

T-461-14

Sentencia T-461/14

DERECHOS FUNDAMENTALES Y ESPECIAL PROTECCION DE LOS PUEBLOS INDIGENAS-

Reiteración de jurisprudencia

Los artículos 8º y 9º de la Carta consagran la obligación por parte de los entes estatales de proteger la riqueza cultural de la Nación y la importancia de la autodeterminación de los pueblos. En ese sentido, la jurisprudencia de esta Corporación ha determinado que el amparo de los derechos fundamentales de estas comunidades es indispensable para garantizar su supervivencia, lo que implica la conservación de su cultura, diferenciada de la mayoritaria, sus tradiciones ancestrales, sus valores, su cosmovisión y su identidad social, religiosa y jurídica entre otros.

IGUALDAD DE DERECHOS ENTRE LAS COMUNIDADES INDIGENAS Y LOS PUEBLOS AFRODESCENDIENTES

ACCION DE TUTELA PROMOVIDA POR RESGUARDO INDIGENA-Caso en que es contra la Alcaldía del Municipio de Supía-Caldas y la Dirección de Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras del Ministerio el Interior

DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA-Jurisprudencia Constitucional

Debido a la gran importancia que tiene para el Estado la protección de los derechos fundamentales de las comunidades étnicas, dentro de los cuales se destaca el derecho a la propiedad colectiva dada la importancia del territorio que habitan estos pueblos y la especial y relevante conexión que guardan con su cultura tradición y costumbres, se erige como derecho fundamental la consulta previa, siendo reconocida internacional e internamente como la herramienta indicada para la protección de los derechos de estas comunidades, no solo en lo que se refiere a proyectos u obras que puedan afectar sus tierras, sino extendida también a todas aquellas medidas ya sea legislativas o administrativas y la cual procede en aquellos casos en que se evidencie una afectación directa a la comunidad o sus integrantes. De presentarse lo anterior, la consulta se reviste de obligatoriedad y si bien la misma es distinta en cada caso, debe seguir los lineamientos

antes expuestos y señalados por la jurisprudencia constitucional, para materializar de esta manera el amparo especial que merecen estos grupos.

DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA-Convenio 169 de la OIT

INSCRIPCION DE CONSEJO COMUNITARIO DE COMUNIDAD AFRODESCENDIENTE-No puede estar sujeta a ningún proceso de consulta

En lo que a la consulta previa se refiere, tema central de la pretensión del accionante en la presente acción de tutela, podría sostenerse que las resoluciones expedidas por la Alcaldía y el Ministerio del Interior, por medio de las cuales se inscribe el Consejo Comunitario de la Comunidad de Guamal, son medidas administrativas que generan una afectación directa al resguardo. No obstante, la inscripción de un consejo comunitario no puede estar sujeta a ningún proceso de consulta, toda vez que el reconocimiento de un grupo étnico únicamente se debe limitar a lo establecido en la ley al respecto, en pro de garantizar todos aquellos derechos, como autonomía e independencia, en cabeza de las comunidades étnicas que habitan el territorio colombiano. Sin embargo, el caso presenta la posible adjudicación por parte del Estado a la comunidad de Guamal de una porción de terreno perteneciente legalmente al resguardo indígena, conllevando un claro conflicto que involucra derechos fundamentales como la propiedad colectiva, el debido proceso y la diversidad étnica y cultural, entre otros, de ambos grupos. Bajo ese entendido, el proceso consultivo sí debió llevarse a cabo en lo que concierne a este aspecto, pues, como se observó, el problema no se reduce a las tierras que se habitan, sino a temas como la educación, e incluso obras que benefician a ambas comunidades, entre muchos otros, aunado a que el proceso de adjudicación se traduce en una medida administrativa que afecta directamente a las dos etnias. Así, se trataría de una consulta previa en la que se deben discutir temas que involucren los derechos e intereses de ambas comunidades, pues de lo contrario, se configuraría una vulneración del derecho al debido proceso de la comunidad de Guamal al permitirse que el resguardo y demás entidades demandadas, decidan lo planteado sin que el grupo afro pueda manifestarse. De igual manera, podría presentarse la afectación del derecho a la propiedad colectiva de ambas comunidades pues, como se observó en precedencia, el Estado ha protegido no solo aquella porción del territorio legalmente constituido, sino, también, aquel que, si bien no cuenta con esa calidad, ha sido utilizado y habitado por las comunidades tradicionalmente para llevar a cabo sus proyectos

productivos, mantener sus tradiciones, costumbres y sus lugares sagrados, entre otras. De esta manera, el hecho de definir el territorio en cuestión como indígena puede afectar la preservación de la cultura afro, así los terrenos se encuentren legalmente reconocidos al resguardo. En ese sentido, sería una equivocación ordenar que se realice una consulta previa que involucre únicamente a las entidades accionadas y al resguardo indígena, pues se desconocería la especial protección que a su vez merece la comunidad negra, derivando en la vulneración de sus derechos fundamentales

DERECHO AL TERRITORIO DE PUEBLOS INDIGENAS Y TRIBALES-Fundamental

Como se mencionó en un principio, por mandato de la Constitución, el Estado reconoce y protege la diversidad étnica así como la riqueza cultural y autodeterminación de los pueblos, lo que deriva en un especial amparo constitucional que se debe brindar a todas las minorías étnicas. No obstante, dadas las circunstancias del caso que se entrará a analizar más adelante, se considera necesario reiterar que las comunidades afrodescendientes también cuentan con los mismos derechos que las comunidades indígenas y demás pueblos étnicos que habitan el territorio colombiano, tal y como lo ha reconocido la ley y la jurisprudencia de esta Corporación, lo que implica, a su vez, la protección de su territorio y el reconocimiento de la gran importancia que reviste la relación que guardan con éste.

DERECHO A LA AUTONOMIA DE LAS AUTORIDADES INDIGENAS EN SU TERRITORIO/DERECHO A LA PARTICIPACION DE LAS COMUNIDADES INDIGENAS/DERECHO A LA PROPIEDAD, AL DEBIDO PROCESO Y A LA DIVERSIDAD ETNICA Y CULTURAL DE LAS COMUNIDADES INDIGENAS

DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA DE LAS COMUNIDADES INDIGENAS-Orden de iniciar proceso de consulta previa con las comunidades del Resguardo Cañamomo y Lomapieta y población afrodescendiente de Guamal

Referencia: Expediente T- 4.258.511

Accionante: Resguardo Indígena Cañamomo y Lomapieta

Magistrado Ponente:

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Bogotá D.C., ocho (8) de julio de dos mil catorce (2014)

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

SENTENCIA

En la revisión del fallo proferido por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia que confirmó el dictado por el Tribunal Superior de Manizales, en el trámite de la acción de tutela promovida por el Resguardo Indígena Cañamomo y Lomaprieta contra la Alcaldía del municipio de Supía, Caldas y la Dirección de Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras del Ministerio del Interior.

El presente expediente fue escogido para revisión por la Sala de Selección Número Tres, por medio de auto del 18 de marzo de 2014 y repartido a la Sala Cuarta de Revisión.

I. ANTECEDENTES

1. Solicitud

Efrén de Jesús Reyes Reyes, en su calidad de gobernador del Resguardo Indígena Cañamomo y Lomaprieta, presentó acción de tutela contra la Dirección de Asuntos para Comunidades Negras, Afrocolombianas Raizales y Palenqueras del Ministerio del Interior y la Alcaldía del municipio de Supía, Caldas para que le fueran protegidos sus derechos fundamentales a la consulta previa, al consentimiento libre e informado, a la autonomía de las autoridades indígenas en su territorio, a la participación de las comunidades indígenas, a la propiedad, al debido proceso y a la diversidad étnica y cultural, los cuales considera vulnerados por estas entidades al proferir las resoluciones No. 254 del 7 de junio de 2013 y 083 del 10 de julio de 2013, a través de las cuales se inscribe el Consejo Comunitario de Comunidades Afrodescendientes de Guamal, ubicado en la Vereda Guamal del Municipio de Supía, Caldas, representado legalmente por Nelson Moreno Moreno.

2. Hechos

2.1 El Resguardo Cañamomo y Lomaprieta se encuentra ubicado en los municipios de Riosucio y Supía, Caldas y, según el actor, es considerado uno de los más antiguos del país, creado el 10 de marzo de 1540, con linderos definidos desde 1627, cuenta con escritura pública inscrita y título constituido en 1953.

2.2 Señala el accionante que Cañamomo y Lomaprieta es uno de los 6 resguardos indígenas legalmente constituidos en el departamento de Caldas. Cuenta con 32 comunidades, 20 de ellas ubicadas en el municipio de Riosucio, a saber: La Iberia, Pulgarín, Planadas, Aguacatal, El Palal, Portachuelo, Sipirra, Miraflores, Cañamomo, Amolador, San Juan, Panesso, La Tolda, La Rueda, Tumbabarreto, La Unión, Quiebralomo, Tabuyo, El Rodeo y Jagual y las otras 12, Cameguadua, San Pablo, San Cayetano, Santa Ana, San Marcos, Santa Cruz, Alto Sevilla, Bajo Sevilla, Tizamar, Dosquebradas, Brasil y Guamal en el municipio de Supía. El territorio comprendido es de 4.826 hectáreas equivalentes a 37.6 kms² y se encuentra ubicado a 1.183 msnm[1] en la vertiente del río Cauca, entre los municipios mencionados.

2.3 Indica, a su vez, que dentro de las comunidades situadas en el municipio de Supía, pertenecientes al resguardo, se encuentra la de Guamal, habitada por personas censadas e identificadas como indígenas y que reconocen al cabildo como su máxima autoridad.

2.4 Sostiene que hace varios años, un grupo de personas, que no representa la mayoría de los habitantes de la comunidad de Guamal, iniciaron el proceso para que el Ministerio del Interior los reconociera como consejo comunitario de población afrodescendiente, para lo cual solicitaron al Incoder la titulación colectiva del territorio donde se asientan las comunidades Guamal, San Cayetano, Santa Ana, San Marcos y Santa Cruz, todas ubicadas dentro de la jurisdicción del Resguardo Indígena.

2.5 Posteriormente, el gobernador del resguardo envió un escrito de petición a la Dirección de Asuntos para Comunidades Negras, Afrocolombianas Raizales y Palenqueras, del Ministerio del Interior, solicitando se le informara si se había otorgado autorización para la constitución del Consejo Comunitario de la Comunidad de Guamal.

2.6 El 19 de septiembre de 2013, la Dirección de Asuntos para Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras procedió a responder la solicitud mencionada, indicando que el Consejo Comunitario de Comunidades Negras Afrodescendientes de

Guamal fue reconocido a través de Resolución No. 083 del 10 de julio de 2013 y se encuentra inscrito en el Registro Único Nacional de Organizaciones de Base y Consejos Comunitarios de Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras, con domicilio principal en la vereda Guamal, municipio de Supía, Caldas.

2.7 A su vez, la Alcaldía del municipio de Supía profirió la Resolución No. 254 del 7 de junio de 2013, por medio de la cual se inscribió el Consejo Comunitario, la elección de la junta directiva y el representante legal de la comunidad afrodescendiente de la vereda Guamal-municipio de Supía.

2.8 Señala el accionante que ni la alcaldía en mención, ni el Ministerio del Interior, adelantaron la correspondiente consulta previa con el Resguardo, la cual se debió llevar a cabo antes de la inscripción del consejo comunitario de la comunidad afrodescendiente, pues se trata de una medida administrativa que afecta directamente al pueblo indígena asentado en ese lugar.

2.9 Indica, igualmente, que el consejo inscrito ha venido solicitando a la comunidad accionante la entrega de los bienes comunitarios ubicados en Guamal, como la sede de la institución educativa y el centro comunitario, alegando que son la máxima autoridad de ese territorio, desconociendo la jurisdicción indígena y que el resguardo ha invertido en la adecuación de los mismos, lo que ha generado serios inconvenientes en este pueblo indígena.

3. Pretensiones

El accionante solicita le sean amparados sus derechos fundamentales a la consulta previa, al consentimiento libre e informado, a la autonomía de las autoridades indígenas en su territorio, a la participación de las comunidades indígenas, a la propiedad, al debido proceso y a la diversidad étnica y cultural del Resguardo Cañamomo Lomapieta.

En consecuencia, que se declare la nulidad de la Resolución No. 254 del 7 de junio de 2013 expedida por la Alcaldía Municipal de Supía Caldas y la Resolución No. 083 del 10 de julio de 2013, proferida por la Dirección de Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales, y Palenqueras del Ministerio del Interior, a través de las cuales se inscribió el Consejo Comunitario de Comunidades Afrodescendientes de Guamal, ubicado en la Vereda Guamal

del Municipio de Supía, Caldas, representado legalmente por Nelson Moreno Moreno.

De igual manera, que se ordene a las entidades demandadas realizar la correspondiente consulta previa con el resguardo, antes de tomar la decisión de inscripción del consejo comunitario de la comunidad afrodescendiente.

4. Pruebas

En el expediente obran las siguientes pruebas:

- Copia de la constancia de registro de Efrén de Jesús Reyes Reyes como gobernador del Cabildo Indígena del Resguardo Cañamomo y Lomaprieta, expedida por la Dirección de Asuntos Indígenas, ROM y Minorías del Ministerio del Interior (folio 10, cuaderno 2).
- Copia del Acta de posesión del gobernador principal y suplente, Consejo de exgobernadores y cabildantes del Resguardo Cañamomo y Lomaprieta (folios 11 a 17, cuaderno 2).
- Copia de la constancia de notificación personal a William de Jesús Moreno Hernández, de la Resolución No. 083 del 10 de julio de 2013 (folio 18, cuaderno 2).
- Copia de la Resolución No.083 del 10 de julio de 2013, por la cual se inscribe en el Registro Nacional Único de Consejos Comunitarios y Organizaciones de Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palanqueras, al Consejo Comunitario de Comunidades Afrodescendientes de Guamal, expedida por el Director de Asuntos para las Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palanqueras del Ministerio del Interior (folios 19 y 20, cuaderno 2).
- Copia de la Resolución No. 254 del 7 de junio de 2013, expedida por la Alcaldía municipal de Supía, Caldas, por la cual se inscribe el Consejo Comunitario y la elección de la Junta directiva y el Representante Legal de la comunidad afrodescendiente de la vereda Guamal, municipio de Supía (Folio 21, cuaderno 2).
- Copia de la respuesta emitida por el Incoder, acerca de la solicitud de titulación colectiva presentada por el Consejo Comunitario de Guamal (folio 22, cuaderno 2).

- Copia de la constancia de inscripción del Consejo Comunitario ante la Alcaldía municipal de Supía (folios 23 a 26, cuaderno 2).

5. Pruebas solicitadas por la Corte:

Mediante auto del 6 de junio de 2014, el magistrado sustanciador consideró necesario recaudar algunas pruebas para verificar los supuestos de hecho que originan la presente solicitud. En consecuencia, resolvió lo siguiente:

“PRIMERO.- ORDENAR que por conducto de la Secretaría General de esta corporación, se ponga en conocimiento a la Comunidad Afrodescendiente Guamal, el contenido de la demanda de tutela que obra en el expediente T-4.258.511, para que dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación del presente auto, se pronuncie respecto de los hechos y las pretensiones que en ella se plantean, haciendo énfasis en:

- El motivo por el cual procedieron a solicitar la inscripción como consejo comunitario ante el Ministerio del Interior y,
- En la afirmación que hiciera el accionante respecto de la supuesta exigencia realizada al Resguardo Indígena Cañamomo y Lomaprieta, por parte de la comunidad afrodescendiente, consistente en la entrega de ciertos sectores de su territorio.

O, en todo caso, actúe en los términos previstos en el numeral 9° del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil. A su vez, para efectos de su pronunciamiento, allegar las pruebas documentales que considere pertinentes.

SEGUNDO.- que por conducto de la Secretaría General de esta corporación, se ponga en conocimiento del Incoder el contenido de la demanda de tutela que obra en el expediente T-4.258.511, para que dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación del presente auto, se pronuncie respecto de los hechos y las pretensiones que en ella se plantean y, a su vez, informe a esta Sala lo siguiente:

- En qué estado se encuentra la solicitud de titulación colectiva presentada por la Comunidad Afrodescendiente Guamal.

· En qué estado se encuentra el proceso de clarificación respecto del territorio solicitado por la Comunidad Afrodescendiente Guamal, y si el mismo ya finalizó, cuáles fueron sus resultados.

O, en todo caso, actúe en los términos previstos en el numeral 9° del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil. A su vez, para efectos de su pronunciamiento, allegar las pruebas documentales que considere pertinentes.

TERCERO.- por Secretaría General, oficiar a la Dirección de Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras del Ministerio del Interior, para que en el término de tres (3) días contados a partir de la notificación del presente auto:

· Allegue copia de los documentos que soporten el cumplimiento de los requisitos por parte de la Comunidad Afrodescendiente Guamal, para su inscripción como consejo comunitario e,

· Indique cuales son las implicaciones y el alcance que tiene el registro e inscripción del Consejo Comunitario de Comunidades Afrodescendientes Guamal, así como las prerrogativas y beneficios, entre otros, que otorga a dicha comunidad.

CUARTO.- por Secretaría General, oficiar al Resguardo Cañamomo y Lomapieta, para que en el término de tres (3) días contados a partir de la notificación del presente auto indique:

· Si cuentan con mecanismos internos para la solución de problemas entre comunidades, que surjan por motivo del territorio y,

· Si se ha intentado algún tipo de acercamiento o diálogo con la Comunidad Afrodescendiente Guamal, con miras a resolver el conflicto planteado.

O, en todo caso, actúe en los términos previstos en el numeral 9° del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil. A su vez, para efectos de su pronunciamiento, allegar las pruebas documentales que considere pertinentes.”

Vencido el término para responder, la Secretaría de esta Corporación, mediante oficios del 5 de junio de 2014 y 3 de julio del mismo año, remitió los documentos allegados por parte del

Incoder y del Resguardo Cañamomo y Lomaprieta. Las demás entidades no se pronunciaron.

A través de escrito con fecha 13 de junio de 2014, el Incoder manifestó que aún no se ha podido llevar a cabo el proceso de titulación colectiva, debido a que la comunidad afrodescendiente se encuentra ubicada dentro del Resguardo Cañamomo y Lomaprieta y que, con el objetivo de abordar el conflicto interétnico presentado en ese territorio, se realizaría una reunión el 13 de junio del año en curso en el municipio de Supía, con la participación de representantes del Incoder y del Ministerio del Interior.

De igual forma, señala que una vez terminado el proceso de clarificación se podría determinar a quién pertenecen los terrenos en cuestión. No obstante, indica que dicho proceso no se ha podido llevar a su fin, en la medida en que el Decreto 2663 de 1994, que establecía la manera cómo se debía realizar este trámite, fue derogado por el Decreto 1465 de 2013 y, en la actualidad, se adelantan gestiones de concertación con las autoridades indígenas para la expedición de una nueva regulación que permita seguir adelante con el proceso.

Por su parte, el resguardo accionante, en el escrito allegado, cita apartes de la descripción que se hace de la comunidad de Guamal en el plan de vida del resguardo indígena de octubre de 2009, en los cuales reconoce la historia especial de la comunidad afrodescendiente, haciendo referencia a su descendencia africana, traídos como esclavos al servicio de la minería y asentándose en lo que hoy se conoce como Guamal, parte de Jagual, Santa Ana y San Marcos.

Señala que la comunidad en mención, ha logrado mantener sus tradiciones y cultura ancestrales, pero que asumieron las orientaciones de la organización indígena participando activamente de las actividades y procesos del cabildo. Indican que, no obstante, “los politiqueros han intentado generar un clima de enfrentamiento entre las comunidades indígenas y afro, sin resultados pues se han mantenido firmes y unidas. Sin embargo, algunos líderes de Guamal siguen haciéndole el juego a estas intenciones”. [2]

Sostiene que hay problemas de medio ambiente y de recursos naturales en el lugar en cuestión, pues no cuentan con fuentes de agua, se ha presentado la construcción sin planeación y hacinamiento en lugares de habitación, lo que ha derivado en contaminación

y, a su vez, la adquisición de predios por parte de personas no pertenecientes a alguna de las comunidades ha amenazado la integridad del territorio.

Por otro lado, expone que la tradición y cultura del Guamal siguen vivas, ejemplo de ello es el festival negriode celebrado cada 2 años, con el objetivo de recordar el origen africano de estas personas y con la posibilidad de tener manifestaciones artísticas como las danza, el teatro, la escritura y composición, que a 2014 se sigue llevando a cabo.

En cuanto a lo preguntado por esta Sala, manifiesta que dentro de la comunidad indígena cuentan con el programa de asuntos territoriales, encargado de definir y mediar en todo aquello relacionado con el territorio ancestral, incluyendo su uso y poblamiento y, cuando se presentan discusiones con otros resguardos del municipio sobre esta materia, se inician procesos de concertación.

En relación con el acercamiento con la población de Guamal, sostiene que la mayoría de los habitantes de esta comunidad que, a censo de 2014 se encuentra conformada por 1350 personas, se reconocen así mismas como indígenas. A su vez, indica que de forma periódica se realizan asambleas comunitarias para que este grupo presente sus solicitudes ante las autoridades tradicionales y de esta manera mantener el diálogo y concertación permanente, exponiendo que el cabildo los ha apoyado en la creación de sus propias instituciones.

No obstante, señala que el inconformismo en toda la comunidad surgió porque un grupo de personas, que no contaba con el consentimiento de la mayoría, presentó la solicitud de reconocimiento como consejo comunitario ante la Alcaldía de Supía y el Ministerio del Interior, aunado a que los representantes del consejo inscrito han generado un distanciamiento impidiendo el diálogo entre los representantes de ambos grupos.

Expone, a su vez, que el consejo comunitario solicitó al Incoder, en enero de 2012, que la vereda Guamal fuera considerada como asentamiento afrodescendiente, anexando una serie de documentos para soportar su petición y señalando que fueron incorporados al resguardo indígena sin así quererlo, en el cual no cuentan con participación alguna y que al plantear su separación son amenazados con la pérdida de servicios de salud y beneficios como el programa de familias en acción. Indica el accionante, que en un requerimiento posterior realizado por el grupo afro a la misma entidad, resaltan que no quieren seguir

dependiendo de una comunidad indígena que solamente los ha explotado.[3]

De otro lado, expresa el resguardo que el consejo comunitario de la comunidad de Guamal no reconoce al cabildo como la máxima autoridad en el territorio y ha venido solicitando la entrega del centro comunitario en donde se realizaban las asambleas, reuniones y demás encuentros, cercándolo con cadenas y candados.

Debido a lo anterior, sostiene, enviaron un escrito a la Dirección de Asuntos para Comunidades Negras, Afrodescendientes, Raizales y Palenqueras requiriendo la aclaración de las facultades atribuidas al consejo comunitario. En igual forma, solicitaron a la Dirección de Asuntos para Comunidades Indígenas, ROM y Minorías su mediación en el conflicto, obteniendo como respuesta que se estaba realizando un trabajo de coordinación con la primera dirección mencionada, pero que el tema sería abordado la segunda semana de enero del presente año, sin que hasta la fecha se haya realizado algún tipo de intervención.[4]

Finalmente, anexan una serie de documentos que soportan su intervención, dentro de los cuales se encuentran las distintas peticiones realizadas por la comunidad afrodescendiente, las solicitudes y respuestas hechas a las entidades estatales y artículos de prensa que reseñan el conflicto en la región.

6. Respuesta de las entidades accionadas

6.1. Dentro de la oportunidad procesal correspondiente, la Alcaldía del Municipio de Supía, Caldas, solicitó denegar el amparo pretendido por Efrén de Jesús Reyes Reyes, bajo los siguientes argumentos:

Manifiesta que inscribieron el Consejo Comunitario de la Comunidad Afrodescendiente de la vereda el Guamal, así como su junta directiva y representante legal, ajustándose a lo establecido en el artículo 9° de la Ley 70 de 1993 y el Decreto 1745 de 1995. Señala, a su vez, que es obligación del Estado reconocer y proteger la diversidad étnica y cultural colombiana, por lo cual las autoridades deben amparar el desarrollo autónomo de las culturas y quienes hacen parte de ellas, así como adoptar medidas encaminadas a favorecer los grupos discriminados o marginados.

De igual manera, indica que no tiene conocimiento sobre la solicitud de entrega de ciertos bienes que supuestamente hiciera la comunidad afrodescendiente al resguardo indígena, pero afirma que hay certeza de que la inversión a la que hace mención el resguardo fue con recursos del Sistema General de Participaciones.

Por otro lado, sostiene que no se causa un perjuicio irremediable al resguardo y, debido a que lo solicitado es que se declare la nulidad de las resoluciones por medio de las cuales se inscribe el consejo comunitario por parte de la Alcaldía y del Ministerio del Interior, cuenta con otros mecanismos judiciales de defensa.

6.2 La Dirección de Asuntos para Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras del Ministerio del Interior, solicitó denegar el amparo pretendido bajo los siguientes argumentos:

Inicia exponiendo que, para desarrollar el artículo 55 transitorio de la Constitución, se expidieron la Ley 70 de 1993 y los Decretos 1745 de 1995, 2893 de 2011 y 3770 de 2008 para reglamentar dicha ley. Este último, en su artículo 15, determina los requisitos que se deben cumplir para la inscripción en el registro de consejos comunitarios a cargo de la Dirección de Asuntos para Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras.

Sostiene que, verificado el cumplimiento de los requisitos, a través de Resolución No. 083 del 10 de julio de 2013, se ordenó la inscripción del Consejo Comunitario de Comunidades Afrodescendientes de Guamal y señala que en virtud del Decreto 1745 de 1995, la entidad encargada de determinar la procedencia de la solicitud de titulación colectiva realizada por el representante legal del consejo comunitario mencionado es el Incoder.

Así las cosas, concluye que la entidad no ha vulnerado los derechos del Resguardo, toda vez que, en su sentir, no es necesario la realización de la consulta previa, pues la inscripción de la comunidad afrodescendiente involucra únicamente a los miembros de esta última, quienes ejerciendo su derecho a la autonomía decidieron solicitar su registro como consejo comunitario, situación que no afecta intereses del pueblo indígena.

II. DECISIÓN JUDICIAL QUE SE REvisa

Primera instancia

El Tribunal Superior de Manizales, en fallo del 19 de noviembre de 2013, resolvió negar el amparo solicitado, al considerar que la acción de tutela no es el mecanismo para controvertir las resoluciones atacadas, pues el accionante tiene la posibilidad de acudir a otros medios de defensa ante la jurisdicción contencioso administrativa.

Por otro lado, sostiene que no encuentra vulneración al debido proceso, dado que las actuaciones de las entidades demandadas se ajustan a lo establecido en la Ley 70 de 1993 y a los Decretos 1745 de 1995 y 3770 de 2008. A su vez, indica que no evidencia la ocurrencia de un perjuicio irremediable y que acudir a la jurisdicción ordinaria no es una carga desproporcionada o más gravosa para el actor.

En cuanto a la necesidad de la consulta previa, afirma que esta no tiene cabida, toda vez que no se están discutiendo temas como la construcción de distintas obras o explotación de recursos naturales dentro del territorio y no se halla de por medio la aprobación de iniciativas normativas en el ámbito constitucional o legislativo.

Señala, finalmente, que el actor se abstuvo de demostrar los motivos por los cuales debió adelantarse la consulta previa, cual es el perjuicio irremediable que se genera y la razón que le impide acudir a los mecanismos judiciales existentes en el ordenamiento jurídico para la defensa de sus derechos.

Impugnación

Debido a su inconformidad con el fallo de primera instancia, el accionante impugnó la decisión, aduciendo que el reconocimiento de una comunidad diferente a la Embera Chamí dentro de la jurisdicción del resguardo y representada por el Cabildo Indígena Cañamomo Lomapriea, sí es una medida administrativa que afecta la autonomía de este pueblo, pues desconoce su autoridad y propio gobierno vulnerando sus derechos fundamentales y, por ende, susceptible de protección por vía de tutela.

Señala que, bajo ese entendido, las entidades demandadas estaban en la obligación de adelantar el proceso de consulta previa, al considerar que existe una clara conculcación de los derechos fundamentales de su comunidad.

Segunda Instancia

El 16 de enero de 2014, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, se abstuvo de resolver el recurso de apelación interpuesto, al evidenciar que fue presentado de manera extemporánea. Lo anterior, habida cuenta que el fallo de primera instancia fue notificado el 25 de noviembre de 2013, razón por la cual, en virtud del artículo 31 del Decreto 2591 de 1991, la impugnación debía presentarse, por tarde, el 28 de noviembre de ese mismo mes y año, lo que ocurrió solo hasta el 29 de noviembre de esa anualidad.

III. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA DECISIÓN

1. Competencia

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

3. Problema jurídico

Corresponde a la Sala Cuarta de Revisión determinar si se vulneraron los derechos fundamentales a la consulta previa, al consentimiento libre e informado, a la autonomía de las autoridades indígenas en su territorio, a la participación de las comunidades indígenas, a la propiedad, al debido proceso y a la diversidad étnica y cultural del Resguardo Indígena Cañamomo y Lomaprieta, por parte de las entidades demandadas al proferir las Resoluciones No. 254 del 7 de junio de 2013 y 083 del 10 de julio de 2013, a través de las cuales se inscribe el Consejo Comunitario de Comunidades Afrodescendientes de Guamal, ubicado en la Vereda Guamal del Municipio de Supía, Caldas, representado legalmente por Nelson Moreno Moreno, sin consultar previamente a la comunidad accionante.

Previo a dilucidar la cuestión planteada, se abordaran los siguientes temas: (i) derechos fundamentales y especial protección de los pueblos indígenas, (ii) el territorio como derecho fundamental necesario para la supervivencia de las minorías étnicas, (iii) el derecho fundamental a la consulta previa, (iv) igualdad de derechos de las comunidades indígenas y pueblos afrodescendientes y, finalmente, (v) el análisis del caso concreto.

4. Derechos fundamentales y especial protección de los pueblos indígenas. Reiteración de jurisprudencia

El reconocimiento de la diversidad étnica colombiana, como manifestación de su multiculturalidad y pluralismo, fue consagrado en la Constitución de 1991 a través de la integración de las comunidades indígenas a las visiones y procesos de las mayorías, otorgándoles la posibilidad de participación dentro de los mismos para de esta manera garantizar y proteger sus derechos como minorías, consistentes en el crecimiento y desarrollo de acuerdo con sus costumbres y valores propios.[5]

En concordancia con lo anterior, los artículos 8º y 9º de la Carta consagran la obligación por parte de los entes estatales de proteger la riqueza cultural de la Nación y la importancia de la autodeterminación de los pueblos. En ese sentido, la jurisprudencia de esta Corporación ha determinado que el amparo de los derechos fundamentales de estas comunidades es indispensable para garantizar su supervivencia, lo que implica la conservación de su cultura, diferenciada de la mayoritaria, sus tradiciones ancestrales, sus valores, su cosmovisión y su identidad social, religiosa y jurídica entre otros.

De igual manera, se ha considerado que los pueblos indígenas tienen la potestad de gobernar los territorios que habitan a través de sus autoridades tradicionales, instituidas de conformidad con sus usos y costumbres en virtud del artículo 330 superior. Se observa de esta manera, cómo la Constitución impone deberes expresos y particulares respecto de la protección de las comunidades étnicas, con el objetivo de garantizar la conservación de estos pueblos, en pro de un Estado que reconozca su heterogeneidad cultural y de la implementación de mecanismos y herramientas eficaces que permitan preservar la identidad, cultura, tradiciones, costumbres y autonomía de los diferentes grupos étnicos.[6]

Lo anterior, toda vez que de la tierra donde estos pueblos se asientan depende, en gran medida, su existencia física al guardar una particular relación con la misma, pues en ella es donde se desarrollan plenamente como cultura y donde expresan su identidad de manera diferenciada. En efecto, este es un derecho que ha sido reconocido internacionalmente a través del Convenio 169 de la OIT, el cual señala que la tierra para estas comunidades no se limita solamente a lo que la administración le ha reconocido como

terrenos propios, sino que comprende todo el territorio que utilizan, incluyendo además del suelo, los bosques, ríos, mares y montañas, convirtiéndose en un elemento básico para su subsistencia económica y bienestar espiritual y cultural.

5. El territorio como derecho fundamental necesario para la supervivencia de las minorías étnicas

La importancia esencial de los territorios para los pueblos indígenas, tiene fundamento en que estos últimos guardan una especial relación con la tierra que ocupan debido al valor espiritual que ella comporta en el desarrollo de su cosmovisión. Es allí donde ejercen de manera autónoma y libre sus propias costumbres y tradiciones religiosas, políticas, sociales y económicas. Se ha reconocido entonces, que los derechos a la identidad cultural y a la autonomía de las comunidades aborígenes no podrían materializarse sin la protección del derecho al territorio, como elemento fundamental para que dichas culturas puedan sobrevivir y desarrollarse.[7]

En efecto, al respecto este Tribunal señaló que:

“Siendo este el caso de la mayoría de las comunidades indígenas en el país, la Corte Constitucional ha reiterado el carácter fundamental del derecho a la propiedad colectiva de los grupos étnicos sobre sus territorios, no sólo por lo que significa para la supervivencia de los pueblos indígenas y raizales el derecho de dominio sobre el territorio que habitan, sino porque él hace parte de las cosmogonías amerindias y es substrato material necesario para el desarrollo de sus formas culturales características.”[8]

En relación con lo mencionado, la Constitución, a manera de protección de este derecho fundamental, consagró que los territorios de las comunidades indígenas son inalienables, inembargables e imprescriptibles y que debe haber una participación activa por parte de los representantes de estos grupos para la conformación de las entidades territoriales indígenas[9]. Aunado a ello, los Convenios 107[10], 169[11] de la OIT y la Convención Americana sobre Derechos de los Pueblos Indígenas, en virtud del artículo 93 superior, hacen parte del bloque de constitucionalidad, lo que implica una serie de obligaciones por parte del Estado colombiano respecto del amparo de los derechos establecidos en los señalados instrumentos internacionales.

Siguiendo con el reconocimiento de este derecho en el ámbito internacional, se evidencia que la Corte Interamericana de Derechos Humanos también se ha pronunciado al respecto, haciendo énfasis, como se ha venido mencionando, en la importancia de la relación que guardan los pueblos aborígenes con sus tierras. Bajo esa perspectiva planteó que:

“El concepto comunal de la tierra - inclusive como lugar espiritual - y sus recursos naturales forman parte de su derecho consuetudinario; su vinculación con el territorio, aunque no esté escrita, integra su vida cotidiana, y el propio derecho a la propiedad comunal posee una dimensión cultural. En suma, el habitat forma parte integrante de su cultura, transmitida de generación en generación.

(...)

Consideramos necesario ampliar este elemento conceptual con un énfasis en la dimensión intertemporal de lo que nos parece caracterizar la relación de los indígenas de la Comunidad con sus tierras. Sin el uso y goce efectivos de estas últimas, ellos estarían privados de practicar, conservar y revitalizar sus costumbres culturales, que dan sentido a su propia existencia, tanto individual como comunitaria. El sentimiento que se desprende es en el sentido de que, así como la tierra que ocupan les pertenece, a su vez ellos pertenecen a su tierra. Tienen, pues, el derecho de preservar sus manifestaciones culturales pasadas y presentes, y el de poder desarrollarlas en el futuro.”[12]

Lo anterior, tiene fundamento en los derechos consagrados en los instrumentos internacionales antes señalados, pues, en efecto, el Convenio 169 establece, en su artículo 13, que los Estados signatarios deberán respetar la especial relevancia que tiene la relación entre las comunidades indígenas y sus territorios. Por su parte, el artículo 26 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, determina que los pueblos aborígenes tienen derecho a sus territorios tradicionales y a ejercer sobre ellos la posesión, uso, desarrollo y control del mismo. Bajo ese entendido, radica en cabeza de los gobiernos el deber de proteger estas tierras respetando las costumbres y valores de las comunidades que los habitan.

De lo mencionado, se desprenden entonces las obligaciones estatales en relación con la materia, dentro de las cuales se encuentran, no solamente respetar la diversidad étnica y cultural de los pueblos indígenas contribuyendo a la conservación y protección del territorio,

dado el valor espiritual que comporta la relación de las comunidades indígenas con el espacio donde habitan, sino, a su vez, propender al efectivo uso y goce de su tierras de acuerdo con su tradición, cultura y cosmovisión.[13]

En desarrollo de estos deberes consagrados en los instrumentos internacionales y en la Constitución, nuestro ordenamiento jurídico contiene una serie de normas y regulaciones que incorporan el derecho de las comunidades indígenas a autodeterminarse según sus costumbres, creencias, usos, religión y política y, en virtud de ello, gozar de la protección de su territorio siendo autónomos para utilizarlo, administrarlo y conservarlo, sobre todo en cuanto a recursos naturales se refiere, para de esta manera garantizar su subsistencia e identidad de manera libre y sin injerencias de terceros, entre otras prerrogativas.[14]

Ejemplos de ello, son la Ley 31 de 1967, a través de la cual se incorporó a la legislación nacional el Convenio 107 de 1957 y la Ley 21 de 1991 aprobatoria del Convenio 169 de 1989 de la OIT. De igual manera, se encontraban la Ley 135 de 1961, el Decreto 2001 de 1988 y actualmente, las leyes 99 de 1993[15], 160 de 1994, y los decretos 2164 de 1995 y 1397 de 1996, regulaciones que abordan, entre otros temas, la constitución de resguardos indígenas, el reconocimiento de la propiedad colectiva, la titulación de territorios en cabeza de estos pueblos y explotación de los recursos naturales en tierras indígenas.

De esta manera, se evidencia que de las disposiciones legales señaladas, la forma de protección que se deriva es el reconocimiento ante terceros de la propiedad de sus territorios ancestrales a través de la titulación, asumiendo que hacen parte del mismo, no solo los lugares ocupados, sino aquellas áreas utilizadas para el desarrollo de sus actividades, proceso que se debe llevar a cabo por entidades estatales determinadas y en respeto del debido proceso de dichas comunidades. Por otro lado, se desprende también el respeto por la autonomía y autodeterminación de los resguardos en relación con su territorio y a su vez, la protección de la tierra sagrada para efectos de explotación de recursos naturales.[16]

En ese orden de ideas, la Corporación ha venido señalando que:

“...(i) para las Comunidades indígenas resulta importante destacar la vinculación estrecha entre su supervivencia y el derecho al territorio como el escenario donde se hace posible la existencia misma de la etnia;(ii) de manera reiterada la jurisprudencia constitucional ha

sostenido que del reconocimiento a la diversidad étnica y cultural depende la subsistencia de los pueblos indígenas y tribales y que son éstos quienes pueden conservar y proyectar en los diferentes ámbitos el carácter pluriétnico y multicultural de la nación colombiana, sustrato del Estado social de derecho acogido en la Carta; (iii) el Estado colombiano, se encuentra obligado a respetar la diversidad étnica y cultural de los pueblos indígenas y a contribuir realmente con la conservación del valor espiritual que para todos los grupos étnicos comporta su relación con la tierra y su territorio, entendido este como 'lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna u otra manera.'; (iv) que la Ley 31 de 1967, mediante la cual fue incorporado a la legislación nacional el Convenio 107 de 1957 de la OIT, desarrolla ampliamente el derecho de estos pueblos a que los Gobiernos i) determinen sus propiedades y posesiones mediante la delimitación de los espacios efectivamente ocupados, ii) salvaguarden sus derechos a utilizar 'las tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia'; y iii) protejan especial y efectivamente sus facultades de utilizar, administrar y conservar sus recursos naturales." [17]

En esa misma línea, la Corte ha reconocido que el derecho al territorio de las comunidades indígenas comprende entonces, no solo la constitución de resguardos en los territorios que han ocupado tradicionalmente, sino, a su vez, el derecho a la protección de áreas que así no hagan parte de los resguardos, son consideradas sagradas y de particular relevancia para su cultura y rituales. Implica de igual manera, disponer y administrar sus tierras, tener participación en los temas de explotación, utilización y conservación de los recursos naturales renovables existentes en esos lugares, la preservación de espacios de importancia ecológica y ejercer su autonomía. [18]

En ese sentido, la jurisprudencia de la Corporación también ha advertido y resaltado la especial relación que guardan las comunidades indígenas con su territorio y la importancia del mismo para la preservación y supervivencia de sus costumbres, identidad y cultura. Posición que ha continuado reiterándose.

Así, en la sentencia SU-383 de 2003, el tribunal señaló que la visión sobre territorio que concibe el resto de la nación colombiana es distinta a la concepción que perciben las comunidades indígenas, ya que para ellos no se limita a la habitación de ciertas áreas como

el suelo “pues la trama de las relaciones sociales trasciende el nivel empírico y lleva a que las técnicas y estrategias de manejo del medio ambiente no se puedan entender sin los aspectos simbólicos a los que están asociadas y que se articulan con otras dimensiones que la ciencia occidental no reconoce”[19]

De igual manera, al estudiar la constitucionalidad de la Ley 1021 de 2006, a través de la cual se expedía la Ley General Forestal y declararla inexecutable, a través de providencia C-030 de 2008, la Corte resaltó el avance en la protección de los derechos de las comunidades indígenas, por medio de la posibilidad de constituir a los territorios indígenas como entidades territoriales y la facultad de que estas sean gobernadas conforme a los usos y costumbres de dichos pueblos, entre otros. Asimismo, recalcó la especial relevancia de la participación que deben tener estos pueblos en la explotación de los recursos naturales ubicados en terrenos ancestrales, pues la visión que tienen estos trasciende el ámbito netamente jurídico y económico del territorio, ya que el vínculo con el lugar que habitan reviste un carácter espiritual y sagrado, convirtiéndose en un elemento fundamental de la manera cómo perciben el mundo.[20]

En el mismo sentido, al declarar inexecutable la Ley 1152 de 2007, “por la cual se dicta el Estatuto de Desarrollo Rural, se reforma el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural, Incoder, y se dictan otras disposiciones” a través de sentencia C-175 de 2009, la Corporación señaló la importancia de la consulta previa en virtud de la relevancia que tiene el territorio para definir la identidad de las comunidades indígenas, remitiéndose al Convenio 169 de la OIT para resaltar la obligación de respeto en cabeza de los estados respecto de las tierras tradicionales de los pueblos aborígenes y, reiterando lo manifestado en la sentencia C-891 de 2002, sostuvo que:

“Al respecto, este Tribunal ha señalado que “es claro que el derecho de los pueblos indígenas a tener su propia vida social, económica y cultural, así como a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma (Art. 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), debe entenderse atado al derecho que tienen a poseer su propio territorio, sobre el cual puedan dichos pueblos edificar sus fundamentos étnicos. Es de notar que el territorio indígena y sus recursos, así como la tradición y el conocimiento, “constituyen un legado que une -como un todo- la generación presente y a las generaciones del futuro.” || Se advierte entonces que la participación indígena encuentra un sustento que

desborda la esfera netamente política del concepto, en la medida en que hace parte de una cosmogonía según la cual dicho valor está relacionado con el respeto a los seres vivos, el no tomar nunca más de lo que se necesita y el devolver siempre a la tierra cuando se toma algo de ella. || En síntesis, de la concepción holística de territorio que ostentan los pueblos indígenas se puede concluir que la explotación de recursos naturales yacentes en territorios ancestrales hace parte de su esfera vital y de su forma de relacionarse directamente con la naturaleza, así como de su legado cultural y socio-económico. De esta manera, el principio participativo consagrado en el artículo 2° de la Constitución Política adquiere matices más intensos en relación con las comunidades indígenas.”

En una de las oportunidades en que se ha abordado del tema del desplazamiento forzado a causa del conflicto armado interno, la Corte, en Auto 004 de 2009, puso de presente la intervención realizada por ACNUR, en la que se destaca el hecho de que las comunidades indígenas pierdan el control sobre sus territorios implica la afectación de sus derechos fundamentales como base estructural de la conservación de su identidad y manifestación de su autonomía.

Como ejemplo de lo anterior, se expusieron los casos de la comunidad Kankuamo, señalando que la imposibilidad de acceder a sus tierras, no solo había disminuido su capacidad productiva y alimentaria, sino que, de igual forma, debilitaba su identidad individual y colectiva. A su vez, el de los Arhuacos y los Kogui quienes “desde 2003 se pronuncian contra el proyecto de los Bezotes y la construcción de una represa sobre el río Guatapurí, en territorio de ampliación del resguardo y dentro del territorio tradicional, por cuanto afectará un lugar sagrado de pagamentos, impidiendo que los mamos preserven el equilibrio del mundo.”[21] Siguiendo con la misma línea, de igual manera se ha pronunciado este Tribunal en sentencias T-547-10, T-433 de 2011 y T-009 de 2013, entre muchas otras.

Así las cosas, resulta evidentemente claro la gran importancia que reviste la relación existente entre los pueblos indígenas y su territorio, que como se observó, no solo se limita a los resguardos legalmente constituidos, sino a todas aquellas tierras ancestrales que estos consideran sagradas y en donde se desenvuelven como comunidad, puesto que estos terrenos no se enmarcan dentro del concepto netamente productivo y económico, sino que trasciende a un nivel espiritual de conexión con el mundo de acuerdo con su cosmovisión y

en donde desarrollan sus actividades religiosas, políticas, sociales y culturales.

6. El derecho fundamental a la consulta previa. Reiteración de jurisprudencia

De la necesidad de proteger de manera efectiva los derechos fundamentales reconocidos a las comunidades indígenas y en especial el territorio como elemento fundamental para garantizar la supervivencia de estos pueblos, se deriva el derecho que tienen estas comunidades a ser consultados de manera previa sobre todo proyecto, ya sea macro o simple, que se vaya a llevar a cabo en las tierras donde habitan o cualquier medida legislativa o administrativa que pueda afectar directamente a la comunidad.

Una de las fuentes en materia de consulta previa es el Convenio 169 de la OIT, entendido como el instrumento internacional más relevante respecto de la interpretación y aplicación de medidas destinadas a la protección de los derechos de los pueblos étnicos, el cual fue aprobado por el Estado colombiano por medio de la Ley 21 de 1991 y hace parte del bloque de constitucionalidad[22]. Este establece en diversas cláusulas, la obligación de llevar a cabo consultas a las comunidades étnicas sobre temas determinados y, el artículo 6 específicamente, dispone que para aplicar de manera adecuada lo estipulado en el Convenio los Estados signatarios deben “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.”

En desarrollo de lo anterior, la Corte, desde sus primeros fallos al respecto, ha reconocido la importancia que tiene para el Estado colombiano la protección del derecho de los distintos grupos étnicos a la consulta previa. En un primer momento, haciendo referencia a la explotación de los recursos naturales que se encontraban dentro de territorios habitados por estas comunidades y luego extendiendo la obligación a cualquier medida legislativa o

administrativa que pudiera afectar directamente a dichos grupos, tal y como lo establece el precitado convenio.

En efecto, luego de ya existir pronunciamientos sobre la consulta previa cuando se afectaban los territorios de estas comunidades, fuera por la construcción o imposición de obras o la realización de grandes proyectos, como fue el caso de las sentencias T-380 de 1993 y T-405 de 1993, en sentencia de unificación 039 de 1997 la Corporación expuso que:

“Con fundamento en los arts. 40-2, 330 párrafo de la Constitución y las normas del Convenio 169 antes citadas, estima la Corte que la institución de la consulta a las comunidades indígenas que pueden resultar afectadas con motivo de la explotación de los recursos naturales, comporta la adopción de relaciones de comunicación y entendimiento, signadas por el mutuo respeto y la buena fe entre aquéllas y las autoridades públicas” || “A juicio de la Corte, la participación de las comunidades indígenas en las decisiones que pueden afectarlas en relación con la explotación de los recursos naturales ofrece como particularidad el hecho o la circunstancia observada en el sentido de que la referida participación, a través del mecanismo de la consulta, adquiere la connotación de derecho fundamental, pues se erige en un instrumento que es básico para preservar la integridad étnica, social, económica y cultural de las comunidades de indígenas y para asegurar, por ende, su subsistencia como grupo social. De este modo la participación no se reduce meramente a una intervención en la actuación administrativa dirigida a asegurar el derecho de defensa de quienes van a resultar afectados con la autorización de la licencia ambiental (arts. 14 y 35 del C.C.A., 69, 70, 72 y 76 de la ley 99 de 1993), sino que tiene una significación mayor por los altos intereses que ella busca tutelar, como son los atinentes a la definición del destino y la seguridad de la subsistencia de las referidas comunidades”.

Posteriormente, la Corporación analizó la posibilidad de llevar a cabo la consulta respecto de proyectos de gran infraestructura en sentencia T-652 de 1998, concluyendo que la misma era procedente debido al gran impacto que estos megaproyectos causaban en los territorios habitados por las comunidades y, por ende, debía tenerse en cuenta su participación.

De igual manera, en la sentencia SU-383 de 2003 se recogen las tesis que ya se habían

propuesto, a manera de reiteración y reafirmación sobre la importancia de la consulta en los eventos mencionados, para, a su vez, señalar que este mecanismo de participación debe proceder también cuando se trata de medidas legislativas o administrativas que deriven en una afectación directa a la minoría étnica o sus integrantes.

Siguiendo con esa línea, la jurisprudencia constitucional hasta el 2008, no solo afianzó la protección del derecho a la consulta previa, sino que, de igual manera, resaltó la obligatoriedad de llevar a cabo la misma frente a cualquier medida, sea administrativa, o legal, cuando se evidencia la existencia de una afectación directa, para luego continuar con pronunciamientos en ese mismo sentido, tal y como se observó en sentencias T-737 de 2005, C-030 de 2008, C-461 de 2008, T-1253 de 2008, T-154 de 2009, C-175 de 2009, T-691 de 2009, T-129 de 2011, C-641 de 2012, T-376 de 2012 y C-194 de 2013, entre muchas otras.

Bajo ese orden, debido a que, como se ha reseñado, tiene que existir una afectación directa para que proceda la consulta previa, la Corte ha definido este concepto como aquella que se presenta cuando la medida a imponer genera restricciones o beneficios a la comunidad, alterando el estatus de sus integrantes o del grupo en general[23]. Sin embargo, debido a la vaguedad del concepto, se han trazado unos lineamientos para poder determinar la existencia de una afectación directa, a saber:

“De la exposición realizada hasta este punto se desprenden entonces diversos estándares para la determinación de la afectación directa. (i) De los fallos de revisión de tutela y unificación reiterados en el acápite precedente, se desprende que la afectación directa hace alusión a la intervención que una medida (política, plan o proyecto) determinada presenta sobre cualquiera de los derechos de los pueblos indígenas; a su turno, las sentencias de constitucionalidad recién reiteradas plantean como supuestos de afectación directa, (ii) el hecho de que la medida se orienta a desarrollar el Convenio 169 de la OIT, y (iii) la imposición de cargas o atribución de beneficios a una comunidad, de tal manera que modifique su situación o posición jurídica. Finalmente, (iv) el Relator de las Naciones Unidas sobre la situación de derechos de los indígenas plantea que la afectación directa consiste en una incidencia diferencial de la medida frente a los pueblos indígenas y en comparación con el resto de la población.”[24]

No obstante, si bien estos criterios sirven de guía para aplicar el mencionado concepto, este Tribunal también ha señalado que este debe ser considerado caso a caso y, dependiendo de las circunstancias fácticas, establecer si se configura el deber o no de llevar a cabo la correspondiente consulta previa.

En efecto, la Corporación ha indicado que: “en cada caso concreto sería necesario establecer si opera el deber de consulta, bien sea porque se esté ante la perspectiva de adoptar una medida legislativa que de manera directa y específica regula situaciones que repercuten en las comunidades indígenas y tribales, o porque del contenido material de la medida se desprende una posible afectación de tales comunidades en ámbitos que les son propios”. [25]

Ahora bien, debido a que ni el Convenio 169, ni el ordenamiento interno establecen un método único para la celebración de la consulta previa cuando ésta es procedente, y a su vez a que en el territorio colombiano existen numerosas comunidades étnicas diferenciadas, cada proceso consultivo debe ser distinto. En esa medida, la consulta debe estar precedida de un acercamiento entre los participantes para determinar las reglas de juego y garantizar de esta manera el respeto de las costumbres, tradiciones y usos, entre otros, de todos los intervinientes ajustándose siempre al principio de la buena fe. [26]

En ese orden, y reconociendo que cada proceso consultivo debe ser diferente, en la medida que se debe ajustar a las necesidades de la comunidad a la cual va dirigida, la jurisprudencia constitucional ha determinado un marco en el cual se incorporan unos criterios generales, principios y subreglas específicos, que las autoridades responsables de realizarla, así como los participantes e interesados, deben tomar como guía [27].

De esta forma, la Corte ha precisado como criterios generales: la sujeción al principio de buena fe por parte de todos aquellos que intervienen, pues la participación de quienes defienden unos intereses distintos a la protección de los derechos fundamentales puede alterar, de manera importante, los resultados del proceso; debe garantizarse la participación de las comunidades de manera que tengan una incidencia real en la decisión que se va a adoptar; no son admitidas posturas adversariales, no se trata de un derecho al veto por parte de las comunidades, sino de un diálogo entre iguales y, debido al reconocimiento de la diversidad de culturas, la consulta debe ser flexible en lo que refiere a adaptarse a las

necesidades del asunto planteado, el respeto de la cultura y demás derechos de los pueblos destinatarios; y, finalmente, uno de los más importantes, es que el proceso debe guiarse por el carácter fundamental que reviste el derecho a la consulta previa, así como la búsqueda del consentimiento libre e informado de los pueblos involucrados.[28]

Como criterios específicos para la adecuada realización de la consulta previa, se ha señalado que, en efecto, esta ha de celebrarse con anterioridad a la implementación de la medida que se debe consultar, pues de no ser así, carecería totalmente de sentido; debe llevarse a cabo una preconsulta, como anteriormente se mencionó, para que todos los participantes tengan conocimiento y lleguen a un acuerdo sobre la metodología y los temas que se van a tratar, en la cual es importante no establecer términos perentorios; si como resultado del proceso no se puede lograr un acuerdo, la decisión que tome la autoridad estará sujeta a los principios de razonabilidad y proporcionalidad, sin atisbos de algún tipo de arbitrariedad; es obligatorio contar con el control de las autoridades ambientales y arqueológicas cuando el asunto a tratar así lo requiera; se debe garantizar que el otorgamiento de los beneficios generados con la medida sean repartidos equitativamente y, de la misma forma, asegurar el cumplimiento de las medidas de mitigación a que haya lugar; y, finalmente, que durante el proceso se cuente con el acompañamiento de la Defensoría del Pueblo y la Procuraduría General de la Nación para velar por la correcta realización de la consulta y verificar que no exista vulneración de los derechos fundamentales de las minorías étnicas.[29]

Así las cosas, debido a la gran importancia que tiene para el Estado la protección de los derechos fundamentales de las comunidades étnicas, dentro de los cuales se destaca el derecho a la propiedad colectiva dada la gran importancia del territorio que habitan estos pueblos y la especial y relevante conexión que guardan con su cultura tradición y costumbres, se erige como derecho fundamental la consulta previa, siendo reconocida internacional e internamente como la herramienta indicada para la protección de los derechos de estas comunidades, no solo en lo que se refiere a proyectos u obras que puedan afectar sus tierras, sino extendida también a todas aquellas medidas ya sea legislativas o administrativas y la cual procede en aquellos casos en que se evidencie una afectación directa a la comunidad o sus integrantes. De presentarse lo anterior, la consulta se reviste de obligatoriedad y si bien la misma es distinta en cada caso, debe seguir los lineamientos antes expuestos y señalados por la jurisprudencia constitucional, para

materializar de esta manera el amparo especial que merecen estos grupos.

7. Igualdad de derechos de las comunidades indígenas y los pueblos afrodescendientes

Como se mencionó en un principio, por mandato de la Constitución, el Estado reconoce y protege la diversidad étnica así como la riqueza cultural y autodeterminación de los pueblos, lo que deriva en un especial amparo constitucional que se debe brindar a todas las minorías étnicas. No obstante, dadas las circunstancias del caso que se entrará a analizar más adelante, se considera necesario reiterar que las comunidades afrodescendientes también cuentan con los mismos derechos que las comunidades indígenas y demás pueblos étnicos que habitan el territorio colombiano, tal y como lo ha reconocido la ley y la jurisprudencia de esta Corporación, lo que implica, a su vez, la protección de su territorio y el reconocimiento de la gran importancia que reviste la relación que guardan con éste.

Así, dentro de los derechos en cabeza de las comunidades afrodescendientes, se incluye el ser consultados previamente cuando se quiera implementar cualquier tipo de medida que los pueda afectar directamente, pues “si bien el precedente que se entra a relacionar (en virtud del caso sometido a revisión), ha sido mayoritariamente aplicado a comunidades indígenas, las reglas jurisprudenciales también son aplicables por analogía a todos los pueblos étnicos que existen en la Nación, tales como la población negra, afrocolombiana, raizal, palenquera e incluso los gitanos.”[30]

Bajo ese orden, en desarrollo del artículo 55 transitorio de la Carta, el legislador expidió la Ley 70 de 1993[31] en la cual se establecen como principios, no solo los consagrados en los artículos 7, 8 y 13 de la Constitución, sino también el respeto por la cultura de las comunidades negras, su participación conforme a su autonomía en aquellas materias y decisiones que puedan verse afectadas, así como las que van dirigidas a toda la Nación y la protección de la relación de las mismas con la naturaleza, derivando en la salvaguarda del medio ambiente.[32]

De igual manera, esta ley reconoce el derecho a la propiedad colectiva de estas comunidades, determinando que los terrenos serán adjudicados previa conformación de un Consejo Comunitario cuyas funciones comprenden la delimitación de las áreas al interior de las tierras, propender a la protección y garantía de este derecho, la conservación de la identidad cultural y recursos naturales, debiendo escoger al representante legal de la

comunidad y mediar en los conflictos internos.[33] En ese mismo sentido, desarrollando lo establecido en la precitada ley, los Decretos 1745 de 1995 y 3770 de 2008 se encargan de regular el procedimiento y requisitos que se deben cumplir para el reconocimiento del derecho a la propiedad colectiva de los pueblos afrodescendientes.

Por su parte, la Corte, en sentencia C-169 de 2001, determinó que los pueblos afrodescendientes son titulares de los derechos reconocidos en el convenio 169 de la OIT, al igual que las comunidades indígenas, luego de evidenciar que los primeros cumplen con las condiciones establecidas por el instrumento internacional para ser amparados por este. Las únicas diferencias que se pueden presentar son en cuanto a las particularidades de cada grupo étnico, no obstante, se reitera, gozan de los mismos derechos.[34]

De la misma forma, en sentencia T-955 de 2003, el Tribunal señaló que a pesar de que las normas constitucionales al consagrar los derechos de las minorías étnicas solo mencionen a las comunidades indígenas y tribales, se entiende que también cobijan a los grupos afrodescendientes, pues la misma Constitución reconoce la igualdad respecto a la protección y conservación de todas las culturas que habitan el territorio colombiano. En esa oportunidad se indicó que:

“ A lo anterior debe agregarse la contribución de la comunidad internacional al proceso de reconocimiento de los grupos étnicos, como colectividades reconocibles, en especial al Convenio 169 de la OIT Sobre Pueblos Indígenas y Tribales, aprobado por la Ley 121 de 1991, en cuanto sus disposiciones permiten reivindicar con claridad el derecho de las comunidades afrocolombianas a ser tenidas como “pueblos”, atendiendo las condiciones sociales, culturales y económicas que las distinguen de otros sectores de la colectividad nacional, aunado a que se rigen por sus costumbres y tradiciones, y cuentan con una legislación propia -artículo 1º, numeral a)-.”

De la misma forma, se refirió en ese momento al claro reconocimiento de los derechos a la identidad cultural, la propiedad colectiva, a sus usos y costumbres tradicionales y el goce de los recursos naturales ubicados en los territorios donde se asientan grupos afrodescendientes.[35]

También ha reiterado la Corte, que la especial protección constitucional y el reconocimiento de los derechos a las comunidades negras, no se limita a las que habitan en la Cuenca del

Pacífico como lo estableció el artículo 55 transitorio, sino que ampara a todas aquellas que se encuentren en el territorio nacional, si cumplen con las características para ser reconocidas como tal establecidas en el orden interno y en los instrumentos internacionales.[36]

Bajo esa línea, nuevamente en sentencia C-461 de 2008, se expuso que el derecho a la consulta previa “cobija, en Colombia, tanto a los grupos indígenas como a las comunidades afrodescendientes constituidas como tal bajo el régimen legal que les es propio. Las comunidades negras son grupos étnicos titulares de los derechos constitucionales fundamentales a la propiedad colectiva de sus territorios ancestrales, al uso, conservación y administración de sus recursos naturales, y a la realización de la consulta previa en caso de medidas que les afecten directa y específicamente.”

Posteriormente, la Corporación, a través de sentencia C-179 de 2009, manifestó que por mandato constitucional el Estado está en la obligación de propugnar por la preservación de las comunidades indígenas y afrodescendientes y tiene el deber de establecer medidas destinadas a la garantía del derecho de participación de las minorías étnicas en aquellas decisiones con potencialidad de afectarlas.

De la misma forma, en sentencias C-641 de 2012 y C-194 de 2013, se determinó que son titulares del derecho fundamental a la consulta previa, tanto las comunidades indígenas como los pueblos afrodescendientes. Así, se logra concluir y demostrar que la comunidad internacional, la Constitución, el ordenamiento jurídico colombiano y la jurisprudencia constitucional han reconocido los derechos fundamentales en cabeza de las comunidades negras al igual que los de las distintas minorías étnicas y no sobrepone unos sobre otros. Por el contrario, la Corte reiteradamente ha resaltado la protección que merecen estos pueblos por igual, pues, en conjunto, hacen parte de la riqueza cultural colombiana. Es claro entonces, que los grupos afro gozan de los mismos derechos establecidos para los pueblos indígenas, dentro de los cuales se encuentra la consulta previa como mecanismo de participación y de garantizar la materialización de la protección a sus territorios y a la supervivencia de sus culturas. Bajo ese orden, el proceso consultivo debe llevarse a cabo cuando se trate de cualquier medida que pueda afectar directamente a comunidades indígenas como a grupos afrodescendientes.

8. Caso concreto

Con fundamento en las anteriores consideraciones, pasa la Sala a analizar si efectivamente se presentó la vulneración de los derechos fundamentales del Resguardo Cañamomo y Lomaprieta a la consulta previa, al consentimiento libre e informado, a la autonomía de las autoridades indígenas en su territorio, a la participación de las comunidades indígenas, a la propiedad, al debido proceso y a la diversidad étnica y cultural, por parte de la Alcaldía del Municipio de Supía, Caldas y la Dirección de Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras del Ministerio del Interior, al proferir las Resoluciones No. 254 del 7 de junio de 2013 y 083 del 10 de julio de 2013, a través de las cuales se inscribió el Consejo Comunitario de Comunidades Afrodescendientes de Guamal, ubicado en la Vereda Guamal del Municipio de Supía, Caldas, representado legalmente por Nelson Moreno Moreno, sin consultar previamente al resguardo accionante.

En el asunto bajo estudio, está acreditado en el expediente que dentro de las comunidades situadas en el municipio de Supía, integrantes del resguardo, se encuentra la de Guamal, habitada por personas censadas como pertenecientes al resguardo, identificándose como indígenas y reconociendo al cabildo como su máxima autoridad.

Sostiene el accionante que, hace varios años, un grupo de personas, que no representa a la mayoría de los habitantes de Guamal, iniciaron el proceso para que el Ministerio del Interior los reconociera como consejo comunitario de población afrodescendiente, para lo cual solicitaron al Incoder la titulación colectiva del territorio donde se asientan las comunidades Guamal, San Cayetano, Santa Ana, San Marcos y Santa Cruz, todas ubicadas dentro de la jurisdicción del Resguardo Indígena.

Así, la Dirección de Asuntos para Comunidades Negras, Afrocolombianas Raizales y Palenqueras procedió a reconocer al Consejo Comunitario de Comunidades Afrodescendientes de Guamal, a través de Resolución No. 083 del 10 de julio de 2013 y de igual manera, se inscribió en el Registro Único Nacional de Organizaciones de Base y Consejos Comunitarios de Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras, con domicilio principal en la vereda Guamal, municipio de Supía, Caldas.

A su vez, la Alcaldía del municipio de Supía profirió la Resolución No. 254 del 7 de junio de 2013, por medio de la cual se inscribió el Consejo Comunitario, la elección de la junta

directiva y el representante legal de la comunidad afrodescendiente de la vereda Guamal-municipio de Supía.

La Alcaldía en mención y el Ministerio demandado, no adelantaron la consulta previa con el resguardo, al considerar, la Alcaldía, que el Estado está en la obligación de reconocer y proteger la diversidad étnica y cultural colombiana, por lo cual las autoridades deben amparar el desarrollo autónomo de las culturas y quienes hacen parte de ellas, así como adoptar medidas encaminadas a favorecer grupos discriminados o marginados y, en esa medida, su actuar se ajustó a lo establecido en el artículo 9° de la Ley 70 de 1993 y el Decreto 1745 de 1995.

Por su parte, la Dirección de Asuntos para Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras señaló que la inscripción se realizó una vez verificado el cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley para ello y, no se adelantó la consulta, toda vez que no evidenció una afectación directa a la comunidad indígena, pues la inscripción del Consejo Comunitario únicamente involucraba los intereses del grupo afrodescendiente.

De otro lado, al responder a lo solicitado por esta Sala, se observó que de acuerdo con lo expuesto por el Incoder, aún no se ha realizado el proceso de titulación colectiva solicitado por la comunidad de Guamal, debido a que esta se encuentra ubicada dentro del Resguardo Cañamomo y Lomaprieta y que, con el objetivo de abordar el conflicto interétnico presentado en ese territorio, se llevaría a cabo una reunión el 13 de junio del año en curso en el municipio de Supía, con la participación de representantes del Incoder y del Ministerio del Interior, pero de la cual no se pudo obtener información a pesar de varios intentos de comunicación por vía telefónica con dicha entidad.

De igual forma, en el escrito allegado, el Incoder manifiesta que una vez terminado el proceso de clarificación se podría determinar a quién pertenecen los terrenos en cuestión. No obstante, señala que el mencionado trámite no se ha podido llevar a su fin, habida cuenta que el Decreto 2663 de 1994, que establecía la manera cómo se debía realizar, fue derogado y, en la actualidad, se adelantan gestiones de concertación con las autoridades indígenas para la expedición de una nueva regulación que permita seguir adelante con el proceso.

Por su parte, el resguardo nuevamente interviene a través de escrito con fecha del 19 de

julio de 2014, señalando que siempre han tratado de reconocer los derechos de la comunidad afro y la preservación de su cultura, mas no están de acuerdo como se está desarrollando la situación en la medida en que hay una afectación al pueblo indígena, entre otras cosas.[37] Así, solicitaron al Director de Asuntos para Comunidades Indígenas Minorías y ROM su mediación en el conflicto que se viene presentando, solicitud que obtuvo como respuesta que abordarían el tema después de la segunda semana de enero del presente año, sin que hasta la fecha se haya realizado algún tipo de acercamiento o procedimiento para dar solución a la problemática.

En la actualidad, la situación se está tornando más grave, habida cuenta que la comunidad afro ha impedido el acceso del resguardo a la caseta comunal cercándola con cadenas y candados y manifestando que no las retiraran hasta que no le sean devueltas las llaves del bien, alegando que son la máxima autoridad de ese territorio, desconociendo los derechos de la comunidad indígena. De igual forma, han existido discusiones sobre la construcción de una planta para el tratamiento del agua en territorio habitado por la comunidad de Guamal.[38]

De las circunstancias fácticas anotadas, la Sala advierte la clara existencia de un conflicto entre ambas comunidades que, si bien en principio puede entenderse que es por el territorio en discusión, se evidencia que se extiende a otras cuestiones.

Así las cosas, en el problema planteado a esta Sala no solamente están involucradas la comunidad indígena y las entidades del Estado, sino que, a su vez, se afectan los intereses del grupo afrodescendiente de Guamal. Es decir, que están en juego derechos de dos grupos étnicos que, como se observó en la parte considerativa de esta providencia, merecen una especial protección constitucional y el reconocimiento y garantía de sus derechos en igualdad de condiciones.

Por otro lado, de los elementos de convicción allegados al expediente por parte del gobernador accionante, se observa que si bien el resguardo tiene un origen colonial y dentro de sus linderos se encuentra el municipio de Guamal, éste ha sido habitado mayormente por personas afrodescendientes cuyos antepasados fueron 40 esclavos provenientes de África, traídos para trabajar en las minas ubicadas en el lugar, en el año 1700. Los dueños eran una pareja de esposos, ambos de apellido Moreno, quienes en 1736

decidieron liberarlos y otorgarles su apellido, para luego salir del país dejando a las 40 personas asentadas en esas tierras. Según uno de los documentos anexados, en la actualidad son aproximadamente 2000 personas, en su mayoría niños quienes han compartido el mismo apellido y territorio por cerca de 270 años.[39]

Se expone a su vez, que los representantes de la comunidad de Guamal coinciden en que el territorio que habitan les pertenece por tradición, sumado a los varios años de trabajo en los trapiches de caña. No obstante, debido a que en la década de los 90 el Estado nos les brindó la ayuda necesaria, se vieron en la obligación de ser registrados en el censo indígena del resguardo Cañamomo y Lomapieta obteniendo como beneficio los servicios de salud y ser eximidos del servicio militar obligatorio.

De igual manera, en lo anexado al expediente por el accionante, se hallan documentos a través de los cuales la comunidad afrodescendiente manifiesta que no quieren deteriorar las relaciones con los indígenas debido al reconocimiento del Consejo Comunitario, pues son conscientes de que deben continuar conviviendo en vecindad. En ese sentido, el gobernador del Resguardo señaló, que siempre han sido respetuosos de los derechos de la comunidad negra, se encuentran a favor de la preservación de su cultura, tanto que cada 2 años se celebra el festival de las negritudes en esa región, y “han tenido la voluntad de que los afros tengan parte de su territorio”. Sin embargo, el desacuerdo radica en que se está creando una separación negativa y dentro del proceso se habló muy mal de nosotros.”[41]

Bajo ese entendido, se evidencia que, si bien lo que da origen a esta acción de tutela es la posible adjudicación de tierras que hacen parte del resguardo a la comunidad de Guamal, como lo entiende esta Sala, el conflicto que se presenta tiene un matiz mucho más profundo y complejo.

Por otro lado, en lo que a la consulta previa se refiere, tema central de la pretensión del accionante en la presente acción de tutela, podría sostenerse que las resoluciones expedidas por la Alcaldía de Supía y el Ministerio del Interior, por medio de las cuales se inscribe el Consejo Comunitario de la Comunidad de Guamal, son medidas administrativas que generan una afectación directa al resguardo. No obstante, la inscripción de un consejo comunitario no puede estar sujeta a ningún proceso de consulta, toda vez que el

reconocimiento de un grupo étnico únicamente se debe limitar a lo establecido en la ley al respecto, en pro de garantizar todos aquellos derechos, como autonomía e independencia, en cabeza de las comunidades étnicas que habitan el territorio colombiano.

Sin embargo, el caso presenta la posible adjudicación por parte del Estado a la comunidad de Guamal de una porción de terreno perteneciente legalmente al resguardo indígena, conllevando un claro conflicto que involucra derechos fundamentales como la propiedad colectiva, el debido proceso y la diversidad étnica y cultural, entre otros, de ambos grupos. Bajo ese entendido, el proceso consultivo sí debió llevarse a cabo en lo que concierne a este aspecto, pues, como se observó, el problema no se reduce a las tierras que se habitan, sino a temas como la educación, e incluso obras que benefician a ambas comunidades, entre muchos otros, aunado a que el proceso de adjudicación se traduce en una medida administrativa que afecta directamente a las dos etnias.

Así, se trataría de una consulta previa en la que se deben discutir temas que involucren los derechos e intereses de ambas comunidades, pues de lo contrario, se configuraría una vulneración del derecho al debido proceso de la comunidad de Guamal al permitirse que el resguardo y demás entidades demandadas, decidan lo planteado sin que el grupo afro pueda manifestarse.

De igual manera, podría presentarse la afectación del derecho a la propiedad colectiva de ambas comunidades pues, como se observó en precedencia, el Estado ha protegido no solo aquella porción del territorio legalmente constituido, sino, también, aquel que, si bien no cuenta con esa calidad, ha sido utilizado y habitado por las comunidades tradicionalmente para llevar a cabo sus proyectos productivos, mantener sus tradiciones, costumbres y sus lugares sagrados, entre otras. De esta manera, el hecho de definir el territorio en cuestión como indígena puede afectar la preservación de la cultura afro, así los terrenos se encuentren legalmente reconocidos al resguardo.

En ese sentido, sería una equivocación ordenar que se realice una consulta previa que involucre únicamente a las entidades accionadas y al resguardo indígena, pues se desconocería la especial protección que a su vez merece la comunidad negra, derivando en la vulneración de sus derechos fundamentales. En efecto, al pronunciarse sobre un caso similar en el que se presentaban conflictos de división dentro de una misma comunidad

indígena, la Corte señaló:

“No obstante, el accionado se limitó a poner en conocimiento del gobernador y de los demás miembros del cabildo ya reconocidos, los documentos aportados por los accionantes a fin de que se pronunciaran sobre los mismos, medida que de todos modos no responde a la obligación que le impone la Ley 21 de 1991, pues el mecanismo de consulta debe facilitar la participación activa de todos los miembros de la comunidad Yanacona asentada en su municipio, así pertenezcan a uno u otro de los grupos en que dicha comunidad se encuentra dividida.

Por ello, y en la medida en que el accionado no dio en su momento aplicación a las disposiciones contenidas en el Convenio 169 de 1989 de la OIT, en especial las relacionadas con la consulta previa que debió haberse adelantado frente a la comunidad Yanacona, si debió proceder a convocar a una consulta de manera inmediata, tan pronto como percibió el conflicto entre los grupos en los cuales dicho pueblo se había dividido.”[42]

Bajo esta perspectiva, se debe resaltar que, si bien la decisión que se debe adoptar es la realización de la respectiva consulta previa por parte de la Alcaldía de Supía y el Ministerio del Interior, esta debe celebrarse en conjunto con la comunidad afrodescendiente. Es decir, se llevará a cabo una consulta previa en la que puedan participar en igualdad de condiciones el resguardo indígena y la comunidad afro de Guamal, para que ambos grupos tengan la oportunidad de exponer sus puntos de vista, sus inconformidades, sus intereses, sus pretensiones, sus objetivos y sus derechos, garantizando de esta manera la especial protección que las dos minorías merecen.

A juicio de la Sala, tal proceder es el apropiado pues, si bien el juez de tutela cuenta con la posibilidad de arribar a una solución de manera impositiva sin tener que consultar a las partes interesadas, se estaría pasando por alto las costumbres y usos de las comunidades étnicas que se encuentran en conflicto, afectando sus normas propias, sus tradiciones y forma de ver el mundo, poniendo en peligro su autonomía y supervivencia.

De hecho, en ocasiones anteriores así lo ha reconocido esta Corporación, al señalar que la intromisión de agentes externos en conflictos generados al interior de una comunidad indígena puede generar mayores problemas que soluciones, advirtiendo que “lo cierto es que la intervención externa no ha sido útil para resolver la disputa surgida dentro del

resguardo. La división y los conflictos se mantienen. Cada uno de los grupos ha continuado eligiendo su cabildo, a pesar de las sentencias dictadas.”[43]

Así las cosas, la Sala considera pertinente que sean ambas comunidades las que entren a resolver la pugna que se viene presentando desde hace varios años entre ellas, a través de una consulta previa y sin imposiciones de algún juez externo que pueda entorpecer la labor de solución de conflictos propia de estos pueblos o intervención alguna de agentes externos, aunado a la voluntad de conciliación que se puede desprender de lo manifestado en los escritos allegados al expediente.

Ejemplo de aquella voluntad, es que tanto la comunidad negra como el resguardo, han solicitado a entidades como el Incoder y a la Dirección de Asuntos Indígenas del Ministerio del Interior, desde hace varios años, su mediación en el conflicto, sin obtener respuesta satisfactoria, lo que evidencia una clara negligencia por parte de estas entidades para tratar de solucionar el problema y garantizar los derechos fundamentales de las dos comunidades.

En esa medida, la Sala advierte que se presenta la vulneración de los derechos fundamentales de ambas comunidades étnicas y, en consecuencia, se ordenará a la Alcaldía de Supía y a la Dirección de Asuntos para Comunidades Indígenas, Minorías y ROM y a la Dirección de Asuntos para Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras del Ministerio del Interior, la realización de una consulta previa que debe estar precedida por una preconsulta en la cual se expongan todas aquellas materias a tratar, incluyendo la posibilidad de división del territorio y de separación de la comunidad afrodescendiente del resguardo indígena, la cual se adelantará respetando las costumbres, cosmovisión, tradiciones, autonomía y cultura de ambos pueblos, asegurando que serán escuchadas por igual, sin que prevalezca una sobre la otra. De esta forma, se garantiza que sean estas comunidades, con la mediación de las entidades estatales antes mencionadas y previa determinación de los temas objeto de consulta, las que puedan encontrar la fórmula que mejor se adecúe a la resolución de su conflicto.

En todo caso, el único aspecto que no se puede entrar a discutir dentro de la respectiva preconsulta y posterior consulta, es la inscripción del consejo comunitario de la comunidad afrodescendiente de Guamal, pues, como se estableció en párrafos precedentes, esta

actuación no se encuentra sujeta a un proceso de consulta previa, puesto que se trata de un acto declarativo, no constitutivo, no deriva en afectación alguna al resguardo indígena y, más importante aún, por cuanto condicionar la inscripción, conllevaría una vulneración de los derechos fundamentales de esta comunidad a ser reconocidos como tal.

Bajo ese orden de ideas, considera pertinente resaltar que lo que procede en este caso es la consulta previa, como derecho fundamental de ambas comunidades y no otro tipo de proceso de concertación o de otra índole al que puedan apelar las distintas entidades encargadas de resolver estos asuntos, toda vez que, en primer lugar, el hecho de adjudicar o delimitar un territorio en el cual habitan 2 comunidades étnicas es una medida administrativa proveniente del Estado que afecta directamente a ambas comunidades y, tal como se vio en la parte considerativa de esta providencia, la consulta previa se torna obligatoria cuando sucede lo mencionado, independientemente de si el efecto de la medida es benéfico o negativo para las comunidades involucradas.

De igual manera, como ya se ha señalado previamente, en el asunto planteado no está en juego únicamente la delimitación de unos linderos que permitan la diferenciación de unos terrenos, sino todos aquellos derechos fundamentales en cabeza de ambas culturas que, por la división de dicho terreno, se puedan ver afectados, como su autonomía, respeto de sus costumbres, usos, tradiciones y cosmovisión, entre muchos otros ya señalados, e incluso el propio derecho al territorio, en la medida en que éste no se limita a lo legalmente establecido como tal, pues se protege también aquellas porciones de tierra que han sido utilizadas y habitadas por las comunidades tradicionalmente para llevar a cabo sus proyectos productivos, mantener sus tradiciones, costumbres y sus lugares sagrados, lo cual solo podrá ser garantizado a través de la correspondiente consulta previa.

Ahora bien, es preciso aclarar que el papel de las entidades estatales va a ser el de velar por el respeto de los derechos fundamentales de estas comunidades, para lo cual se les recomienda la asesoría por parte de la Procuraduría General de la Nación y la Defensoría del Pueblo. Su rol será el de mediadores, pero nunca podrán intervenir o tener alguna injerencia en el proceso, pues como se indicó en párrafos anteriores, la intromisión de un agente externo puede obstaculizar la efectiva solución del conflicto que se presenta, vulnerando la autonomía y principio de buena fe que debe cobijar el proceso de consulta.

A la luz de lo anterior, se ordenará al Alcalde del municipio de Supía, Caldas, a la Dirección de Asuntos para Comunidades Indígenas, Minorías y ROM y a la Dirección de Asuntos para Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras del Ministerio del Interior que en el término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes de la notificación de esta providencia, y si aún no se hubiere hecho, inicien el proceso de consulta previa con las comunidades del Resguardo Cañamomo y Lomaprieta y la población afrodescendiente de Guamal previsto en el artículo 6° de la Ley 21 de 1991.

De igual manera, con el fin de la celebración adecuada del proceso consultivo el Alcalde del municipio de Supía, Caldas, la Dirección de Asuntos para Comunidades Indígenas, Minorías y ROM y la Dirección de Asuntos para Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras del Ministerio del Interior, llevarán a cabo una preconsulta con ambos grupos en los treinta (30) días iniciales y concluido éste, adelantarán la consulta definitiva en los términos acordados, los cuales deben incluir los puntos de vista, inconformidades, intereses, pretensiones, objetivos y derechos de los dos grupos, haciendo énfasis en la posible división del territorio y la separación de la comunidad afrodescendiente del resguardo indígena, la cual se adelantará respetando las costumbres, cosmovisión, tradiciones, autonomía y cultura de ambos pueblos asegurando que serán escuchadas por igual, pero en ningún caso, se puede entrar a discutir la inscripción del consejo comunitario de la comunidad afrodescendiente de Guamal, lo cual se entiende que se encuentra realizado y no puede estar sujeto a consulta alguna.

IV. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO.- REVOCAR la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Manizales, el 19 de noviembre de 2013, dentro del proceso de tutela promovido por Efrén de Jesús Reyes Reyes, en su calidad de gobernador del Resguardo Indígena Cañamomo y Lomaprieta contra la Dirección de Asuntos para Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras del Ministerio del Interior y la Alcaldía del municipio de Supía, Caldas, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia y en consecuencia, TUTELAR los

derechos fundamentales a la consulta previa, al consentimiento libre e informado, a la autonomía de las autoridades indígenas en su territorio, a la participación de las comunidades indígenas, a la propiedad, al debido proceso y a la diversidad étnica y cultural.

De igual manera, con el fin de la celebración adecuada del proceso consultivo, el Alcalde del municipio de Supía, Caldas, la Dirección de Asuntos para Comunidades Indígenas, Minorías y ROM y la Dirección de Asuntos para Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras del Ministerio del Interior, llevarán a cabo una preconsulta con ambos grupos en los treinta (30) días iniciales y concluido éste, adelantarán la consulta definitiva en los términos acordados, los cuales deben incluir los puntos de vista, inconformidades, intereses, pretensiones, objetivos y derechos de los dos grupos, haciendo énfasis en la posible división del territorio y la separación de la comunidad afrodescendiente del resguardo indígena, la cual se adelantará respetando las costumbres, cosmovisión, tradiciones, autonomía y cultura de ambos pueblos asegurando que serán escuchadas por igual, pero en ningún caso, se puede entrar a discutir la inscripción del consejo comunitario de la comunidad afrodescendiente de Guamal, lo cual se entiende que se encuentra realizado y no puede estar sujeto a consulta alguna.

TERCERO.- Por Secretaría General, LÍBRESE la comunicación a que se refiere el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Cópiese, notifíquese, comuníquese, publíquese y cúmplase.

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

Con salvamento de voto

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

SALVAMENTO DE VOTO DE LA MAGISTRADA

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

A LA SENTENCIA T-461/14

ORDEN DE INICIAR PROCESO DE CONSULTA PREVIA-Frente a decisión administrativa de reconocer identidad cultural de una comunidad negra y el derecho a solicitar titulación colectiva por parte de la misma comunidad (Salvamento de voto)/DERECHO A LA IDENTIDAD CULTURAL DE LAS COMUNIDADES INDIGENAS Y NEGRAS TIENE CARACTER DE DERECHO FUNDAMENTAL-Desconocimiento (Salvamento de voto)

La Corte, en un inusitado giro de su jurisprudencia sobre el tema, ordena que se realice un consulta previa frente a una decisión administrativa de reconocer la identidad cultural de una comunidad negra y el derecho solicitar la titulación colectiva por parte de la misma comunidad. La Corte nunca había supeditado el reconocimiento de una comunidad étnica a la realización de una consulta con otra comunidad étnica. Con esta decisión la Corte está desconociendo el efecto meramente declarativo, y no constitutivo del acto de reconocimiento de los consejos comunitarios que efectúan las alcaldías municipales, y el acto de registro que lleva a cabo el Ministerio del Interior. Este acto se limita a reconocer un derecho que tienen estas comunidades siempre que se cumplan los requisitos establecidos en la Ley 70 de 1993, y en el Decreto 1745 de 1995. Más aún, como lo ha reconocido en reiteradas oportunidades la jurisprudencia de esta Corporación, y ahora lo desconoce la Sentencia de la cual me aparto, el derecho a la identidad cultural de las comunidades indígenas y negras tiene carácter de derecho fundamental que está directamente relacionado con el principio fundamental del pluralismo, no depende del reconocimiento del Estado, y es un derecho inalienable. Su ejercicio no puede quedar supeditado a la voluntad de un tercero como lo son las autoridades del resguardo Cañamomo Lomaprieta, o de la

alcaldía de Supía, o del Ministerio del Interior, así la comunidad que se opone al reconocimiento ostente también derechos como sujeto étnico colectivo

DERECHO AL RECONOCIMIENTO DE LA IDENTIDAD CULTURAL DE LAS COMUNIDADES NEGRAS-Caso en que se está supeditando al “consentimiento previo, libre e informado” de comunidades indígenas por accidente histórico de ser vecinas a ellas (Salvamento de voto)

Con esta Sentencia se está desconociendo el derecho al reconocimiento de la identidad cultural de las comunidades negras, supeditándolo al “consentimiento previo, libre e informado” de comunidades indígenas Embera Chamí, por el solo accidente histórico de ser vecinas a ellas. Al hacerlo se niega siglos de historia, y con ello, también el derecho a una memoria colectiva. Una historia que llevó a hombres y mujeres a trabajar a la fuerza en las minas de Marmato, y otras, pero también de seres humanos que fueron capaces de superar la esclavitud para asentarse en un territorio y construir su comunidad de acuerdo con sus propias costumbres. Desconoce también que estos hombres y mujeres que superaron su situación de esclavitud, construyeron comunidades, y llevan trabajando su tierra desde hace siglos. Aunque inicialmente no ocuparon este territorio por voluntad propia, sino por la fuerza, lo han hecho suyo, se han apropiado de él, conviviendo con las comunidades Embera que viven en el área. Con esta Sentencia la Corte desconoce la historia y la cultura de este pueblo

CONSULTA PREVIA-Fundamento y propósito ha sido decantado en una larga jurisprudencia que inicia con la SU-039/97 (Salvamento de voto)

La Sentencia tampoco tiene en cuenta la jurisprudencia de esta Corporación sobre el fundamento y propósito de la consulta previa, que ha sido decantado en una larga jurisprudencia de más de cincuenta sentencias que inicia con la SU-039 de 1997 (M.P. Antonio Barrera Carbonell). Este mecanismo no se diseñó para resolver conflictos interétnicos, ni para legitimar la intervención no solicitada del Estado en los mismos. Más aún, cuando la intervención del Estado en este tipo de conflictos no es solicitada por todas las partes, no sólo constituye una vulneración de la autonomía de dichas comunidades para articularse con otras a través de sus propias autoridades, sino que está destinada al fracaso. Al utilizarse de esta manera, lo que suele ocurrir es que el Estado termina

exacerbando conflictos interétnicos latentes innecesariamente

ABUSO DEL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA-Caso en que la Corte avala esta práctica y con ello legitima aquellas voces que critican ese mecanismo (Salvamento de voto)

El derecho a la consulta previa fue creado precisamente para darles voz a algunas minorías étnicamente diferenciadas que, por ser discretas e insulares, están marginadas de los procesos de toma de decisiones. Se trata entonces de un mecanismo encaminado a proteger a minorías que carecen de voz propia dentro del proceso político, y que pertenecen a grupos con culturas indígenas y tribales. La consulta previa está diseñada para darles voz a todos estos pueblos y comunidades frente a la formulación de políticas públicas y proyectos de inversión con incidencia territorial que los puedan afectar. Ello presupone que entre los sujetos colectivos consultados y quienes están interesados en desarrollar el respectivo proyecto, la norma o la política, hay una asimetría de poder que se refleja en su capacidad de acceder a los procesos de toma de decisiones. La consulta previa no busca crear un poder de veto que puedan ejercer unas comunidades étnicas frente a otras, impidiéndoles a unas el ejercicio de su derecho fundamental al reconocimiento de su identidad, o de su territorio. La utilización de la consulta previa para impedirle a una comunidad étnica el ejercicio de derechos fundamentales, como lo son el derecho al reconocimiento de la identidad cultural, y al territorio, constituye un verdadero abuso del derecho a la consulta previa. Con esta Sentencia la Corte avala esta práctica, y con ello legitima a aquellas voces que critican el mecanismo de la consulta previa

CONSULTA PREVIA-Caso en que no hay un fundamento jurídico para llevarla a cabo (Salvamento de voto)

A la luz de los artículos 7, 13 y 14 del Convenio 169 de la OIT, no hay un fundamento jurídico para llevar a cabo una consulta previa, toda vez que los solicitantes ni ocupan, ni utilizan, ni han ocupado tradicionalmente las tierras de las comunidades negras de Guamal, al menos desde que las comunidades negras se asentaron en ellos hace siglos. Por el contrario, son las comunidades negras quienes vienen ocupando tradicionalmente estos territorios, y sus derechos territoriales están sujetos a especial protección a la luz de lo dispuesto, no sólo en el Convenio 169 de la OIT, sino en el párrafo 1º del artículo 55 transitorio de la Constitución, en armonía con la Ley 70 de 1993, y con el Decreto 1745 de

1995. ¿Por qué ahora la Corte ordena consultar el ejercicio de los derechos territoriales de las comunidades negras que ocupan y han ocupado tradicionalmente estos territorios?, ¿No son éstas los sujetos titulares del derecho a la consulta previa?

Referencia: Expediente D- 4.258.511

Asunto: Acción de Tutela interpuesta por el Gobernador del Resguardo de Cañamomo y Lomaprieta

Magistrado Sustanciador:

Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

Con el acostumbrado respeto pero también con profunda desilusión me aparto por la decisión adoptada por la Cuarta de Revisión de la Corte por las razones que expongo a continuación:

1. El resguardo Cañamomo y Lomaprieta está ubicado en los municipios de Riosucio y Supía y tiene una extensión de 4.826 hectáreas. Según el Gobernador indígena, el resguardo fue creado desde el 10 de marzo de 1540, tiene linderos definidos desde 1627 y cuenta con escritura pública inscrita desde 1953. Así mismo indica que todas las comunidades que viven al interior del ente territorial, están censadas como indígenas y reconocen al cabildo como su máxima autoridad, incluidas según dice, las comunidades negras que viven en la vereda el Guamal.

2. El Gobernador precisa que varias personas de la vereda el Guamal, que no representan la mayoría de la población, solicitaron al Ministerio del Interior el reconocimiento como Consejo Comunitario Afrodescendiente y la titulación colectiva del territorio donde se asientan, a pesar de pertenecer al Resguardo indígena. El Consejo Comunitario Afrodescendiente fue reconocido por el Ministerio del Interior mediante Resolución 083 de 2013. A su vez, la Alcaldía de Supía emitió la Resolución 254 de 2013, por la cual se inscribió el Consejo Comunitario, la junta directiva y el representante legal de la comunidad Afrodescendiente. El Gobernador del resguardo manifestó que las Resoluciones emitidas por el Ministerio del Interior y la Alcaldía de Supía debieron ser consultadas previamente al pueblo indígena, ya que son medidas administrativas que los

afectan directamente.

3. El Gobernador del Resguardo indígena presentó acción de tutela para solicitar la protección a sus derechos fundamentales a la consulta previa, al consentimiento libre e informado, a la autonomía de las autoridades indígenas en su territorio, a la participación, a la propiedad, al debido proceso y a la diversidad étnica y cultural. El accionante estima vulnerados esos derechos por la Alcaldía de Supía y el Ministerio del Interior, ya que esas entidades proferieron dos resoluciones, a través de las cuales se inscribe el Consejo Comunitario Afrodescendiente en Guamal.

4. La Sala resolvió revocar la sentencia proferida por el Tribunal y tutelar los derechos fundamentales de la comunidad indígena. En esa medida, el Sala ordena a la Alcaldía de Supía y al Ministerio del Interior, que en el término de 48 horas siguientes a la notificación de la sentencia, inicien el proceso de consulta previa con las comunidades del Resguardo Cañamomo y Lomapieta y la población Afrodescendiente de Guamal. También se ordena la realización de un proceso de pre-consulta con ambos grupos. Así mismo, la Sala ordena la suspensión de las resoluciones emitidas por el Ministerio Interior y la Alcaldía de Supía, que reconocen e inscriben el Consejo Comunitario de Comunidades Negras de Guamal.

5. La Sala comienza reiterando la jurisprudencia con respecto a los derechos fundamentales y la especial protección de los pueblos indígenas, sobre el territorio como derecho fundamental y sobre la consulta previa. Posteriormente analiza la legislación y la jurisprudencia referente a la igualdad de derechos entre las comunidades indígenas y los pueblos afrodescendientes, para concluir que efectivamente todas las minorías étnicas merecen la misma protección por parte del Estado. Finalmente, entra a resolver el caso concreto.

6. En primer lugar reconoce que la titulación de las comunidades negras no se ha podido llevar cabo porque existe una disputa de linderos entre las comunidades indígenas y las comunidades negras. Reconoce también que las comunidades negras llevan viviendo en el área, al menos desde el Siglo XVIII, pero que se han visto forzados a identificarse como indígenas para disfrutar de algunos “beneficios”, entre los cuales está el de poder vivir en el resguardo en el que viven desde que fueron traídos a la fuerza como esclavos.

7. Tomando en cuenta lo anterior, la Sala concluye que la pretensión del Consejo Comunitario es la posible adjudicación de tierras que pertenecen al resguardo. Por lo tanto, la Corte concluye que sí debió llevarse a cabo una consulta previa. Sin embargo, curiosamente, y para morigerar el carácter sesgado de la decisión, en el proyecto se argumenta que la consulta no puede ser “unilateral”, pues involucra también derechos de la comunidad negra. En esa medida, para que las comunidades negras del Guamal puedan ejercer su derecho a identificarse como comunidad negra y solicitar la titulación del territorio en el que llevan viviendo más de más de tres siglos ordena una consulta en la cual “estén presentes ambas” comunidades para que solventen la pugna, y sin pena agrega “sin imposiciones de algún juez externo”.

8. La Corte, en un inusitado giro de su jurisprudencia sobre el tema, ordena que se realice una consulta previa frente a una decisión administrativa de reconocer la identidad cultural de una comunidad negra y el derecho solicitar la titulación colectiva por parte de la misma comunidad. La Corte nunca había supeditado el reconocimiento de una comunidad étnica a la realización de una consulta con otra comunidad étnica. Con esta decisión la Corte está desconociendo el efecto meramente declarativo, y no constitutivo del acto de reconocimiento de los consejos comunitarios que efectúan las alcaldías municipales, y el acto de registro que lleva a cabo el Ministerio del Interior. Este acto se limita a reconocer un derecho que tienen estas comunidades siempre que se cumplan los requisitos establecidos en la Ley 70 de 1993, y en el Decreto 1745 de 1995. Más aún, como lo ha reconocido en reiteradas oportunidades la jurisprudencia de esta Corporación, y ahora lo desconoce la Sentencia de la cual me aparto, el derecho a la identidad cultural de las comunidades indígenas y negras tiene carácter de derecho fundamental que está directamente relacionado con el principio fundamental del pluralismo, no depende del reconocimiento del Estado, y es un derecho inalienable. Su ejercicio no puede quedar supeditado a la voluntad de un tercero como lo son las autoridades del resguardo Cañamomo Lomaprieta, o de la alcaldía de Supía, o del Ministerio del Interior, así la comunidad que se opone al reconocimiento ostente también derechos como sujeto étnico colectivo.

9. Con esta Sentencia se está desconociendo el derecho al reconocimiento de la identidad cultural de las comunidades negras, supeditándolo al “consentimiento previo, libre e informado” de comunidades indígenas Embera Chamí, por el solo accidente histórico

de ser vecinas a ellas. Al hacerlo se niega siglos de historia, y con ello, también el derecho a una memoria colectiva. Una historia que llevó a hombres y mujeres a trabajar a la fuerza en las minas de Marmato, y otras, pero también de seres humanos que fueron capaces de superar la esclavitud para asentarse en un territorio y construir su comunidad de acuerdo con sus propias costumbres. Desconoce también que estos hombres y mujeres que superaron su situación de esclavitud, construyeron comunidades, y llevan trabajando su tierra desde hace siglos. Aunque inicialmente no ocuparon este territorio por voluntad propia, sino por la fuerza, lo han hecho suyo, se han apropiado de él, conviviendo con las comunidades Embera que viven en el área. Con esta Sentencia la Corte desconoce la historia y la cultura de este pueblo.

10. La Sentencia tampoco tiene en cuenta la jurisprudencia de esta Corporación sobre el fundamento y propósito de la consulta previa, que ha sido decantado en una larga jurisprudencia de más de cincuenta sentencias que inicia con la SU-039 de 1997 (M.P. Antonio Barrera Carbonell). Este mecanismo no se diseñó para resolver conflictos interétnicos, ni para legitimar la intervención no solicitada del Estado en los mismos. Más aún, cuando la intervención del Estado en este tipo de conflictos no es solicitada por todas las partes, no sólo constituye una vulneración de la autonomía de dichas comunidades para articularse con otras a través de sus propias autoridades, sino que está destinada al fracaso. Al utilizarse de esta manera, lo que suele ocurrir es que el Estado termina exacerbando conflictos interétnicos latentes innecesariamente.

11. El derecho a la consulta previa fue creado precisamente para darles voz a algunas minorías étnicamente diferenciadas que, por ser discretas e insulares, están marginadas de los procesos de toma de decisiones. Se trata entonces de un mecanismo encaminado a proteger a minorías que carecen de voz propia dentro del proceso político, y que pertenecen a grupos con culturas indígenas y tribales. La consulta previa está diseñada para darles voz a todos estos pueblos y comunidades frente a la formulación de políticas públicas y proyectos de inversión con incidencia territorial que los puedan afectar. Ello presupone que entre los sujetos colectivos consultados y quienes están interesados en desarrollar el respectivo proyecto, la norma o la política, hay una asimetría de poder que se refleja en su capacidad de acceder a los procesos de toma de decisiones. La consulta previa no busca crear un poder de veto que puedan ejercer unas comunidades étnicas frente a otras, impidiéndoles a unas el ejercicio de su derecho fundamental al reconcimimiento de su

identidad, o de su territorio. La utilización de la consulta previa para impedirle a una comunidad étnica el ejercicio de derechos fundamentales, como lo son el derecho al reconocimiento de la identidad cultural, y al territorio, constituye un verdadero abuso del derecho a la consulta previa. Con esta Sentencia la Corte avala esta práctica, y con ello legitima a aquellas voces que critican el mecanismo de la consulta previa.

12. Adicionalmente, la Sentencia desconoce por completo qué son los resguardos coloniales y republicanos, como el de Cañamomo Lomparieta, y sus diferencias con los resguardos y reservas que se empezaron a constituir a partir de la década de 1960 en nuestro país. Desconoce que estos resguardos coloniales y republicanos fueron creados por funcionarios españoles que desconocían la geografía física de nuestro país -Cañamomo fue constituido, presumiblemente, en 1540-, pues nunca lo habían visitado, y peor aún, desconocían por completo la geografía humana del país. Más aun, en su gran mayoría estos resguardos coloniales y republicanos fueron constituidos durante la época de la esclavitud, y por lo tanto, en un momento en el que resultaba impensable otorgarles propiedad sobre el territorio a los esclavos que vivían y trabajaban en las minas.

13. Los ejemplos de este desconocimiento de la geografía física y humana de estos funcionarios coloniales son múltiples. Uno de ellos es el Gran Resguardo de los Pastos, que fue creado sin consideración de que el pueblo de los Pastos, aunque numerosos, no eran el único pueblo indígena que habitaba el territorio que les fue titulado. Ahí vivía también el pueblo A'wa, y otros pueblos con tradiciones culturales específicas, con lenguas propias, con tradiciones jurídicas, gobiernos y organizaciones propias. Hoy los A'wa carecen de resguardo gracias a que en nuestro país le damos mayor valor jurídico a los documentos expedidos hace varios siglos por funcionarios españoles que desconocían los derechos de las comunidades negras y que nunca visitaron nuestro territorio, que a la realidad geográfica, social y cultural en la que hemos vivido desde hace ya varios siglos, y en la que seguimos viviendo hoy en día.

14. Precisamente para conciliar estos derechos otorgados por la corona española o por los primeros gobernantes de la República con la realidad social y cultural actual de nuestro país, la Ley 160 de 1994 creó el mecanismo de clarificación de la vigencia legal y reestructuración de los resguardos de origen colonial y republicano. Este proceso agrario está encaminado a permitir el desarrollo de la función social de la propiedad de los

resguardos consagrada en el artículo 58 de nuestra Carta Política, y desarrollada en los artículos 48 a 51 y 85 de la Ley 160 de 1994. No sólo permite establecer si los títulos de propiedad sobre los resguardos son espurios, si están vigentes, o si fueron disueltos. Permite además adecuar la propiedad formal sobre los resguardos a las realidades de nuestro territorio. En particular, permite armonizar las necesidades de tierras de los pueblos y comunidades indígenas en favor de quienes se expidieron tales títulos, con las de los demás habitantes actuales de tales territorios, quienes en muchos casos también son comunidades étnicas. Al fin y al cabo, la extensión del resguardo colonial de Cañamomo Lomparieta es, formalmente, de más de 4.800 hectáreas.

15. Sin embargo, el resguardo de Cañamomo Lomapieta no ha llevado a cabo este procedimiento de clarificación de la vigencia legal de los títulos coloniales, ni la posterior reestructuración del resguardo. Por tal motivo, no son claros los alcances de los derechos territoriales de las comunidades indígenas ni de las comunidades negras que viven en ellos. Lo que sí es un hecho es que desde hace siglos existen comunidades negras que han ocupado y utilizado esos territorios, y que tienen derecho a ser reconocidas y tituladas.

16. A la luz de los artículos 6, 7, 13 y 14 del Convenio 169 de 1989 de la OIT, el derecho a la consulta previa presupone la ocurrencia de una de dos situaciones: 1) la adopción de una política, plan, proyecto o programa que afecte a un pueblo o comunidad indígena o tribal de manera directa, o 2) la realización de un proyecto, obra o actividad en el territorio que un pueblo o comunidad indígena o tribal ocupa, utiliza, o ha ocupado tradicionalmente. Teniendo en cuenta que los demandantes alegan que el reconocimiento del Consejo Comunitario llevará a la futura titulación colectiva dentro de su resguardo, y ello tiene repercusiones respecto del territorio de las comunidades Embera, el problema encajaría en la segunda situación.

17. Sin embargo, a la luz de los artículos 7, 13 y 14 del Convenio 169 de la OIT, no hay un fundamento jurídico para llevar a cabo una consulta previa, toda vez que los solicitantes ni ocupan, ni utilizan, ni han ocupado tradicionalmente las tierras de las comunidades negras de Guamal, al menos desde que las comunidades negras se asentaron en ellos hace siglos. Por el contrario, son las comunidades negras quienes vienen ocupando tradicionalmente estos territorios, y sus derechos territoriales están sujetos a especial protección a la luz de lo dispuesto, no sólo en el Convenio 169 de la OIT, sino en el

parágrafo 1º del artículo 55 transitorio de la Constitución, en armonía con la Ley 70 de 1993, y con el Decreto 1745 de 1995. ¿Por qué ahora la Corte ordena consultar el ejercicio de los derechos territoriales de las comunidades negras que ocupan y han ocupado tradicionalmente estos territorios?, ¿No son éstas los sujetos titulares del derecho a la consulta previa?

18. Carece por completo de asidero constitucional concluir que las comunidades indígenas del resguardo accionante tienen derecho a la consulta previa como requisito para que el Estado reconozca un derecho del cual las comunidades negras ya son titulares. Adicionalmente, el fundamento de la orden es también improcedente, pues se fundamenta en el solo hecho de existir un título colonial cuya vigencia legal no ha sido clarificada, y cuyos linderos no han sido establecidos legalmente. Más aun, este título se está utilizando para alegar derechos sobre un territorio que tales comunidades negras ocupan, utilizan, y han ocupado tradicionalmente. Finalmente, si lo que la Corte pretende es permitirles a las comunidades indígenas y a las comunidades negras resolver sus disputas territoriales, el medio utilizado resulta siendo contraproducente e innecesario. Para conciliar las diferencias que puedan existir respecto de los linderos entre los territorios de una comunidad étnica y otra existen dos procedimientos administrativos en los cuales las partes se encuentran en igualdad de condiciones. Por un lado está, como ya se dijo, el procedimiento de clarificación de la vigencia legal de los títulos coloniales, un procedimiento que ha sido implementado exitosamente en los resguardos coloniales de los departamentos de Cauca y Nariño, y que ha permitido resolver disputas interétnicas. Por otra parte, el proceso de titulación colectiva a comunidades negras establecido en la Ley 70 de 1993, y en el Decreto 1745 de 1995 también contempla una etapa de conciliación de las disputas por linderos. Más aun, si las partes no concilian tales diferencias, no puede darse continuidad al proceso de titulación colectiva. Contrario a lo que ocurre con la consulta previa, en la cual los derechos de una parte se sujetan a la voluntad de la otra y del Estado, tanto en el proceso de clarificación como en el de titulación colectiva las partes en disputa se sitúan en un plano de igualdad, y son ellas mismas, y no el Estado, las que adoptan una decisión. El respeto por la autonomía y por la igualdad es fundamental si el juez constitucional quiere adoptar decisiones socialmente sostenibles en conflictos interétnicos.

Fecha ut supra

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO

Magistrada

[1] Metros sobre el nivel del mar.

[2] Folio 29, cuaderno 1.

[3] Folio 31, cuaderno 1.

[4] Folio 74, cuaderno 1.

[5] Ver sentencia T-371 de 2013.

[6] Ver Sentencia C-175 de 2009.

[7] Ver sentencia T-188 de 1993

[8] Sentencia T-652 de 2008.

[9] Artículos 63 y 329 de la Constitución Política.

[10] Sobre pueblos indígenas.

[11] Sobre los pueblos indígenas y tribales en países independientes.

[12] Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de agosto 31 de 2001.

[13] Ver sentencia T-009 de 2013.

[14] *Ibíd.*

[15] por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental, SINA, y se dictan otras disposiciones.

[16] Ibídem.

[17] Sentencia T-433 de 2011.

[18] Ver Sentencia T-009 de 2013.

[19] Sentencia SU-383 de 2003.

[20] Sentencia C-030 de 2008.

[21] Auto 004 de 2009.

[22] Ver sentencia T-376 de 2012.

[23] Ver sentencia C-641 de 2012.

[24] Sentencia T.-376 de 2012.

[25] Sentencia C-030 de 2008.

[26] Ver sentencia T-737 de 2005

[27] Ver sentencias T-129 de 2011 y T-376 de 2012

[28] Ibídem.

[29] Ibidem.

[30] Sentencia T-129 de 2011.

[31] “Por la cual se desarrolla el artículo transitorio 55 de la Constitución Política.”

[32] Ley 70 de 1993, ARTÍCULO 3. La presente ley se fundamenta en los siguientes principios:

1. El reconocimiento y la protección de la diversidad étnica y cultural y el derecho a la igualdad de todas las culturas que conforman la nacionalidad colombiana.
2. El respeto a la integralidad y la dignidad de la vida cultural de las comunidades negras.

3. La participación de las comunidades negras y sus organizaciones sin detrimento de su autonomía, en las decisiones que las afectan y en las de toda la Nación en pie de igualdad, de conformidad con la ley.

4. La protección del medio ambiente atendiendo a las relaciones establecidas por las comunidades negras con la naturaleza.

[33] Artículo 5, Ley 70 de 1993.

[34] Sentencia C-641 de 2012.

[35] Sentencia T-129 de 2011

[36] Ver sentencia C-169 de 2001 y C-641 de 2012.

[37] Folios 32 y 146, cuaderno 1.

[38] Folios 32 y 33, cuaderno 1.

[40] Folio 38 cuaderno 1.

[41] Folio 147 cuaderno 1.

[42] Sentencia T-737 de 2005.

[43] Sentencia T-1253 de 2008.