restitución”.[76]

Al respecto resultan relevantes dos precedentes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en los que se debatió la manera de resolver los conflictos entre el derecho a la propiedad colectiva de los pueblos indígenas y el derecho a la propiedad individual de terceros.

El primer precedente es el caso *Yayke Axa* contra Paraguay en el que la Corte I.D.H debió resolver, si el hecho de que el territorio ancestral estuviera en manos de terceros, era un motivo suficiente para no entregarlo a la comunidad indígena.[77] En aquella oportunidad la Corte estableció que “tanto la propiedad privada de los particulares como la propiedad comunitaria de los miembros de las comunidades indígenas tienen la protección convencional que les otorga el artículo 21 de la Convención Americana”.[78]

Al resolver estos conflictos, de acuerdo con la Corte, “los Estados deben tener en cuenta que los derechos territoriales indígenas abarcan un concepto más amplio y diferente que está relacionado con el derecho colectivo a la supervivencia como pueblo organizado, con el control de su hábitat como una condición necesaria para la reproducción de su cultura, para su propio desarrollo y para llevar a cabo sus planes de vida”.[79] Y advirtió que “al desconocerse el derecho ancestral de los miembros de las comunidades indígenas sobre sus territorios, se podría estar afectando otros derechos básicos, como el derecho a la identidad cultural y la supervivencia misma de las comunidades indígenas y sus miembros”.[80] Por el contrario, según la Corte “la restricción que se haga al derecho a la propiedad privada de particulares pudiera ser necesaria para lograr el objetivo colectivo de preservar las identidades culturales en una sociedad democrática y pluralista en el sentido de la Convención Americana; y proporcional, si se hace el pago de una justa indemnización a los perjudicados, de conformidad con el artículo 21.2 de la Convención”.[81]

El segundo precedente de la Corte Interamericana que puede ilustrar la manera de resolver los conflictos entre el derecho al territorio colectivo y los derechos de terceros es el caso de

la Comunidad Indígena Sawhoyamaxa contra Paraguay.[82] En este fallo la Corte debió resolver si esta comunidad tenía derecho a la restitución de sus propiedades ancestrales que se encontraban en manos de terceros. Al respecto la Corte I.D.H. indicó que “los miembros de los pueblos indígenas que involuntariamente han perdido la posesión de sus tierras, y éstas han sido trasladadas legítimamente a terceros inocentes, tienen el derecho de recuperarlas o a obtener otras tierras de igual extensión y calidad”. [83] En consecuencia, señaló que “la posesión no es un requisito que condicione la existencia del derecho a la recuperación de las tierras indígenas”. [84]

De igual manera, la Corte señaló que el derecho de los pueblos indígenas a la recuperación de sus tierras permanece vigente hasta tanto exista una relación única con sus tierras tradicionales. [85] Sin embargo, advirtió que para que sea necesaria esta relación especial con sus tierras para exigir su restitución es necesario que ésta sea posible. Al respecto la Corte I.D.H advirtió:

“Debe considerarse, además, que la relación con la tierra debe ser posible. Por ejemplo, en casos como el presente, que la relación con la tierra se manifiesta inter alia en las actividades tradicionales de caza, pesca y recolección, si los indígenas realizan pocas o ninguna de esas actividades tradicionales dentro de las tierras que han perdido, porque se han visto impedidos de hacerlo por causas ajenas a su voluntad que impliquen un obstáculo real de mantener dicha relación, como violencias o amenazas en su contra, se entenderá que el derecho a la recuperación persiste hasta que tales impedimentos desaparezcan”. [86]

Y señaló que “una vez que se ha demostrado que el derecho de recuperación de las tierras tradicionales perdidas está vigente, corresponde al Estado realizar las acciones necesarias para devolverlas a los miembros del pueblo indígena que las reclama”. [87] La Corte concluyó que las tierras ancestrales le pertenecían al pueblo, el cual tenía un vínculo con éstas, por lo cual decidió que se había violado el derecho a la propiedad colectiva previsto en el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Adicionalmente con respecto a los conflictos entre los derechos de los pueblos indígenas con terceros, la Corte I.D.H advirtió “el mero hecho de que las tierras reclamadas estén en manos privadas, no constituye per se un motivo “objetivo y fundamentado” suficiente para

denegar prima facie las solicitudes indígenas”. [88]

10. El Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial de Naciones Unidas encargado de interpretar el sentido y alcance de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial de la cual Colombia es parte, también ha reconocido el derecho que tienen los pueblos indígenas a que se les restituyan las tierras que son de su propiedad. [89] Al respecto, este Comité estableció en su Recomendación General No 23 relativa a los derechos de los pueblos indígenas que “en los casos en que se les ha privado [a los pueblos indígenas] de sus tierras y territorios, de los que tradicionalmente eran dueños, o se han ocupado o utilizado esas tierras y territorios sin el consentimiento libre e informado de esos pueblos [los Estados deberían] adopta[r] medidas para que les sean devueltos”. [90]

De conformidad con los precedentes citados de la Corte Interamericana, y según la interpretación autorizada de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial: (i) no es necesaria la posesión para que los pueblos indígenas reclamen la delimitación y protección de su territorio; (ii) los pueblos indígenas tienen derecho a la restitución de sus territorios una vez han pasado a manos de terceros; (iii) el derecho a la restitución subsiste hasta que permanezca el vínculo que los une con su territorio y/o hasta que desaparezcan los obstáculos de hecho como la violencia que les han impedido usar sus territorios; (iv) es necesario considerar si con la limitación del derecho a la propiedad, se afectan otro tipo de derechos. De acuerdo con los estándares de la Corte Interamericana para establecer si una limitación del derecho a la propiedad se encuentra conforme con la Convención Americana es necesario que reúna los requisitos de legalidad, necesidad y proporcionalidad y el logro de un objetivo legítimo en una sociedad democrática. [91]

11. La Corte Constitucional ha determinado que el Estado se encuentra obligado a proteger los territorios colectivos. En la sentencia T-955 de 2003 la Corte amparó los derechos fundamentales a la propiedad colectiva, a la diversidad e integridad étnica y cultural a la participación y a la subsistencia de las comunidades afrocolombianas de la Cuenca del Río Cacarica, donde se estaban talando bosques que formaban parte del territorio colectivo. [92] La decisión de la Corte se fundamentó en la ausencia de consulta previa y en la ausencia de beneficios de la explotación maderera para los integrantes de la

comunidad.

La estrecha relación que existe entre el derecho a la propiedad colectiva y la integridad étnica de los pueblos indígenas fue uno de los motivos que llevó a ésta Corte a proferir el Auto 004 de 2009, en el cual estableció que éstos derechos se encontraban amenazados por las invasiones de terceros.[93] En aquella oportunidad la Corte estableció que “los pueblos indígenas colombianos también han sido afectados por ciertos procesos de índole territorial y socioeconómica que se entrelazan con los procesos bélicos propiamente dichos, a través de múltiples y complejos patrones que redundan en mayores violaciones de sus derechos fundamentales individuales y colectivos”.[94] Por su relevancia para los hechos del caso es importante resaltar dos de éstos procesos. En primer lugar “el despojo territorial simple por parte de actores con intereses económicos sobre las tierras y recursos naturales de propiedad de las comunidades indígenas (...) así como por parte de colonos que invaden sus territorios”.[95] Y en segundo lugar, “el desarrollo de actividades económicas lícitas o ilícitas en territorios indígenas”.[96]

Con el fin de garantizar la existencia de los pueblos en riesgo, dentro de los cuales se encuentra incluida el pueblo peticionario, la Corte le ordenó al Gobierno nacional adoptar un plan de salvaguarda para su protección que comprende diez elementos mínimos de los cuales se deben destacar dos que demuestran su importancia para los hechos de este caso. El primero es que dicho plan “Debe contener un ingrediente de protección de los territorios tradicionales, especialmente de los que están en proceso de titulación y asimismo de los que ya se encuentran titulados, frente a los distintos procesos bélicos y de despojo que se han descrito en el presente auto.[97] Y en segundo lugar “debe prever herramientas para el fortalecimiento de la integridad cultural y social de cada etnia beneficiaria”.[98]

De igual manera, en el auto 005 de 2009, también en seguimiento de la sentencia T-025/04, esta Corte encontró que los afrocolombianos, al igual que los pueblos indígenas son sujetos de especial protección constitucional, eran impactados de manera desproporcionada por el desplazamiento forzado. Estableció que uno de los factores transversales de esta situación es que “la deficiente protección jurídica e institucional de los territorios colectivos de los afro colombianos (...) ha estimulado la presencia de actores armados que amenazan a la población afrodescendiente para abandonar sus territorios”.[99] En este sentido resaltó que “a pesar de que los territorios étnicos tienen el carácter de inembargables,

imprescriptibles e inalienables, estas garantías constitucionales no han sido aplicadas adecuadamente para impedir las violaciones de los derechos de las comunidades afrocolombianas, lo cual ha facilitado las ventas ilegales y el despojo de territorios colectivos y la expulsión de territorios ancestrales que están en proceso de titulación colectiva”.[100] Y agregó que “tampoco se han implementado instrumentos específicos encaminados a la efectiva restitución material y a garantizar el goce efectivo de los derechos territoriales de esos grupos vulnerables, ni se han destinado recursos suficientes para el saneamiento y delimitación de esos territorios”.[101]

Por lo tanto la Corte ordenó, entre otras medidas, al Ministerio del Interior, la realización de un estudio en el que se determinaran entre otros aspectos “los mecanismos para garantizar la restitución efectiva de los territorios cuya propiedad haya sido transferida con violación de lo que establece la Ley 70 de 1993, incluido el establecimiento de presunciones de ilegalidad de las transacciones realizadas sobre dichos territorios sin el cumplimiento de lo ordenado por la Constitución y la Ley 70 de 1993”.[102]

En auto del 18 de mayo de 2010 esta Corte encontró riesgos de explotación económica en los territorios colectivos de las cuencas de los ríos de Jiguamiando y Curvaradó que podrían impedir su restitución efectiva.[103] Ante la ausencia de medidas de protección de las tierras por parte de las autoridades, y teniendo en cuenta la grave situación de orden público y la grave situación de seguridad de las comunidades, la Corte decidió entre otras medidas que se debían congelar las transacciones de los predios amparados como territorios colectivos, tal como lo prevé el Decreto 2007 del 2000, e “impedir que se realicen transacciones sobre estos territorios que puedan hacer nugatoria su restitución efectiva”.[104]

En la sentencia T-129 de 2011 la Corte Constitucional resolvió una tutela presentada por el pueblo Embera Katío de Chidima y Pescadito, en la que la Corte resolvió proteger, entre otros aspectos, su derecho a la propiedad colectiva por la invasión que habían realizado colonos a las tierras constituidas como resguardos indígenas.[105] De conformidad con el pueblo estas invasiones habían sido posible por el fraccionamiento del territorio en tres resguardos, por lo cual solicitaban su englobe en uno solo. Esta Corporación encontró que los entes encargados de la protección de la integridad de las comunidades étnicas habían omitido éste deber y que la comunidad se encontraba en peligro, por lo cual ordenó al

Incoder que determine si hay lugar o no al englobe de los resguardos.

En conclusión, los pueblos indígenas tienen un derecho fundamental a la propiedad colectiva, debido a que su integridad como pueblo se encuentra directamente relacionada con su permanencia en su territorio. En desarrollo de ésta obligación la Corte ha protegido el derecho a la propiedad colectiva de los pueblos indígenas y de las comunidades afrodescendientes contra actos de terceros y ha encontrado omisiones de las autoridades públicas encargadas de garantizar éstos derechos. Para garantizar este derecho contra actos de terceros ha ordenado: (i) un plan de salvaguarda respecto de aquellas etnias que se encuentran en riesgo que tiene un componente para garantizar un integridad étnica y otro para garantizar su territorio; (ii) establecer mecanismos para la restitución de las comunidades afrodescendientes que se hubiesen realizado, sin los requisitos previstos en la Ley 70 de 1993; (iii) congelar las transacciones sobre un territorio colectivo por los riesgos de explotación económica.

iii) El derecho a la propiedad colectiva es un medio para garantizar la integridad de las comunidades indígenas.

12. Esta Corte ha destacado desde los primeros años de su jurisprudencia que el derecho a la propiedad colectiva de los pueblos indígenas y tribales es un medio para garantizar su derecho a la subsistencia y a la identidad étnica y cultural.

El primer fallo de tutela en el cual esta Corporación analizó el derecho a la subsistencia fue la sentencia T-380 de 1993, en la cual la cual debió resolver si se vulneró el derecho a la vida de la comunidad indígena Embera Katío del río Chajeradó, por la explotación maderera en su territorio y por la omisión de las autoridades públicas para detener la tala.[106] Al respecto, ésta Corporación señaló que “entre otros derechos fundamentales, las comunidades indígenas son titulares del derecho fundamental a la subsistencia” el que se deduce directamente del derecho a la vida consagrado en el artículo 11 de la Constitución. Y señaló que:

“La cultura de las comunidades indígenas, en efecto, corresponde a una forma de vida que se condensa en un particular modo de ser y de actuar en el mundo, constituido a partir de valores, creencias, actitudes y conocimientos, que de ser cancelado o suprimido - y a ello puede llegarse si su medio ambiente sufre un deterioro severo -, induce a la

desestabilización y a su eventual extinción”.

Al analizar el caso concreto la Corte indicó que “la inacción estatal, con posterioridad a la causación de un grave daño al medio ambiente de un grupo étnico, dada la interdependencia biológica del ecosistema, puede contribuir pasivamente a la perpetración de un etnocidio, consistente en la desaparición forzada de una etnia (CP art. 12) por la destrucción de sus condiciones de vida y su sistema de creencias”. En consecuencia le ordenó a la entidad demandada adelantar las acciones necesarias para restablecer el medio ambiente.

En la sentencia SU-039 de 1997,[107] en la que la Corte decidió una tutela interpuesta por el pueblo UWA por la ausencia de consulta previa de la explotación petrolera de sus territorios, esta Corporación también se refirió al derecho a la subsistencia.[108] Y señaló que uno de los medios para garantizar este derecho era el derecho fundamental a la consulta previa. Al respecto la Corte indicó:

“La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas debe hacerse compatible con la protección que el Estado debe dispensar a la integridad social, cultural y económica de las comunidades indígenas, integridad que como se ha visto antes configura un derecho fundamental para la comunidad por estar ligada a su subsistencia como grupo humano y como cultura. Y precisamente, para asegurar dicha subsistencia se ha previsto, cuando se trate de realizar la explotación de recursos naturales en territorios indígenas, la participación de la comunidad en las decisiones que se adopten para autorizar dicha explotación. De este modo, el derecho fundamental de la comunidad a preservar la referida integridad se garantiza y efectiviza a través del ejercicio de otro derecho que también tiene el carácter de fundamental, en los términos del art. 40, numeral 2 de la Constitución, como es el derecho de participación de la comunidad en la adopción de las referidas decisiones”.

La aplicación del derecho a la subsistencia sería reiterado con posterioridad en la sentencia T-652 de 1998 en la que la Corte resolvió una tutela interpuesta por el pueblo indígena Embera Katío del Alto Sinú, por la construcción de la represa hidroeléctrica Urra I, sin realizar una consulta previa.[109] En aquella oportunidad la Corte tuteló los derechos del pueblo, a la supervivencia la integridad étnica, cultural, social y económica, a la

participación y al debido proceso. Como el daño a los derechos ya se había consumado esta Corporación ordenó “que se indemnice al pueblo afectado al menos en la cuantía que garantice su supervivencia física, mientras elabora los cambios culturales, sociales y económicos a los que ya no puede escapar, y por los que los dueños del proyecto y el Estado, en abierta violación de la Constitución y la ley vigentes, le negaron la oportunidad de optar”. [110]

En la sentencia T-769 de 2009 la Corte debió resolver si el otorgamiento de un título minero en el territorio indígena del Resguardo Río Murindó, sin la previa realización de una consulta a todos los afectados violaba los derechos de la comunidad indígena, a la participación, a la consulta previa y a la existencia, autonomía, identidad e integridad cultural. [111] En aquella oportunidad la Corte destacó que “la exploración y explotación de los recursos naturales en estos territorios protegidos, debe hacerse compatible con la protección que el Estado debe dispensar a la integridad social, cultural y económica de las comunidades nativas, integridad que como se ha visto antes configura un derecho fundamental para la comunidad, por estar ligada a su subsistencia como grupo humano y como cultura”. Y agregó que “para asegurar dicha subsistencia se ha previsto, cuando se trate de realizar la explotación y exploración de recursos naturales en su hábitat, la participación de la comunidad en las decisiones que se adopten para autorizar dicha actividades”. La tutela fue concedida porque no se había convocado a todas las comunidades afectadas por la concesión minera a la consulta previa.

14. Los órganos del sistema interamericano, al igual que ésta Corte, también han destacado que el derecho a la propiedad colectiva de los pueblos indígenas es un medio para garantizar su integridad étnica y su supervivencia. En este sentido el caso del pueblo indígena Yayke Axa contra Paraguay en el cual la Corte Interamericana consideró que la violación de garantizar el derecho a la propiedad colectiva “ha afectado el derecho a una vida digna de los miembros de la Comunidad, ya que los ha privado de la posibilidad de acceder a sus medios de subsistencia tradicionales, así como del uso y disfrute de los recursos naturales necesarios para la obtención de agua limpia y para la práctica de la medicina tradicional de prevención y cura de enfermedades”. [112] En consecuencia, la Corte declaró la violación del derecho a la vida de la comunidad indígena.

De igual manera es importante destacar de la sentencia Yayke Axa la relación que existe

entre el uso de su territorio ancestral y la preservación de su identidad étnica y cultural. Al respecto la Corte indicó que para los pueblos indígenas, “la posesión de su territorio tradicional está marcada de forma indeleble en su memoria histórica y la relación que mantienen con la tierra es de una calidad tal que su desvinculación de la misma implica riesgo cierto de una pérdida étnica y cultural irreparable, con la consecuente vacante para la diversidad que tal hecho acarrearía”. [113]

La Comisión Interamericana también ha destacado en su reciente informe sobre las Tierras Ancestrales de los Pueblos Indígenas, citado en la sección anterior, que el derecho a la propiedad colectiva es la base para desarrollar su integridad étnica. Al respecto la Comisión indicó que los pueblos indígenas tienen derecho a que:

“el Estado les garantice en forma efectiva su derecho a vivir en su territorio ancestral y poder así (...) preservar su identidad cultural. Al no garantizar el Estado el derecho de propiedad territorial de las comunidades indígenas y sus miembros, se les priva “no sólo de la posesión material de su territorio sino además de la base fundamental para desarrollar su cultura, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Por ello, en virtud del artículo 21 de la Convención Americana, la garantía del derecho a la propiedad territorial es un medio para preservar la base fundamental para el desarrollo de la cultura, la vida espiritual, la integridad y la supervivencia económica de las comunidades indígenas”. [114]

De acuerdo con los precedentes citados el derecho a la propiedad colectiva no solamente es un fin en si mismo, sino que además un medio para garantizar la supervivencia y la integridad étnica de los pueblos indígenas, la cual ha sido considerada un derecho fundamental. Este derecho se ve gravemente afectado cuando existen exploraciones o explotaciones a gran escala en los territorios de los pueblos indígenas.

Para resolver la tutela interpuesta por el pueblo indígena Kofan, la Sala dividirá esta sección en tres partes. En la primera parte (a) analizará la procedencia formal de la tutela. En la segunda parte (b) resolverá el fondo del asunto. En la tercera parte (c) presentará los remedios a adoptar.

a) Procedibilidad formal de la tutela interpuesta.

Tal como se señaló en la sección de antecedentes, la tutela fue negada por los jueces de primera y segunda instancia, porque no se agotó el proceso administrativo de saneamiento ante el INCODER. Adicionalmente, el juez de primera instancia señaló que no se configuraba un perjuicio irremediable, ni se cumplía con el requisito de inmediatez, porque al momento de la interposición de la acción de tutela habían transcurrido más de catorce años desde la creación del resguardo indígena en 1998 y no se justificó su inactividad durante un periodo tan prolongado. El juez de segunda instancia señaló que el pueblo peticionario debe agotar el proceso previsto en la Ley 160 de 1994, porque de esta manera se garantiza el derecho a la igualdad de otros pueblos indígenas con pretensiones similares.

Al respecto, los peticionarios indicaron que la acción de tutela es su único medio de defensa judicial efectivo para garantizar su derecho a la propiedad colectiva y que la existencia de otros medios de defensa de carácter administrativo no afecta la procedencia de la tutela. Agregaron que los 14 años que han transcurrido desde la constitución del resguardo no deben ser tenidos en cuenta como inactividad, sino como una prolongada omisión del Estado para proteger sus derechos. Señalaron que pertenecer a un pueblo de extinción constituye un perjuicio irremediable.

15. De acuerdo con lo anterior, le corresponde a la Sala resolver si en el presente caso la tutela resulta improcedente, porque el pueblo indígena no agotó el proceso administrativo de saneamiento previsto en la Ley 160 de 1994 y en el Decreto 2164 de 1995.

La Constitución establece en su artículo 86 que la tutela “solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”. De manera similar el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991 “Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política” señala que la acción de tutela no procederá “cuando existan otros recursos o medios de defensa judiciales, salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable”.

Sin embargo, el Decreto citado también advierte que “la existencia de dichos medios [de defensa] será apreciada en concreto, en cuanto a su eficacia, atendiendo las circunstancias en que se encuentra el solicitante”. Al respecto esta Corte ha sostenido en su jurisprudencia:

“para los efectos de establecer cuándo cabe y cuándo no la instauración de una acción de tutela, el juez está obligado a examinar los hechos que ante él se exponen así como las pretensiones del actor, y a verificar si, por sus características, el caso materia de estudio puede ser resuelto, en relación con los derechos fundamentales posiblemente afectados o amenazados, y con la efectividad indispensable para su salvaguarda, por los procedimientos judiciales ordinarios, o si, a la inversa, la falta de respuesta eficiente de los medios respectivos, hace de la tutela la única posibilidad de alcanzar en el caso concreto los objetivos constitucionales”. [115]

Para establecer si un medio de defensa desplaza a la tutela debe establecerse que es idóneo y eficaz. La Corte ha precisado que ésta “sólo tiene lugar cuando dentro de los diversos medios que aquél ofrece para la realización de los derechos, no exista alguno que resulte idóneo para proteger instantánea y objetivamente el que aparece vulnerado o es objeto de amenaza por virtud de una conducta positiva o negativa de una autoridad pública o de particulares en los casos señalados por la ley”. [116]

Si bien a través del proceso administrativo de saneamiento los peticionarios podrían lograr lo que pretenden mediante la acción de tutela este proceso no puede desplazar a la tutela como medio principal de protección del pueblo indígena Kofán, porque el proceso de constitución del resguardo ha demostrado que es ineficaz en la práctica para proteger de manera oportuna el derecho a la propiedad colectiva de los pueblos indígenas. En varias sentencias de tutela de esta Corte se ha declarado la violación del derecho al debido proceso administrativo de pueblos indígenas, por la dilación injustificada en los procesos de constitución de resguardos indígenas.

Al respecto, la Corte tuteló en la sentencia T-079 de 2001 el derecho de petición del Resguardo Indígena de Quizgó, porque el INCORA se había tardado más de trece meses en decidir la solicitud de ampliación del resguardo. [117]

Con posterioridad, en la sentencia T-909/09, la Corte resolvió una tutela interpuesta por el Consejo Comunitario del Río Naya contra el INCODER, por la demora injustificada de 10 años en el proceso administrativo de la titulación del territorio colectivo. [118] En aquella oportunidad la Corte señaló que “la dilación injustificada que ha impedido adoptar una decisión de fondo en el trámite administrativo de titulación colectiva del territorio ancestral

de la Comunidad Afrodescendiente de la Cuenca del Río Naya aparejó el desconocimiento de su derecho constitucional fundamental al reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural e implicó la vulneración de los derechos constitucionales fundamentales a la vida, a la dignidad y a la igualdad de sus integrantes”.[119] Esta Corporación llamó la atención porque la demora injustificada era más gravosa si se consideraba que la comunidad vivía en una región gravemente afectada por el conflicto armado interno, y porque integrantes de la comunidad habían sido víctimas de amenazas, homicidios selectivos.[120]

En la sentencia T-009 de 2013, la Corte declaró la violación del derecho al debido proceso, a la vida, a la salud, a la educación y a la autodeterminación del pueblo indígena Sikuni Arizona Cupepe por las dilaciones injustificadas de más de 14 años en el proceso administrativo de constitución de su territorio colectivo como resguardo indígena.[121] En aquella oportunidad, la Corte estableció que “el contexto de conflicto armado en el que se asienta la población indígena de este caso es particularmente grave, y la situación a la que se expone la comunidad por no delimitar y reconocer su territorio, provoca un estado de vulnerabilidad mucho mayor”.[122]

De acuerdo con la jurisprudencia de la Corte, esta Sala encuentra que los procesos administrativos de constitución, ampliación saneamiento de resguardo de pueblos indígenas en zonas de conflicto armado no se han caracterizado por su celeridad. Los peticionarios son sujetos de especial protección constitucional por tratarse de una comunidad indígena. Con el agravante que se encuentran en peligro de extinción como lo señaló el auto 004 de 2009, tal como se abordará con mayor detalle en el siguiente acápite. El pueblo se dirigió por lo menos desde 1985 al Gobierno Nacional solicitando el saneamiento de la reserva indígena, sin que hasta la fecha este se haya realizado o se hayan adoptado medidas para prevenir las invasiones de terceros que los indígenas denunciaban.[123] En razón de lo anterior, la Sala concluye que la tutela es procedente.

La Sala considera que tampoco se ha desconocido el principio de inmediatez, como lo señaló el juez de primera instancia. Aceptar que la tutela no procede, porque se incumple con este principio, sería trasladar la inactividad de las entidades estatales a los peticionarios cuando éstos han solicitado de manera reiterada el saneamiento de la reserva constituida en 1973, desde el momento que comenzó a ser ocupada por terceros. En 1976

denunciaron la ocupación de personas ajenas[124], y como se señaló en el párrafo anterior, por lo menos desde 1985 han solicitado que se realice el saneamiento. Esa solicitud ha sido reiterada desde esa fecha. En consecuencia, el requisito de inmediatez se debe considerar cumplido.

b) Análisis de fondo.

i) Situación del pueblo indígena Kofán.

16. Por lo menos desde 1973 la pervivencia de la etnia indígena Kofán se encuentra en serio peligro. En la resolución 1981 de 1973, por medio de la cual se constituyó la reserva para que fuera habitada por la etnia Kofán, el INCORA señaló que los indígenas que habitan en la zona “han sido notoriamente diezmados físicamente y reducidos en sus posesiones territoriales, primero por la acción minera, luego cauchera y últimamente por la colonización desatada a raíz del ingreso de las compañías petroleras”. [125] Y mencionó como uno de los motivos para establecer la reserva que “el incremento de la colonización ofrece aún a los indígenas de la zona el peligro de ser desplazados”. [126]

El riesgo de ser desplazados se materializó para muchos integrantes del pueblo Kofán debido a la invasión de los colonos. En un informe de junio de 1990 realizado por el INCORA después de una visita a la reserva se advierte: “como consecuencia de la invasión por parte de los colonos a las reservas se viene dando la desmembración y desarticulación de las etnias Kofán, Ingá y Siona, ocasionando la invasión de importantes núcleos hacia el Ecuador, debido a que perdieron los territorios tradicionales de caza, pesca, recolección de plantas medicinales, como el Yajé teniendo los curacas que alejarse de las comunidades para poder conseguir los elementos principales de ejercer las actividades de médico tradicional”. [127]

En una visita posterior al resguardo realizada por el INCORA en 1996 se resalta en el informe correspondiente que los colonos “les dejaron a los indígenas un promedio de 21,6 hectáreas por familia, área insuficiente si se tiene en cuenta el sistema de trabajo de los indígenas de rotación de cultivos y de sitios de explotación para conservar y mejorar la fertilidad de las tierras”. [128] Y se agregó que éstas son “insuficientes también porque necesitan áreas para caza, pesca, lugares para conseguir plantas medicinales por cuanto poseen suficiente conocimiento en estas actividades de medicina tradicional”. [129] De igual

manera, en el estudio se advierte que la economía de subsistencia se encuentra agravada, porque la invasión de colonos les quitó las mejores áreas, y en su mayoría para siembra de cultivos ilícitos.[130]

Ese mismo año (1996) se realizó un nuevo estudio socioeconómico por parte del INCORA que llegó a conclusiones similares.[131] Allí se indica: “la explotación petrolera, la tala indiscriminada de bosque, la contaminación de los suelos, las aguas, entre otros, el empuje avasallador de la colonización sobre las tierras de las comunidades aborígenes ocasionó la pérdida de los valores culturales de las etnias, y por consiguiente, su integración y vinculación, a ésta, pero a través de estratos sociales más pobres y marginales”. [132] En el estudio se dijo: “en tal sentido se ha limitado su capacidad de utilización de los recursos naturales en las prácticas tradicionales de horticultura, de la caza, pesca y recolección de productos del bosque, teniendo que adoptar nuevos patrones de la cultura occidental para su supervivencia”. [133] Advirtió que “la etnia Kofán, es una cultura milenaria, que se encuentra en un rápido proceso de extinción”, y señaló que las causas que pueden estar incidiendo en éste proceso son las vías de infraestructura, la colonización, el petróleo, los cultivos ilícitos y la carencia de tierras.[134]

La gravedad de la amenaza a la integridad étnica del pueblo Kofán sería corroborada años después por la Defensoría del Pueblo, en un estudio realizado por esta entidad entre el 2003 y el 2004, y que fue presentado como anexo en este proceso.[135] De acuerdo con este informe, se encontró que en el municipio del Valle del Guamuez: “El pueblo Kofán está considerado un pueblo en vía de extinción. En algunas comunidades se ha perdido parte de la cultura pero en la mayoría se mantiene viva, quedan 375 habitante de la lengua kofán que son artesanos de canastos, mochilas, collares, instrumentos de uso tradicional y ceremonial”. [136]

La Defensoría del Pueblo también advierte en este informe que en dicho municipio, donde los indígenas Kofan se encuentran asentados con otras comunidades indígenas, también se encuentran afectadas las tradiciones alimentarias de este pueblo “por la prohibición impuesta por la guerrilla, respecto a la caza y pesca en sus territorios”. [137] El informe estableció que la situación de orden público “es bastante crítica por la presencia de la guerrilla y de los grupos paramilitares”. [138] Y consagró que “los indígenas son señalados de pertenecer a cualquiera de los bandos, hecho que ha provocado muerte, tortura y

desaparición forzada de varios líderes y miembros de las comunidades indígenas”.[139]

Con posterioridad a la realización del informe de la Defensoría del Pueblo, la Corte emitió el auto 004 de 2009, en el cual indicó que el pueblo Kofan era uno de los que se encontraba en peligro de extinción. En aquella oportunidad la Corte indicó con fundamento en diferentes fuentes que de acuerdo con ésta etnia “hay tres puntos básicos que son objeto de su preocupación por plantear riesgos claros para su supervivencia étnica, a saber, la presencia de cultivos ilícitos y la realización de fumigaciones con efectos indiscriminados; la realización de actividades petroleras sin consulta previa; y la instalación del Centro Nacional de Atención Fronteriza, sin consulta previa, en su territorio”.[140] La Corporación estableció que el pueblo ha denunciado desde 2002: “la intensificación del conflicto en el Putumayo está violando sus derechos, y pidiendo protección y trabajando en su defensa a través del Plan de Vida”.[141]

En síntesis, el pueblo Kofán se encuentra en vía de extinción. Así lo han colegido esta Corte, el INCORA y la Defensoría del Pueblo. No existe ninguna prueba en el expediente que desvirtúe esta conclusión. Las causas que han contribuido a esta situación se encuentran directamente relacionadas, como lo advirtió el INCORA, con la ausencia de territorio.

ii) Medidas adoptadas por los organismos estatales para garantizar la propiedad como medio para asegurar la integridad étnica del pueblo.

17. Tal como se señaló en la sección de antecedentes, el INCORA facultó a su Gerente General, en la resolución 168 de octubre de 1968, para destinar como zona de colonización especial, un sector de los terrenos baldíos ubicados en Santa Rosa del Guamuez, con el fin de destinarlas a las comunidades indígenas de la región. Y agregó que “en dichas zonas no se permitirá la ocupación ni la consiguiente adjudicación a favor de personas distintas de los aborígenes”. Esta facultad se materializó en la Resolución 1981 de 1973, en la cual se constituyó la zona de reserva indígena de Santa Rosa del Guamuez en un área aproximada de 3.750 hectáreas, como se señaló con anterioridad, allí se señaló el riesgo que corría la etnia Kofán. Además prohibió el establecimiento de colonos en esta zona.

Los indígenas de la zona se dirigieron aproximadamente en agosto de 1976 al Ministerio de Gobierno y al INCORA para denunciar las invasiones de colonos a sus reservas, tal como se señala en una comunicación firmada por funcionarios de estas entidades. En ese entonces

se pudo establecer que 230 campesinos se encontraban en la zona de reserva.[142] Si bien se realizaron visitas de diferentes instituciones nacionales a la zona, no consta en el expediente que se haya adoptado, en ese entonces, ninguna medida para proteger la reserva indígena.

Entre 1985 y 1990 el pueblo Kofán de Santa Rosa del Guamuez se dirigió por lo menos en tres oportunidades al Gobierno Nacional solicitando el saneamiento de la reserva indígena.[143] En junio de 1990 después de realizar una visita a la reserva el INCORA recomendó la adquisición de 200 mejoras en tres reservas de la región y convertirlas en resguardos.[144] Y recomendó levantar la reserva en las zonas donde se encuentran asentados la mayoría de los colonos, para que los predios les fueran titulados a éstos.[145] Aunque las comunidades solicitaron, con posterioridad a la visita, que se realizara la compra de algunas mejoras que algunos colonos se habían mostrado dispuestos a vender, durante más de cinco años, de acuerdo con el expediente, no se realizó ninguna actividad.[146]

En 1992, el INCORA compró ocho mejoras con un área de 170 hectáreas.[147] Con posterioridad en un estudio socioeconómico realizado en 1997 se recomendó que se constituyera el resguardo por 1006 hectáreas, como el resguardo poseía 755 hectáreas, sugirió que se adquirieran 251.[148] Sin embargo el trece (13) de mayo de 1998 el INCORA decidió, a través de la resolución 009, titular como resguardo indígena las 755 hectáreas que poseían los indígenas.

En resumen, para garantizar los derechos a la integridad étnica y a la supervivencia del pueblo indígena Kofán el Estado adoptó tres medidas que se deben resaltar. En primer lugar, constituyó una reserva indígena de 3.750 hectáreas en 1973 destinada a la habitación del pueblo. En segundo lugar, compró unas mejoras por 170 hectáreas para destinarlas al pueblo. Y en tercer lugar constituyó el resguardo en las 755 hectáreas habitadas por los indígenas.

iii) Sería amenaza del derecho a la supervivencia étnica del pueblo indígena Kofán por ausencia de territorio.

18. Para la Sala las medidas adoptadas para garantizar la integridad étnica y la supervivencia del pueblo indígena han sido insuficientes, porque no han impedido la

colonización de los territorios, a pesar de que por lo menos desde 1977 el pueblo Kofán ha solicitado el saneamiento de la reserva.

El INCORA, tenía la obligación de prevenir que la reserva fuera invadida, para garantizar el cumplimiento de las resoluciones que dicha entidad había proferido, que como ya se señaló tenían por finalidad que los integrantes del pueblo no se vieran obligados a desplazarse. Pero además debían convertir la reserva en resguardo, tal como se estableció en el Decreto 2164 de 1995,[149] el cual consagró funciones de esta entidad: “El saneamiento territorial de los resguardos y reservas indígenas y la conversión de éstas en resguardos” (artículo 1.4).

Si bien el INCORA por sí solo no podía impedir la invasión, si debió actuar de manera diligente para alertar a las demás entidades del Estado para que se previniera la colonización de la reserva. Al respecto La Corte ha establecido que la dimensión objetiva de los derechos fundamentales implica una obligación de hacer encaminada a garantizar la efectividad de los derechos. En este sentido, la Corte señaló en la sentencia T-704 de 2006:

“Que los derechos constitucionales fundamentales se consignen en documentos jurídicos significa un gran paso en orden a obtener su cumplimiento, pero no es suficiente. Es preciso el despliegue de todo un conjunto de medidas, tareas y actuaciones por parte del Estado – tanto en el nivel nacional como en el territorial – orientadas a garantizar la plena efectividad de estos derechos en la práctica. En esta misma línea de argumentación es deber del Estado garantizar la disponibilidad de recursos, emitir un grupo de medidas y realizar un conjunto de tareas y actuaciones dirigidas a asegurar que se cumplan las condiciones para hacer efectivos los derechos constitucionales fundamentales. Las omisiones del Estado en relación con este propósito puede acarrear el grave desconocimiento de estos derechos”.[150]

El deber de adoptar medidas para garantizar el principio de efectividad de los derechos fundamentales se encuentra previsto en diferentes disposiciones de la Constitución. El art. 2 establece que son fines esenciales del Estado promover la efectividad de los derechos fundamentales. El art. 5 prevé la primacía de los derechos inherentes de las personas. De igual manera, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 2), el Pacto

Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 2.2), y el Convenio 169 de la OIT (art. 2.1) establecen la obligación de los Estados partes, como Colombia, de adoptar las medidas necesarias para garantizar los derechos humanos. Al respecto el Comité de Derechos Humanos ha advertido que:

“las obligaciones positivas de los Estados Partes de velar por los derechos del Pacto sólo se cumplirán plenamente si los individuos están protegidos por el Estado, no sólo contra las violaciones de los derechos del Pacto por sus agentes, sino también contra los actos cometidos por personas o entidades privadas que obstaculizarían el disfrute de los derechos del Pacto en la medida en que son susceptibles de aplicación entre personas o entidades privadas”. [151]

De manera contraria a su obligación de proteger al pueblo indígena Kofán, contra actos de terceros, consagrada en el texto de la Constitución, de los tratados internacionales y de la Declaración sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, las autoridades estatales han restado eficacia a la constitución de la reserva porque durante años han tolerado y consentido el establecimiento de colonos en la zona. Si bien la constitución de la reserva constituyó un paso importante para garantizar la integridad étnica del pueblo, los indígenas se vieron obligados a sufrir una asimilación del estándar de vida occidental, tal como se aprecia en los estudios citados. Aunque el pueblo es libre de asumir una nueva identidad y éste es un proceso en construcción constante, en éste caso no se trató de una decisión libre. Como lo ha advertido esta Corte acerca del derecho a la supervivencia de los grupos étnicos:

“tanto como ocurre en el caso del derecho a la vida para los seres humanos, puede entenderse que existe vulneración o amenaza de este derecho fundamental, no sólo ante la presencia de hechos o situaciones que de manera inminente pongan el derecho en peligro o posibilidad de perderse, sino incluso ante eventos que de manera más lenta o discreta, causen en todo caso afectaciones ciertas, generalmente irreversibles, a partir de las cuales se dificulte o reduzca su goce efectivo”. [152]

En este caso la ausencia del saneamiento de la reserva indígena ha ido deteriorando la cultura Kofán. Como lo afirma la intervención de la Clínica Jurídica de la Universidad Javeriana, la situación del pueblo es grave y corren el riesgo de desaparecer si no se

adoptan medidas para garantizar sus derechos. La constitución del resguardo, en 1998, tampoco ha contribuido a preservar la integridad étnica del pueblo, como lo demuestran los estudios posteriores de la Defensoría y el Auto 004. En consecuencia, la Corte concede la tutela por la violación de los derechos a la supervivencia, a la identidad e integridad étnica y cultural, y a la propiedad colectiva y en la siguiente sección establecerá las órdenes para remediar esta situación.

iv) El derecho al debido proceso de los colonos asentados en el territorio de la reserva.

La Sala no puede dejar de abordar la situación de los colonos que se encuentran asentados en el lugar dónde se creó la reserva. De acuerdo con lo expuesto en la Resolución 009 del trece (13) de mayo de 1998 proferida por el INCORA “los colonos ocupan 2995 hectáreas aproximadamente [de la reserva, equivalentes al 79,87% del total del área de reserva” Ya para ese entonces existían trescientos treinta y ocho (338) colonos. El pueblo Kofán denunció su aparición desde 1976.

En el proceso administrativo que se adelante para la conversión y saneamiento del resguardo se deberá garantizar el derecho al debido proceso de los colonos. Para tal fin se garantizará a los colonos el derecho a ser oídos a través de quienes los representan, a presentar y a controvertir las pruebas que consideren pertinentes.

Remedios

La Corte reconoce que el Gobierno tiene un margen de autonomía para definir la manera en que se deben garantizar la materialización de los derechos fundamentales. Sin embargo, este principio tiene límites y la Corte debe responder a cada caso en concreto de tal manera que se garanticen los principios de conducencia y eficacia.

En el presente caso existe un riesgo de desaparición del pueblo indígena Kofán. En consecuencia, el deber de esta Sala adoptar el remedio más eficaz de todos los disponibles para garantizar la supervivencia de la comunidad. Al respecto, la Corte considera que la reserva aun se encuentra vigente y que fue constituida para garantizar que los Kofan pervivieran de manera digna. Las reservas indígenas constituidas son inalienables, inembargables e imprescriptibles y son territorios colectivos, tal como se encuentra previsto

en el Convenio 169 de 1991, por expreso mandato legal de la Ley 160 de 1994 “Por la cual se crea el Sistema Nacional de Reforma Agraria y Desarrollo Rural Campesino, se establece un subsidio para la adquisición de tierras, se reforma el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria y se dictan otras disposiciones.”[153] Es entonces un deber de la administración, y en este caso del INCODER darle eficacia jurídica a este mandato porque de no hacerlo se mantendría el estado de cosas actual en el que la supervivencia de los Kofán como pueblo se encuentra en grave peligro. Por ello ordenará que se realice el procedimiento previsto en el Decreto 2164 de 1995,[154] teniendo en consideración las necesidades de tierra de los indígenas Kofán.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE:

Primero.- LEVANTAR la suspensión del término decretada para decidir el presente asunto.

Segundo.- REVOCAR las sentencias proferidas en primera instancia por el Juzgado Veinticuatro Civil del Circuito de Bogotá, el cinco (5) de julio de 2012, y en segunda instancia por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el 6 de agosto de 2012, las cuales declararon improcedentes la acción. En su lugar conceder el amparo por derechos a la supervivencia, a la identidad e integridad étnica y cultural, y a la propiedad colectiva del pueblo indígena Kofán.

Tercero.- ORDENAR al INCODER que en el plazo de diez (10) días inicie el proceso administrativo previsto en el Decreto 2164 de 1995, “por el cual se reglamenta parcialmente el [Capítulo XIV de la Ley 160 de 1994] en lo relacionado con la dotación y titulación de tierras a las comunidades indígenas para la constitución, reestructuración, ampliación y saneamiento de los Resguardos Indígenas en el territorio nacional”, con la participación del pueblo indígena Kofán y de los colonos que se encuentran en el área comprendida por la reserva indígena conformada a través la Resolución 1981 de 1973 del INCORA.

Cuarto.- SOLICITAR a la Defensoría del Pueblo y a la Procuraduría General de la Nación apoyar, acompañar y vigilar el pleno cumplimiento de lo determinado en el presente fallo, con el fin de garantizar la efectividad de los derechos aquí protegidos.

Quinto.- Cada tres (3) meses el INCODER deberá informarle a esta Sala el avance del proceso.

Sexto.- Por Secretaría General, líbrense las comunicaciones de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

MAURICIO GONZÁLEZ CUERVO

Magistrado

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

[1] El expediente de la referencia fue escogido para revisión por medio del Auto del ocho (8) de noviembre de dos mil doce (2012), proferido por la Sala de Selección Número Once.

[2] Folio No. 942 del cuaderno principal. (En adelante, cuando se haga referencia a un folio debe entenderse que hace parte del cuaderno principal, a menos que se diga expresamente otra cosa).

[3] Folios 945 y 946.

[4] Folio 987.

[5] Folio 997.

[6] Folio 999.

[7] Folio 25 del cuaderno de revisión.

[8] Folios 26 al 48 del cuaderno de revisión.

[9] Folios 49 - 58, los apartes citados se encuentran específicamente en el folio 51.

[10] Folio 52 del cuaderno de revisión.

[11] Folio 52 del cuaderno de revisión.

[12] Folio 52 del cuaderno de revisión.

[13] Esta información es tomada por la Defensoría del Pueblo del Plan de Salvaguarda del pueblo Kofán. (Folio 53 del cuaderno de revisión).

[14] Folio 53 del cuaderno de revisión.

[15] Folio 57 del cuaderno de revisión.

[16] Folio 57 del cuaderno de revisión.

[17] De acuerdo con la jurisprudencia de esta Corte “los sujetos de especial protección constitucional, como los menores, la madres cabeza de familia o los discapacitados, son aquellos que pertenecen a un sector de la población que, por cuestiones que escapan a su control, se encuentran en circunstancias objetivas de marginalidad o debilidad manifiesta a la hora de satisfacer ciertos derechos fundamentales. Por esta razón, en cumplimiento del principio de igualdad material consagrado en el artículo 13 de la Carta, las personas ubicadas en estos sectores son acreedoras a una especial protección constitucional” Sentencia C-707 de 2005 (MP. Jaime Córdova Triviño, AV. Jaime Araujo Rentería).

[18] Sentencia T-235 de 2011 MP. Luis Ernesto Vargas Silva.

[19] Auto 004 de 2008 MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

[20] Ibídem.

[21] Sentencia T-376 de 2012 MP. María Victoria Calle Correa.

[22] MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

[23] En aquella oportunidad la Corte decidió una tutela interpuesta por la comunidad de Paso Ancho en el Tolima en la que se le ordenó al INCORA adelantar los procedimientos pertinentes para constituir un resguardo. Los peticionarios alegaron que la falta de constitución del resguardo había generado conflictos entre las personas que habitaban en la zona.

[24] Sentencia SU-510 de 1998 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz, SPV. Hernando Herrera Vergara y Vladimiro Naranjo Mesa. SV. José Gregorio Hernández Galindo). Fundamento jurídico 61.

[25] Sentencia T-652 de 1998 MP. Carlos Gaviria Díaz.

[26] El artículo 63 dispone: “Los bienes de uso público, los parques naturales, las tierras comunales de grupos étnicos, las tierras de resguardo, el patrimonio arqueológico de la Nación y los demás bienes que determine la ley, son inalienables, imprescriptibles e inembargables”.

[27] Este artículo establece: “La conformación de las entidades territoriales indígenas se hará con sujeción a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial, y su delimitación se hará por el Gobierno Nacional, con participación de los representantes de las comunidades indígenas, previo concepto de la Comisión de Ordenamiento Territorial.

Los resguardos son de propiedad colectiva y no enajenable.

La ley definirá las relaciones y la coordinación de estas entidades con aquellas de las cuales formen parte.

Parágrafo. En el caso de un territorio indígena que comprenda el territorio de dos o más departamentos, su administración se hará por los consejos indígenas en coordinación con

los gobernadores de los respectivos departamentos. En caso de que este territorio decida constituirse como entidad territorial, se hará con el cumplimiento de los requisitos establecidos en el inciso primero de este artículo”.

[28] El artículo 330 de la Constitución Política establece:

“De conformidad con la Constitución y las leyes, los territorios indígenas estarán gobernados por consejos conformados y reglamentados según los usos y costumbres de sus comunidades y ejercerán las siguientes funciones:

1. Velar por la aplicación de las normas legales sobre usos del suelo y poblamiento de sus territorios.
2. Diseñar las políticas y los planes y programas de desarrollo económico y social dentro de su territorio, en armonía con el Plan Nacional de Desarrollo.
3. Promover las inversiones públicas en sus territorios y velar por su debida ejecución.
4. Percibir y distribuir sus recursos.
6. Coordinar los programas y proyectos promovidos por las diferentes comunidades en su territorio.
7. Colaborar con el mantenimiento del orden público dentro de su territorio de acuerdo con las instrucciones y disposiciones del Gobierno Nacional.
8. Representar a los territorios ante el Gobierno Nacional y las demás entidades a las cuales se integren; y
9. Las que les señalen la Constitución y la ley.

Parágrafo. La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. En las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación, el Gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades”.

[29] Sentencia T-188 de 1993. MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

[30]“Por el cual se reglamenta parcialmente el [Capítulo XIV de la Ley 160 de 1994] en lo relacionado con la dotación y titulación de tierras a las comunidades indígenas para la constitución, reestructuración, ampliación y saneamiento de los Resguardos Indígenas en el territorio nacional”.

[31] MP. Luis Ernesto Vargas Silva.

[32] Ley 21 de 1991.

[33] Sentencia T-693 de 2011 MP. María Victoria Calle Correa.

[34] T-188 de 1993 MP. Eduardo Cifuentes Muñoz; T-652- 98 MP. Carlos Gaviria Díaz; Sentencia SU-510 de 1998 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz, SPV. Hernando Herrera Vergara y Vladimiro Naranjo Mesa. SV. José Gregorio Hernández Galindo). Fundamento jurídico 61.

[35] Artículo 13 “1. Al aplicar las disposiciones de esta parte del Convenio, los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación.

2. La utilización del término «tierras» en los artículos 15 y 16 deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera”.

[36] *Ibídem* numeral 1.

[37] Al respecto el artículo 7.1 establece: “Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe el proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente”.

[38] Artículo 14 “1. Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y

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

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

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

[39] Art. 18 “La ley deberá prever sanciones apropiadas contra toda intrusión no autorizada en las tierras de los pueblos interesados o todo uso no autorizado de las mismas por personas ajenas a ellos, y los gobiernos deberán tomar medidas para impedir tales infracciones”.

[40] *Ibíd.*

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

2. Cuando excepcionalmente el traslado y la reubicación de esos pueblos se consideren necesarios, sólo deberán efectuarse con su consentimiento, dado libremente y con pleno conocimiento de causa. Cuando no pueda obtenerse su consentimiento, el traslado y la reubicación sólo deberán tener lugar al término de procedimientos adecuados establecidos por la legislación nacional, incluidas encuestas públicas, cuando haya lugar, en que los pueblos interesados tengan la posibilidad de estar efectivamente representados.

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

[42] Artículo 4. 1. “Deberán adoptarse las medidas especiales que se precisen para

salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados”.

[43] Esta disposición establece: 1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:

(a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;

(b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan;(c) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin.

2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.

[44] Sentencias T-704 de 2006, MP. Humberto Antonio Sierra Porto y T-514 de 2009 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[45] *Ibídem.*

[46] Sentencia T-376 de 2012 MP. María Victoria Calle Correa. Se omiten las notas al pie.

[47] *Ibídem.*

[48] *Ibídem.*

[49] *Ibídem.*

[50] Al respecto la sección relevante del Preámbulo señala: “Preocupada por el hecho de que los pueblos indígenas han sufrido injusticias históricas como resultado, entre otras

cosas, de la colonización y de haber sido desposeídos de sus tierras, territorios y recursos, lo que les ha impedido ejercer, en particular, su derecho al desarrollo de conformidad con sus propias necesidades e intereses”.

[51] Sobre el particular el Preámbulo dispone “Reconociendo la urgente necesidad de respetar y promover los derechos intrínsecos de los pueblos indígenas, que derivan de sus estructuras políticas, económicas y sociales y de sus culturas, de sus tradiciones espirituales, de su historia y de su filosofía, especialmente los derechos a sus tierras, territorios y recursos”.

[52] Al respecto el Preámbulo indica “Convencida de que si los pueblos indígenas controlan los acontecimientos que los afecten a ellos y a sus tierras, territorios y recursos podrán mantener y reforzar sus instituciones, culturas y tradiciones y promover su desarrollo de acuerdo con sus aspiraciones y necesidades”

[53] Artículo 3 “Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural”. Artículo 4 “Los pueblos indígenas, en ejercicio de su derecho a la libre determinación, tienen derecho a la autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como a disponer de medios para financiar sus funciones autónomas”.

[54] Artículo 8 “1. Los pueblos y los individuos indígenas tienen derecho a no ser sometidos a una asimilación forzada ni a la destrucción de su cultura”.

[55] Artículo 8.2. “Los Estados establecerán mecanismos eficaces para la prevención y el resarcimiento de:

- a) Todo acto que tenga por objeto o consecuencia privarlos de su integridad como pueblos distintos o de sus valores culturales o su identidad étnica;
- b) Todo acto que tenga por objeto o consecuencia desposeerlos de sus tierras, territorios o recursos;
- c) Toda forma de traslado forzado de población que tenga por objeto o consecuencia la violación o el menoscabo de cualquiera de sus derechos;

d) Toda forma de asimilación o integración forzada;

e) Toda forma de propaganda que tenga como fin promover o incitar a la discriminación racial o étnica dirigida contra ellos”.

[56] “Artículo 25 Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y fortalecer su propia relación espiritual con las tierras, territorios, aguas, mares costeros y otros recursos que tradicionalmente han poseído u ocupado y utilizado y a asumir las responsabilidades que a ese respecto les incumben para con las generaciones venideras”.

[57] “Artículo 26 1. Los pueblos indígenas tienen derecho a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o utilizado o adquirido”.

[59] “Art. 26.3 .Los Estados asegurarán el reconocimiento y protección jurídicos de esas tierras, territorios y recursos. Dicho reconocimiento respetará debidamente las costumbres, las tradiciones y los sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas de que se trate”.

[60] Artículo 28 “1. Los pueblos indígenas tienen derecho a la reparación, por medios que pueden incluir la restitución o, cuando ello no sea posible, una indemnización justa y equitativa por las tierras, los territorios y los recursos que tradicionalmente hayan poseído u ocupado o utilizado y que hayan sido confiscados, tomados, ocupados, utilizados o dañados sin su consentimiento libre, previo e informado.

2. Salvo que los pueblos interesados hayan convenido libremente en otra cosa, la indemnización consistirá en tierras, territorios y recursos de igual calidad, extensión y condición jurídica o en una indemnización monetaria u otra reparación adecuada”.

[61] Artículo 28 1. Los pueblos indígenas tienen derecho a la reparación, por medios que pueden incluir la restitución o, cuando ello no sea posible, una indemnización justa y equitativa por las tierras, los territorios y los recursos que tradicionalmente hayan poseído u ocupado o utilizado y que hayan sido confiscados, tomados, ocupados, utilizados o dañados sin su consentimiento libre, previo e informado.

2. Salvo que los pueblos interesados hayan convenido libremente en otra cosa, la indemnización consistirá en tierras, territorios y recursos de igual calidad, extensión y

condición jurídica o en una indemnización monetaria u otra reparación adecuada.

[62] “Artículo 29 1. Los pueblos indígenas tienen derecho a la conservación y protección del medio ambiente y de la capacidad productiva de sus tierras o territorios y recursos. Los Estados deberán establecer y ejecutar programas de asistencia a los pueblos indígenas para asegurar esa conservación y protección, sin discriminación.

2. Los Estados adoptarán medidas eficaces para asegurar que no se almacenen ni eliminen materiales peligrosos en las tierras o territorios de los pueblos indígenas sin su consentimiento libre, previo e informado.

3. Los Estados también adoptarán medidas eficaces para asegurar, según sea necesario, que se apliquen debidamente programas de control, mantenimiento y restablecimiento de la salud de los pueblos indígenas afectados por esos materiales, programas que serán elaborados y ejecutados por esos pueblos”.

[63] Artículo 30 “1. No se desarrollarán actividades militares en las tierras o territorios de los pueblos indígenas, a menos que lo justifique una razón de interés público pertinente o que se haya acordado libremente con los pueblos indígenas interesados, o que éstos lo hayan solicitado.

2. Los Estados celebrarán consultas eficaces con los pueblos indígenas interesados, por los procedimientos apropiados y en particular por medio de sus instituciones representativas, antes de utilizar sus tierras o territorios para actividades militares”.

[64] Cfr. Sentencia T-188 de 1993 MP. Eduardo Cifuentes Muñoz; Sentencia T-652 de 1998 MP. Carlos Gaviria Díaz; Sentencia T-693 de 2011 MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[65] T-188 de 1993 MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

[66] *Ibídem*.

[67] *Ibídem*

[68] MP. Carlos Gaviria Díaz.

[69] MP. Alejandro Martínez Caballero.

[70] Al respecto ver entre otros: Corte IDH. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79; Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125; Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172.

[71] CIDH. Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09, 30 diciembre 2009. Disponible en:

<http://cidh.org/countryrep/TierrasIndigenas2009/Indice.htm>

[72] *Ibidem*, párr. 114.

[73] *Ibidem*.

[74] *Ibidem*.

[76] *Ibidem*.

[77] Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125.

[78] *Ibidem* párr. 143.

[79] *Ibidem* párr. 146.

[80] *Ibidem* párr. 147.

[81] *Ibidem* párr. 148.

[82] Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 114.

[83] *Ibidem*, párr. 128.

[84] *Ibidem*.

[85] *Ibídem*, párr. 131.

[86] *Ibídem*, párr. 132.

[87] *Ibídem*, párr. 135.

[88] *Ibídem*, párr. 138.

[89] Adoptada y abierta a la firma y ratificación por la Asamblea General en su resolución 2106 A (XX), de 21 de diciembre de 1965. Éste tratado fue ratificado a través de la ley 22 de 1981.

[90] Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Recomendación General No 23, adoptada durante el 51º periodo de sesiones, A/52/18 anexo V, 1997, párr. 5.

[91] *Ibídem*.

[92] MP. Álvaro Tafur Galvis.

[93] Auto 004 de 2009 MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

[94] *Ibídem*.

[95] *Ibídem*.

[96] *Ibídem*.

[97] *Ibídem*.

[98] *Ibídem*.

[99] Auto 005 de 2009 MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

[100] *Ibídem*.

[101] *Ibídem*.

[102] *Ibídem*.

[103] MP. Luis Ernesto Vargas Silva.

[104] Para proteger el territorio colectivo contra actos de terceros la Corte también le ordenó al entonces Ministerio del Interior y Justicia entre otras medidas que: (i) “diseñe e implemente una metodología para la realización del censo y proceso de caracterización ordenado en el Auto 005 de 2009, que garantice la transparencia del proceso y prevenga la utilización de medios fraudulentos que puedan distorsionar la información sobre estas comunidades”; (ii) “Adopte, una vez realizado el censo y caracterización a que hace referencia el ordinal anterior, todas las medidas que sean necesarias para garantizar la transparencia, seguridad y libertad de elección para la realización de la Asamblea General convocada por los Consejos Menores de la cuenca del río Curvaradó”; suspenda “ el proceso de restitución administrativa y entrega física de los territorios colectivos de las cuencas de los ríos Curvaradó, hasta tanto haya finalizado el proceso de censo y caracterización a que hace referencia el ordinal anterior y se haya realizado la Asamblea General para la elección del Consejo Comunitario Mayor”; (iii) informe acerca de “la implementación del plan de caracterización del territorio de las comunidades afrodescendientes de las cuencas de los ríos Curvaradó y Jiguamiandó y del plan integral de prevención, protección y atención a la población desplazada ordenados en el Auto 005 de 2009”. *Ibídem*. Puntos resolutivos tercero y cuarto.

[105] MP. Jorge Iván Palacio Palacio.

[106] MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.

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

[108] M.P. Antonio Barrera Carbonell.

[109] MP. Carlos Gaviria Díaz.

[110] *Ibídem*.

[111] MP. Nilson Pinilla Pinilla.

[112] Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo Reparaciones y

Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 168.

[113] *Ibíd*em, párr. 216.

[114] CIDH. Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus Tierras Ancestrales y Recursos Naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09, 30 diciembre 2009. Disponible en:

<http://cidh.org/countryrep/TierrasIndigenas2009/Indice.htm>

[115] Al respecto ver: T-093/97 MP. José Gregorio Hernández Galindo; T-175/97 MP. José Gregorio Hernández Galindo; T-554/97 MP. José Gregorio Hernández Galindo; T-400/02 MP. Jaime Araujo Rentería; T-800/02, MP. Jaime Araujo Rentería.

[116] T-455/09 MP. Luis Ernesto Vargas Silva, T-741/09 MP. Nilson Pinilla Pinilla.

[118] MP. Mauricio González Cuervo.

[119] *Ibíd*em.

[120] *Ibíd*em.

[121] Sentencia T-009 de 2013 MP. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[122] *Ibíd*em.

[123] El 10 de mayo de 1985, el Gobernador Indígena de la comunidad Kofán de Santa Rosa del Guamuez le envió una comunicación al Presidente de la pública solicitándole que se adopten medidas para interrumpir la invasión a las reservas. El 9 de septiembre de 1987, le envió una comunicación al Gerente del INCORA solicitando que el resguardo se convirtiera en reserva. El 15 de mayo de 1990, ésta solicitud fue reiterada

[124] INCORA. Memorando del Sugerente Jurídico.1976. Sin fecha exacta.

[125] INCORA, Resolución 1981 de 1973. 30 de abril de 1973, considerando b).

[126] *Ibíd*em, considerando c).

[127] INCORA, Informe de Visita a las reservas indígenas de Yarinal-Sna Marcelino, Afilador, Santa Rosa del Guamuez, La Hormiga Putumayo, junio de 1990.

[128] INCORA, Estudios socioeconómico, jurídico y de tenencia de tierras, Comunidad indígena de Santa Rosa del Guamuez, Etnia Kofán, San Juan de Pasto, 1996.

[129] Ibídem.

[130] Ibídem.

[131] El documento tiene ese título, pero no tiene fecha exacta.

[132] Ibídem.

[133] Ibídem.

[134] Ibídem.

[135] Folio 49.

[136] Defensoría del Pueblo, Situación de los derechos fundamentales colectivos e integrales de los pueblos indígenas del departamento del Putumayo 2003-2004, primera edición, Bogotá 2012, p. 70.

[137] Ibídem, p. 71.

[138] Ibídem, p. 72

[139] Ibídem, p. 73.

[140] Las fuentes usadas en el auto 004 la Corte para realizar el diagnóstico preliminar fueron: “La información de base que ha servido a la Corte para elaborar el diagnóstico sobre la situación actual del pueblo Kofán ante el conflicto armado y el desplazamiento forzado proviene de distintas fuentes que coinciden en su descripción del estado de cosas presente.

Los documentos consultados más importantes son: (1) Informe Preparatorio MIV - Putumayo. (2) Intervención de la Mesa Kofán ante la Corte. (3) Intervención de OZIP ante la Corte”.

[141] Auto 004 de 2009. MP. Manuel José Cepeda Espinosa.

[142] INCORA. Memorando del Sugerente Jurídico. Sin fecha.

[143] El 10 de mayo de 1985, el Gobernador Indígena de la comunidad Kofán de Santa Rosa del Guamuez le envió una comunicación al Presidente de la pública solicitándole que se adopten medidas para interrumpir la invasión a las reservas. El 9 de septiembre de 1987, le envió una comunicación al Gerente del INCORA solicitando que el resguardo se convirtiera en reserva. El 15 de mayo de 1990, ésta solicitud fue reiterada.

[144] INCORA, Informe de Visita a las reservas indígenas de Yarinal-Sna Marcelino, Afilador, Santa Rosa del Guamuez, La Hormiga Putumayo, junio de 1990.

[145] *Ibídem*

[146] Comunicación dirigida por los gobernadores indígenas del Valle del Guamuez y Orito, al director del INCORA, mayo 4 de 1991.

[147] Las escrituras se encuentran en el expediente del caso.

[148] INCORA, Estudios socioeconómico, jurídico y de tenencia de tierras, Comunidad indígena de Santa Rosa del Guamuez, Etnia Kofán, San Juan de Pasto, 1996.

[149] “Por el cual se reglamenta parcialmente el [Capítulo XIV de la Ley 160 de 1994] en lo relacionado con la dotación y titulación de tierras a las comunidades indígenas para la constitución, reestructuración, ampliación y saneamiento de los Resguardos Indígenas en el territorio nacional”.

[151] Comité de Derechos Humanos, Observación General número 31 La índole de la obligación jurídica general impuesta, 80º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 225, 2004.

[152] Sentencia T-680 de 2012 MP. Nilson Pinilla Pinilla.

[153] De conformidad con el párrafo 5 del art. 85 de la Ley 160 de 1994: “ Los terrenos baldíos determinados por el INCORA con el carácter de reservas indígenas, constituyen tierras comunales de grupos étnicos para los fines previstos en el artículo 63 de la

Constitución Política y la Ley 21 de 1991”. La ley 21 de 1991 es la que aprueba el Convenio 169 de la OIT.

[154] “Por el cual se reglamenta parcialmente el [Capítulo XIV de la Ley 160 de 1994] en lo relacionado con la dotación y titulación de tierras a las comunidades indígenas para la constitución, reestructuración, ampliación y saneamiento de los Resguardos Indígenas en el territorio nacional”.