

Sentencia T-568/17

LEGITIMACION POR ACTIVA EN TUTELA-Organización en representación de comunidades indígenas

LEGITIMACION POR PASIVA EN TUTELA-Autoridad pública

ACCION DE TUTELA PARA LA PROTECCION DEL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA-Único mecanismo judicial eficaz para garantizar que los pueblos indígenas sean consultados

Como quiera que el objeto de la presente controversia, como fue sustentado en líneas precedentes, gira en torno a la consulta previa de los pueblos indígenas, el amparo se torna procedente. En el pasado, esta Corporación ha reiterado que la acción de tutela es el mecanismo idóneo para resguardar este bien ius fundamental. Así, por ejemplo, en la precitada Sentencia T-766 de 2015, la Corte indicó que “no existe en el ordenamiento un mecanismo distinto a la acción de tutela para que los pueblos indígenas y tribales reclamen ante los jueces la protección inmediata de su derecho a ser consultados, a fin de asegurar su derecho a subsistir en la diferencia, por consiguiente compete al juez de tutela emitir las órdenes tendientes a asegurar su supervivencia, en los términos del artículo 86 de la Carta”.

CONSULTA PREVIA-Reiteración de jurisprudencia

CONSULTA PREVIA-Función

En la Sentencia T-766 de 2015, se indicó que la consulta cumple la función de (i) proteger y respetar la autodeterminación de los pueblos; (ii) asegurar que su punto de vista sea escuchado por las autoridades; y (iii) propiciar la defensa de sus demás derechos, en especial, pero no exclusivamente, los territoriales. Se trata, por lo demás, de un mecanismo básico para preservar (iv) la integridad étnica, social, económica y cultural de las comunidades indígenas y para asegurar, por ende, su subsistencia como grupo social, tal como se destacó en las Sentencias SU-383 de 2003 y SU-039 de 1997. A este respecto, por ejemplo, en la Sentencia C-395 de 2012, se señaló que este bien ius fundamental está “destinado a asegurar los derechos de los pueblos indígenas a su territorio y a la protección

de sus valores culturales, sociales y económicos, como medio para asegurar su subsistencia como grupos humanos”.

DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA-Fundamentos normativos

CONSULTA PREVIA-Derecho fundamental exigible cuando medida legislativa o administrativa afecta directamente un grupo étnicamente minoritario

En la sentencia T-766 de 2015, reiterando jurisprudencia, se indicó que: “la afectación directa a las comunidades indígenas y afrodescendientes por parte de una medida legislativa o administrativa puede verificarse en tres escenarios: (i) cuando la medida tiene por objeto regular un tópico que, por expresa disposición constitucional, debe ser sometido a procesos de decisión que cuenten con la participación de las comunidades étnicas, como sucede con la explotación de recursos naturales;(ii) cuando a pesar de que no se trate de esas materias, el asunto regulado por la medida está vinculado con elementos que conforman la identidad particular de las comunidades diferenciadas; y (iii) cuando, aunque se está ante una medida de carácter general, regula sistemáticamente materias que conforman la identidad de las comunidades tradicionales, por lo que puede generarse o bien una posible afectación, un déficit de protección de los derechos de las comunidades o una omisión legislativa relativa que las discrimine”.

CONSULTA PREVIA-Características

Entre otras, (i) debe ser adelantada por personas que representen realmente a la comunidad; (ii) debe estar antecedida de un proceso preconsultivo, en el cual es posible delimitar la forma como llevará acabo; (iii) debe ser realizada con antelación a la medida que pueda afectar directamente a la comunidad; (vi) debe tener la capacidad de generar efectos en la decisión y (v) debe partir de un enfoque diferencial, en el que se valoren los rasgos culturales que identifican a cada pueblo. Por último, si bien en algunos casos excepcionales se requiere el consentimiento informado de las comunidades, la atribución para decidir finalmente sobre el desarrollo una política estatal reside exclusivamente en las autoridades públicas, sin que por ello se entiendan autorizadas para incurrir en actos arbitrarios respecto de las resoluciones que adopten.

TERRITORIO ETNICO-Concepto

Desde la perspectiva constitucional, el concepto jurídico de territorio de las comunidades étnicas incluye las tierras que les han sido asignadas, pero no se limita a él, ya que abarca -desde una perspectiva que reconoce dimensiones culturales y sociológicas- los vínculos de estas comunidades con su entorno. De allí que, la afectación directa que genere una actuación administrativa, al menos en lo que a la incidencia en el territorio de las comunidades se refiere, pasa por la misma premisa, es decir, su presencia se determina en relación con los lazos culturales vigentes que el grupo étnico tenga con el entorno.

PRINCIPIO DE PLURALISMO Y DIVERSIDAD ÉTNICA Y CULTURAL-Autonomía y autogobierno como una de las manifestaciones de los derechos a la subsistencia e integridad de las comunidades étnica

DERECHO A LA AUTODETERMINACION DE LOS PUEBLOS INDIGENAS-Autonomía política y autogobierno

La autonomía y el autogobierno han sido objeto de un amplio desarrollo en la jurisprudencia constitucional. Precisamente, en la Sentencia T-693 de 2011, se expuso lo siguiente: "(...) Un tercer ámbito (...) está relacionado con las formas de autogobierno y de autodeterminación de las reglas jurídicas al interior de los pueblos indígenas. Ello supone el derecho de las comunidades, (i) a decidir su forma de gobierno (CP art. 330); (ii) el derecho a ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial (C.P. art. 246) y (iii) el pleno ejercicio del derecho de propiedad de sus resguardos y territorios, con los límites que señale la Constitución y la ley. La autonomía política y jurídica, relacionada de este modo con una autogestión territorial, actúa así como un instrumento de reafirmación de la identidad de las comunidades indígenas, las cuales, mediante el ejercicio de sus prácticas tradicionales, avanzan en el fortalecimiento de sus autoridades internas y en el auto-reconocimiento de sus espacios de expresión colectiva".

DERECHO A LA AUTODETERMINACION DE LOS PUEBLOS INDIGENAS-Límites

El citado derecho no puede entenderse como una garantía absoluta. Por ello, las decisiones que las comunidades adopten a través de sus instituciones y autoridades de gobierno, así como la delimitación y configuración de sus normas, costumbres, proyectos de vida y formas de desarrollo, deben seguir los linderos mínimos fijados por la Carta. Se trata de restricciones que, de conformidad con la jurisprudencia de esta Corporación, se reducen a las mínimas y

necesarias para preservar los fundamentos esenciales sobre los cuales se edifica la unidad de la Constitución. Estos mínimos, por ejemplo, en el ámbito de la justicia, se concretan en la prohibición de la aplicación de una sanción sin la existencia de un procedimiento previo, o la exclusión de la tortura o los tratos crueles, inhumanos y degradantes. Al tiempo que, en lo referente al ejercicio de la autogestión territorial, la Constitución establece, entre otros, límites relacionados con (i) el desarrollo sostenible y (ii) con las funciones social y ecológica de la propiedad, que cobijan también a la propiedad colectiva. Respecto de este último límite, en el artículo 58, la Constitución dispone que “la propiedad es una función social que implica obligaciones. Como tal, le es inherente una función ecológica”. Es claro que, en atención a que el dominio puede ser individual o colectivo, ambas funciones se aplican indistintamente a cualquier forma de propiedad, pero esto debe ser analizado a partir del principio de diversidad étnica. Por ello, el artículo 87 de la Ley 160 de 1994 dispone que: “Las tierras constituidas con el carácter legal de resguardo indígena quedan sujetas al cumplimiento de la función social y ecológica de la propiedad, conforme a los usos, costumbres y cultura de sus integrantes”.

RESGUARDOS INDIGENAS-Sujetos al cumplimiento de la función social y ecológica

DERECHO A LA AUTODETERMINACION DE LOS PUEBLOS INDIGENAS-Autonomía para gestionar su territorio, reconociendo en cabeza del Estado la obligación de cumplir con el principio de menor intervención posible

ZONA DE MINERIA INDIGENA-Marco normativo

ZONA DE MINERIA INDIGENA-Concepto

De conformidad con la jurisprudencia de esta Corporación, las ZMI son “sectores que se establecen dentro de un territorio indígena. (...) Se trata de un régimen especial de exploración y explotación de los recursos naturales yacientes en el suelo y el subsuelo de los territorios indígenas”.

ZONA MINERA INDIGENA-Deber de consulta

Para la Corte, es claro que cuando la solicitud se realiza directamente por la comunidad étnica que habita el territorio que se declarará como ZMI, siempre que dicha solicitud se

haya realizado de manera autónoma e informada, tanto respecto de su naturaleza, como de sus efectos y alcance, resultaría contrario a los principios de eficacia y economía que rigen el ejercicio de la función pública (CP art. 20) tener que realizar el proceso de consulta previa frente a tal comunidad, cuando ella misma es la que solicita la actuación de la administración, con miras a consagrar un régimen especial de exploración y explotación de los recursos naturales yacientes en el suelo y el subsuelo de las áreas que habitan, como expresión del derecho a decidir sobre sus propias prioridades de desarrollo, en términos acordes con la garantía de autogobierno. Sin embargo, la citada conclusión tan sólo tendría aplicación en el evento en el cual solo existiese una comunidad étnica en el territorio que se pretende afectar, pues es claro que, en el caso en el que existieran dos o más grupos tribales, necesariamente la consulta previa debe llevarse adelante con el resto de ellos.

COMUNIDADES INDIGENAS-Derecho para excluir determinadas áreas de la zona minera indígena

DERECHO DE PRELACION POR PARTE DE LAS COMUNIDADES ETNICAS O AFROCOLOMBIANAS-No constituye justificación alguna para omitir la aplicación de consulta previa cuando afectación sea intensa por el desplazamiento de una comunidad, por amenaza de extinción física o cultural, o por el uso de materiales peligrosos en sus tierras y territorios

CODIGO DE MINAS-Normas sobre concesión de títulos en zonas mineras indígenas y derecho de prelación de los pueblos indígenas

DERECHO A LA CONSULTA PREVIA-Iniciar procedimiento que siga lineamientos de la preconsulta, para establecer si área que busca ser declarada zona minera indígena hace parte del territorio étnico de comunidades que integran Organización Nacional de Pueblos indígenas de la Amazonia Colombiana

Referencia: Expediente T-5.862.234

Asunto: Acción de tutela instaurada por los señores Julio Cesar López Jamiroy y Robinson López, representantes de la Organización Nacional de Pueblos Indígenas de la Amazonia Colombiana (OPIAC) contra la Agencia Nacional de Minería y otros

Magistrado Ponente:

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Bogotá DC, ocho (8) de septiembre de dos mil diecisiete (2017).

La Sala Segunda de Revisión, integrada por los Magistrados Antonio José Lizarazo Ocampo, Alejandro Linares Cantillo y Luis Guillermo Guerrero Pérez, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, específicamente las previstas en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución Política y 33 y subsiguientes del Decreto 2591 de 1991, ha pronunciado la siguiente:

SENTENCIA

En el proceso de revisión del fallo proferido por el Juzgado Treinta y Uno Civil del Circuito de Bogotá, en el asunto de la referencia.

I. ANTECEDENTES

1. Hechos relevantes

i. En el año 2014², el señor Milciades Andoque, quien fungía como Gobernador del Resguardo Indígena Andoque de Aduche, solicitó a la Agencia Nacional de Minería (ANM) la declaratoria de una Zona Minera Indígena (ZMI) sobre el 98,8289% de ese resguardo.

ii. El 12 de abril de 2016, varios miembros de la comunidad Andoque, incluido el propio señor Milciades Andoque, firmaron un documento en el cual se planteó, bajo el formato de una petición, la intención de solicitarle a la ANM la suspensión del trámite previamente referido³.

iii. Con posterioridad, el 12 de mayo del año en cita, se presentó ante la ANM una petición de suspensión y archivo de la solicitud de declaratoria del área como ZMI, suscrita por varios miembros de la comunidad.

iv. El 12 de agosto de 2016, la ANM respondió la solicitud indicando que la suspensión y

archivo no eran procedentes, por cuanto la petición no había sido “firmada” por el Gobernador Indígena, representante de la comunidad ante la entidad. Adicionalmente, indicó que realizaría una reunión de validación en el resguardo con el fin de exponer las implicaciones legales de la declaratoria.

v. El 1 de septiembre del mismo año, el señor Milciades Andoque remitió un escrito a la ANM, en el cual, tras señalar que fungía como el Gobernador del Cabildo, manifestó que la comunidad que representaba tenía interés en que se continuara con los trabajos para la declaración de la ZMI.

vi. Finalmente, la reunión de socialización se realizó el 12 de diciembre de 2016.

1. Solicitud y argumentos planteados

Con fundamento en lo anterior, los demandantes solicitaron al juez de tutela que, previo a amparar el derecho fundamental de petición, ordenara a la entidad demandada responder de fondo la solicitud del 12 de mayo de 2016 y, en consecuencia, suspender y archivar el proceso de declaratoria del área como ZMI. Para respaldar dicha pretensión, indicaron que la solicitud de declaratoria se había sustentado en información errada, brindada por una funcionaria del Ministerio de Minas y Energía, relativa a que tal figura protegería a su territorio de la explotación minera. Sin embargo, en su criterio, y a pesar del derecho de prelación, si no se explota el área dentro del plazo legal, cualquier persona –indígena o no– podría ingresar a tal zona a desarrollar esa actividad económica.

Esta situación pone en peligro la existencia misma del resguardo y la integridad física y cultural del pueblo Andoque, pues se permitiría que casi el 99% de dicho territorio se destinase a actividades de minería, lo que de suyo conllevaría la posible revocatoria de la constitución del resguardo, por destinarse a un uso no permitido por la ley. Adicionalmente, la exploración y explotación minera, en atención a los impactos ambientales que conlleva, podría acarrear una amenaza a los demás pueblos indígenas circunvecinos (Uitoto Muniane, Nonuya, entre otros). Por esta razón, en virtud del contenido del derecho de petición, la ANM debía proceder a cerrar y archivar el procedimiento para la declaración de la ZMI, como tal circunstancia no ocurrió, se desconoció el alcance del citado derecho fundamental, ya que la

autoridad competente omitió tener en cuenta la decisión tomada de manera autónoma por la comunidad.

En este mismo orden de ideas, se afirma que la respuesta otorgada por la ANM, esto es, no analizar la petición bajo la premisa de que no fue firmada por el Gobernador del Resguardo, resulta arbitraria, pues “(...) dicha agencia no puede abrogarse la facultad de decir cuál es la forma de organización política que representa y decide por el pueblo Andoque, y menos aún imponerles la figura del cabildo como única forma de gobierno”⁴.

1. Contestación de las partes demandadas

1.3.1. Contestación de la Agencia Nacional de Minería⁵

La Agencia Nacional de Minería (ANM) solicitó que la tutela sea declarada improcedente. Tras hacer un recuento de las funciones y de la naturaleza jurídica de la entidad, de conformidad con el Decreto 4134 de 2011⁶, señaló que se presentaba el fenómeno de la carencia actual de objeto, pues la petición fue resuelta de manera oportuna. Dicho esto, indicó que en la contestación señaló que continuaría con la reunión de validación, por cuanto la solicitud no había sido suscrita por la autoridad tradicional que representaba al resguardo ante dicha agencia. A continuación, mencionó que el 1º de septiembre de 2016, se reiteró el interés de la comunidad de continuar con los trabajos de declaratoria de la ZMI por parte el gobernador del resguardo, por lo que ante la existencia de posturas disímiles en el pueblo Andoque, se consideró pertinente y relevante llevar a cabo la reunión de socialización previamente expuesta.

1.3.2. Contestación de la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior⁷

El Director de Consulta Previa del Ministerio del Interior solicitó ser desvinculado del proceso por carecer de legitimación en la causa por pasiva, en atención a que las actuaciones que se aludían por los demandantes nada tenían que ver con las competencias a su cargo.

1.3.3. Contestación del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible⁸

El Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible también solicitó ser desvinculado del

proceso por carecer de legitimación en la causa por pasiva, pues a quien le corresponde señalar y delimitar las ZMI es a la ANM.

El Ministerio de Minas y Energía igualmente alegó carecer de legitimación en la causa por pasiva, por cuanto si bien la ANM se halla adscrita a dicha entidad, cuenta con autonomía administrativa, técnica y financiera, para el ejercicio de sus funciones, siendo responsable de manera directa por cualquier actuación que le resulte imputable por su acción u omisión.

1.3.5. Contestación de la CORPOAMAZONIA¹⁰

La Corporación para el Desarrollo Sostenible del Sur de la Amazonía solicitó que se declarara su falta de legitimación en la causa por pasiva, al no tener ningún trámite a su cargo respecto de la declaratoria de ZMI. Sin embargo, informó que, de llegarse a radicar una solicitud de licencia ambiental o autorización para la realización de cualquier actividad minera, la misma sería negada hasta tanto se verifique si en un resguardo es posible realizar tal tipo de actividades.

1. Intervención de la Procuraduría¹¹

La Procuraduría Delegada para Asuntos Ambientales y Agrarios intervino en el proceso para coadyuvar las pretensiones de la demanda. Con tal finalidad, se expuso que el pueblo Andoque no cuenta en sus tradiciones, usos y costumbres con un desarrollo de la minería en cualquiera de sus diferentes modalidades. Por ello, constituir en más del 98% del territorio del resguardo una ZMI, conllevaría un modelo de vida radicalmente opuesto a su cultura y, por lo mismo, generador de una situación de riesgo para su sobrevivencia.

Para el Ministerio Público, el actual marco normativo para el sector minero no tiene definido el procedimiento, ni los aspectos sustantivos para la constitución de las ZMI. De ahí que, la ANM estaría adelantando un trámite administrativo que no se encuentra regulado en su totalidad. A ello agregó que, en la zona en la cual se halla el resguardo indígena Aduche del pueblo Andoque, que fuera parte del extinto corregimiento departamental de Puerto Santander, no se ha definido en su ordenamiento territorial los usos del suelo, por lo que no es claro que sea posible adelantar actividades extractivas. Ante esta situación, en su criterio,

lo que resulta visible es que los representantes y miembros de la comunidad indígena carecen de un conocimiento suficiente e informado para dar su consentimiento en el trámite adelantado, como requisito indispensable en este caso para constituir la ZMI, al tener una incidencia en más del 98% del territorio del resguardo.

Finalmente, la Procuraduría llamó la atención en torno a la minería ilegal que se desarrolla en dicha área e indicó que, si tal actividad no ha sido controlada por el Estado, resulta cuestionable que pueda ejercerse vigilancia y control sobre la explotación aurífera que se busca autorizar.

II. SENTENCIA OBJETO DE REVISIÓN Y ELEMENTOS DE JUICIO QUE REPOSAN EN EL EXPEDIENTE

2.1. Sentencia objeto de revisión¹²

En sentencia del 20 de septiembre de 2016, el Juzgado 31 Civil del Circuito de Bogotá resolvió amparar los derechos fundamentales invocados. Para sustentar su decisión, se consideró que debía resolver dos problemas jurídicos de fondo. El primero de ellos, suponía esclarecer si la ANM había trasgredido el derecho fundamental de petición; mientras que, el segundo, a partir de la atribución del juez de tutela de definir el alcance de la controversia, implicaba determinar si la entidad demandada había conculcado los derechos de participación de la comunidad Andoque y de terceros con interés.

Inicialmente, tras efectuar un recuento jurisprudencial y legal del derecho de petición, el a quo encontró que la respuesta dada por la entidad desconocía algunos de sus elementos. En particular, se puso de presente el requisito de congruencia, por cuanto la solicitud no se había dirigido a convocar la realización de una reunión, sino que estaba encaminada a que la entidad demandada determinara si era o no viable la suspensión del trámite de la declaratoria de más del 98% del resguardo como ZMI y, en caso dado, proceder a su archivo. A continuación, expuso que no existía sustento legal para que la entidad se negara a responder la petición, máxime si se tenía en cuenta que el propio gobernador había firmado la solicitud.

Adicional a lo expuesto, ante la relevancia del trámite, consideró que la ANM tenía la obligación de permitir la intervención de los miembros de la comunidad e incluso de

cualquiera que acreditara un interés legítimo en el procedimiento, en atención a lo dispuesto en el artículo 42 del CPACA¹³. Por ello, la decisión de no tener en cuenta la participación de los peticionarios, por no ostentar la condición de gobernadores del resguardo, desconocía dicho mandato.

En consecuencia, como medidas de restablecimiento, ordenó a la ANM que admitiera la intervención de los demandantes dentro de la actuación administrativa adelantada en relación con la declaratoria del resguardo como ZMI. Igualmente, dispuso el deber de la entidad de garantizar la participación en dicho procedimiento de cualquier miembro de la comunidad Andoque o de terceros que demostraran interés legítimo¹⁴.

Finalmente, enfatizó que no podía acceder a la solicitud de suspensión y archivo del procedimiento administrativo, por cuanto la ANM estaba adelantando actuaciones para esclarecer, precisamente, si resultaba viable declarar la ZMI en parte del resguardo Andoque. Una orden en tal sentido sería una inapropiada intervención del juez de tutela que afectaría los derechos de la comunidad a la autonomía y autodeterminación, en virtud de los cuales, según lo dispuesto en la Sentencia C-891 de 2002¹⁵, es a los propios pueblos indígenas a quienes les compete determinar qué lugares, dentro de la ZMI, permanecerían vedados a la exploración y explotación minera.

2.2. Elementos probatorios aportados a la causa

a. Copia de un documento firmado por varios miembros de la comunidad Andoque, incluido el señor Milciades Andoque, con fecha 12 de abril de 2016, en el que bajo la forma de un derecho de petición, se plantea la solicitud de suspender y archivar el trámite para la declaratoria de la ZMI, por cuanto ella “(...) atenta y pone en peligro la existencia física, cultural y social de [sus] clanes (...) [y] no es una figura que proteja la integridad del territorio (...)”. El documento no cuenta con fecha de presentación o radicado. (Cuaderno 1, folio 4).

a. Copia de petición presentada el 12 de mayo de 2016 a la ANM por el señor Milciades

Andoque, quien estampa su rúbrica como Gobernador del Cabildo, junto con la firma de los capitanes de varios clanes, en la que se solicita la suspensión de “(...) los trámites vigentes de legalización a solicitud de área para explotación de minerales (...)” y su archivo, pues “(...) pone en peligro la existencia física y cultural de [su] pueblo”. (Cuaderno 1, folio 3).

a. Respuesta del 12 de agosto de 2016 a la petición previamente señalada, en la que la Agencia Nacional de Minería afirma que “(...) considera pertinente continuar con la reunión de validación (...)”, por cuanto la solicitud de suspensión y archivo no fue firmada por el Gobernador del Resguardo, representante legal del mismo e interlocutor ante tal entidad. También indica que en el 2014 se realizó otra visita y en ella se levantó un acta donde consta el interés de la comunidad en relación con el trámite. (Cuaderno 1, folios 1 y 2).

a. Oficio remitido por el señor Milciades Andoque el 1º de septiembre de 2016 a la ANM. En dicho escrito, el citado señor alude ser el gobernador del resguardo y “(...) reitera el interés en (sic) seguir adelantando los trabajos para la declaración de la Zona Minera Indígena en [su] territorio”. (Cuaderno 1, folio 38).

a. Acta de acuerdos celebrados en la XXIII sesión de la mesa permanente de coordinación interadministrativa entre la Gobernación del Amazonas y las Asociaciones de Autoridades Tradicionales Indígenas del Amazonas (AATI´S), que tuvo lugar los días 22, 23 y 24 de mayo de 2013. Uno de los aspectos que se refiere es que las AATI`S realizaron una declaración pública “(...) expresando su desacuerdo con todas las formas de minería en su territorio”. Por ello solicitan la adopción de medidas para evitar que continúe la explotación ilegal y piden que “(...) no se adjudique ningún título ni se reconozca derecho a ninguna persona para explorar o explotar minas en [su] territorio”. (Cuaderno 1, folios 6 a 10).

a. Oficio remitido el 16 de septiembre de 2016 por varios miembros de la comunidad Andoque, incluido el Gobernador del Cabildo, Milciades Andoque, al Juzgado 31 Civil del Circuito de Oralidad de Bogotá, en el cual enfatizan que no reconocen a los demandantes

como sus representantes, ni han autorizado a nadie para que hable en nombre de su pueblo. Dicho esto, ratifican su decisión de “(...) estar interesados por la figura de la zona minera indígena (...)”. (Cuaderno 1, folios 121 a 123).

2.3. Elementos probatorios allegados tras actuaciones de esta Corporación

2.3.1. En Auto del 27 de marzo del año en curso, se dispuso que se oficiara a la Dirección de Asuntos Indígenas, Rom y Minorías del Ministerio del Interior para que informara a este Tribunal sobre quién figuraba como representante de la comunidad Andoque y cuáles eran sus formas de representación y de gobierno. Adicionalmente, se solicitó la siguiente información a la Agencia Nacional de Minería:

* El estado del trámite de la declaratoria de Zona Minera Indígena en el resguardo en comento.

* El resultado de la reunión de socialización realizada el 12 de septiembre, quiénes participaron en ella y qué aspectos fueron discutidos.

* El marco regulatorio del procedimiento administrativo para la declaratoria de la ZMI.

2.3.2. En oficio remitido el 7 de abril del año en curso¹⁶, la Dirección de Asuntos Indígenas, Rom y Minorías del Ministerio del Interior manifestó lo siguiente:

En primer lugar, señaló que en la jurisdicción del municipio de Solano (departamento de Caquetá) y en el corregimiento departamental de Puerto Santander (departamento del Amazonas) se halla registrado el Resguardo Indígena Aduche. En segundo lugar, indicó que en las bases de datos figura el señor Milciades Andoque Andoque, como Gobernador del Cabildo Indígena de la Comunidad Andoque de Aduche, en la jurisdicción de Puerto Santander. Al mismo tiempo que aparece el señor Omar Castro Suarez, como Gobernador del Cabildo Indígena de la Comunidad Guacamayo de Araracuara, que también hace parte del Resguardo Indígena Aduche, en la jurisdicción de Solano. En tercer lugar, enfatizó que no se tiene información sobre la designación de otra autoridad indígena para la vigencia del 2017, para lo cual adjuntó un acta de elección elaborada el 15 de enero de 2016. Finalmente, señaló que, de acuerdo con sus usos y costumbres, estas comunidades se hallan organizadas

bajo el resguardo indígena y han adoptado, como forma de gobierno, el Cabildo.

2.3.3. Por su parte, en escrito radicado el 17 de abril de la presente anualidad, la ANM dio respuesta al oficio remitido por este Tribunal¹⁷, en los términos que a continuación se exponen:

En primer lugar, indicó que, en cumplimiento de la orden dada por la autoridad judicial de primera instancia, se admitió la intervención de los señores Julio Cesar López y Robinson López Descanse, como representantes de la OPIAC, quienes, hasta ese momento, no se habían presentado ante la entidad.

En segundo lugar, señaló que luego de remitir una comunicación enviada por miembros de la comunidad Andoque a la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, en la que indicaban que conocían los efectos jurídicos de la declaración de la ZMI y los beneficios que ella generaba a su favor, y que por ello renunciaban a la realización de la consulta previa, dicha entidad indicó que, en su criterio, no era necesario agotar ese procedimiento “respecto” de la citada comunidad¹⁸.

En tercer lugar, expuso que el marco regulatorio de la ZMI se halla en los artículos 121 a 136 de la Ley 685 de 2001 (Código de Minas) y que se trata de una figura de protección a las comunidades étnicas, pues otorga el derecho de prelación para que la autoridad minera les dé la concesión sobre yacimientos y depósitos mineros ubicados en esa zona, pero no conlleva el derecho a explotar o explorar¹⁹. Sobre el particular, la entidad allegó una comunicación remitida a la Dirección de Consulta Previa, el 4 de octubre de 2016, en la que informaba lo siguiente:

“(…) [La] Zona Minera no genera obligación económica para la comunidad étnica, como pago de canon superficiario o regalías, por cuanto no otorga el derecho automático de explorar y explotar recursos mineros dentro de la misma, sino que significa que la comunidad tiene preferencia para obtener un contrato de concesión frente a cualquier propuesta presentada por un tercero y derivar los beneficios establecidos en el Código de Minas, como establecer áreas excluibles de la minería en áreas de interés social, cultural, religioso y sitios sagrados para la comunidad, y hacer que toda propuesta de particulares para explorar y explotar minerales dentro de las zonas mineras indígenas sea resuelta con la participación de los representantes de las respectivas comunidades”²⁰.

Finalmente, indicó que en la reunión de socialización participaron 55 miembros de la comunidad Andoque del resguardo Aduche. En ella se trató el marco del procedimiento administrativo para señalar y delimitar la ZMI, y se abordaron los derechos y deberes que se derivan de su declaratoria. Sobre el particular, la entidad allegó un acta en la cual se consignaron las actividades realizadas el 12 de septiembre de 2016, entre las cuales, se destacan que se “explicó el alcance de la zona minera [y se realizó] un recuento de las actividades desarrolladas a lo largo del procedimiento administrativo: estudios técnicos y sociales, [así como] visitas adelantadas”²¹. Como resultado de la reunión, la comunidad informó su decisión de continuar con el trámite.

2.3.4. En el mismo oficio remitido, la Agencia Nacional de Minería allegó al trámite varias resoluciones relacionadas con el asunto objeto de estudio. Entre ellas se halla la Resolución No. 235 del 26 de noviembre de 1975, proferida por el Instituto Colombiano de Reforma Agraria (INCORA), mediante la cual se constituyó “(...) como reserva especial un terreno baldío, con destino a la población indígena Andoque del Paraje [ilegible], en la jurisdicción de la Comisaría del Amazonas”²². Un aspecto a destacar en los considerandos de esta resolución supone lo siguiente: “la población Andoke representa aproximadamente el 20.8% del total de indígenas de las áreas estudiadas (...)”²³. Igualmente, se observa que una de las justificaciones para declarar la reserva supuso que “(...) los indígenas objeto de estudio conforman un núcleo selvícola (sic) que, como tal, ha vivido fundamentalmente del aprovechamiento de los recursos naturales de la selva y requiere seguir aprovechándose de ellos para su subsistencia y futuro desarrollo (...)”²⁴.

En el acervo también se encuentra la Resolución No. 033 del 6 de abril de 1988, “Por la cual se confiere el carácter legal de Resguardo a un sector de las tierras reservadas en beneficio de la población indígena Andoque del Paraje de Aduche, situado en jurisdicción del Municipio de Solano, Departamento del Caquetá y Comisaría del Amazonas”, expedida por el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria²⁵. En esta resolución se señala que la comunidad Andoque solicitó que a la reserva previamente referida se le confiriera el carácter legal de resguardo. Frente a ello, expresamente se indicó que: “(...) parte de los terrenos que constituyen la antedicha reserva se encuentran dentro del predio deno-minado Putumayo que (...) por supuesto, quedarán excluidos del Resguardo materia de la Providencia (...). Así mismo, se advierte que el área ocupada por los aborígenes a los que se refiere esta Resolución se encuentra amparada por la reserva forestal a través de la Ley 2ª de 1959, sin

embargo, ello no es óbice para la constitución del resguardo[,] en virtud de la previsión contenida en el párrafo del artículo 17 de dicha Ley (...) y máxime cuando el artículo 7º del Decreto 622 de 1977, expresa la compatibilidad entre la constitución de una reserva indígena y la declaratoria de Parque Nacional Natural, además, sabido es que los nativos son considerados como los mejores conservacionistas del ambiente”²⁶. En el artículo 1º de la parte resolutive se señaló que el “área total de este resguardo es de 57.900 hectáreas”²⁷.

Con posterioridad, fue expedido el Acuerdo No. 30 del 15 de diciembre de 2014, “Por medio del cual se amplía el Resguardo Indígena Andoque de Aduche, con un globo de tierra conformado por terrenos que tienen la calidad de Reserva Indígena a favor de esta comunidad, mediante la Resolución 235 de septiembre 26 de 1975, ubicado en la jurisdicción del municipio de Puerto Solano, departamento del Caquetá”²⁸, que también fue allegado por la ANM. En el artículo 1º de la parte resolutive se estableció que, luego de la ampliación, el área sería de 62.178 hectáreas con 2.800 metros cuadrados²⁹. A su vez, el artículo 5 dispuso que “el resguardo indígena queda sujeto a todas las disposiciones legales sobre protección y manejo de los recursos naturales renovables”³⁰.

Igualmente, entre las resoluciones aportadas se encuentra la Resolución No. 30 del 6 de abril de 1988, “Por la cual se constituye con el carácter legal de Resguardo un globo de terreno denominado Predio Putumayo, en beneficio de las Comunidades Indígenas Witoto, Murui, Muinane, Mora, Pcaina, Andoke, Carijona, Miraña, Yacuna, Cabiyaquí, Inga, Siona, Letuama y otras, ubicado en jurisdicción de los Corregimientos de Puerto Santander, Puerto Alegría, Arica, Encanto y la Chorrera, en los Municipios de Leticia y Puerto Leguizamó, Comisarías del Amazonas e Intendencia del Putumayo”³¹. En cuanto al asentamiento de estas poblaciones, se señala que se trata de “(...) grupos familiares extensos, dispersos y distantes unos de los otros, en una distancia aproximada de 10 Kilómetros asentándose preferencialmente en las riberas de los Ríos Caquetá, Putumayo e Igarapará”³².

Dentro de la referencia histórica, además de mencionar que el área constituía el territorio tradicional de las etnias previamente mencionadas, se indica que “el predio Putumayo [se origina] con la incursión en el año 1899 de la Casa Arana y con ella varios colonos peruanos, quienes explotaron a los indígenas de la región, vendiéndolos como esclavos y/o utilizándolos en las exploraciones caucheras, en una forma tan inhumana, que según los estudios realizados al momento de llegar los peruanos a la Amazonia Colombiana, habían más de

80.000 indígenas y cuando la abandonaron no quedaban más de 4.000, los demás habían sido vendidos como esclavos o habían perecido ante las torturas y duro trato a que fueron sometidos por parte de los caucheros (...)"³³. Igualmente, se expone que "el predio, al estar cobijado por la reserva creada por la Ley 2ª de 1959, para la conservación de los recursos naturales[,] debe ser explotado y manejado conforme a las normas que regulan la materia"³⁴. En este sentido, en el artículo 7 de la Resolución en comento se establece que "es entendido que el presente Resguardo queda sujeto a todas las disposiciones legales sobre protección y manejo de los recursos naturales renovables y específicamente a las de la Reserva Forestal de la Amazonía creada por la Ley 2ª de 1959"³⁵. Por su parte, en el artículo 5, en el mismo sentido ya expuesto, se dispuso que el "Resguardo Indígena queda sujeto a todas las disposiciones legales sobre protección y manejo de los recursos naturales (...)"³⁶.

También, en relación con el predio Putumayo, se anexó la Resolución No. 057 del 4 de septiembre de 1989, "Por la cual se modifica la Resolución número 30 de abril 6 de 1988 (...)"³⁷, expedida por el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria. Dentro de las consideraciones del acto, se señala que: "Después de varias reuniones celebradas con la participación de todos los Cabildos de las correspondientes parcialidades, estas acordaron, según consta en el Acta de mayo 30 de 1988, que el Resguardo fuera uno solo y de propiedad de todas las comunidades allí asentadas (...)"³⁸.

Por lo demás, la entidad allegó un CD contentivo de documentos y actuaciones relativas a la declaratoria de la ZMI³⁹. En él se halla la certificación No. 1372 del 30 de septiembre de 2015, expedida por el Director de Consulta Previa del Ministerio del Interior⁴⁰. En dicho documento se indica que, a partir de los datos consultados, los cuales fueron: "i) Base cartográfica de resguardos indígenas, constituidos (INCODER - IGAC 2015), (ii) Base cartográfica de Consejos Comunitarios constituidos (INCODER 2015), (iii) Base de datos de la Dirección de Asuntos Indígenas, Minorías Étnicas y Rom (MININTERIOR 2015), iv) Base de datos de la Dirección de Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras (MININTERIOR 2015), v) Base de datos de Consulta Previa (MININTERIOR 2015)", en el área del proyecto de delimitación de la ZMI, se registraba la presencia del Resguardo Indígena de Aduche de la etnia Andoque. Además, se enfatizó que la información sobre la cual se expedía la certificación se aplicaba específicamente a las coordenadas y características técnicas relacionadas y entregadas por la Agencia Nacional de Minería.

En el CD también se halla un oficio remitido el 20 de Junio de 2016 por el señor Julio Cesar López Jamioy, quien instauró la presente acción de tutela, en el que le informa a la ANM, que fue nombrado por los pueblos indígenas de las organizaciones y asociaciones agrupadas en la OPIAC, como Coordinador General y Representante Legal de dicha organización, con el fin de adelantar “(...) las gestiones y demás acciones que se realicen por la OPIAC ante la Agencia Nacional Minera”⁴¹. Igualmente, en el CD también se encuentra el estudio realizado en el año 2014, en el marco de un contrato de consultoría con la empresa Gemi, con el fin de apoyar a la ANM en la delimitación de la ZMI⁴². En cuanto al resguardo, se señala que se encuentra localizado en la frontera de los departamentos de Caquetá y Amazonas y tiene influencia en los municipios de Solano, Mirití Paraná y Puerto Santander.

En él se menciona que demográficamente, la población Andoque “ocupaba tradicionalmente un amplio territorio que se extendía desde la quebrada Monochao, arriba del caño del Araracuara hasta la quebrada Quinché, ambas afluentes del río Caquetá”⁴³. En el estudio se afirma que, tras el etnocidio de la Casa Arana, los Andoque iniciaron un proceso complejo de reconstrucción étnica que continúa vigente y para el cual, como estrategia demográfica, “(...) integraron personas de otros grupos étnicos (...)”⁴⁴. Esta referencia se reitera más adelante y se sostiene que el grupo Andoque “(...) viene realizando uniones exógamas con otros grupos vecinos como estrategia de supervivencia y permanencia, tanto de la étnica como de la cultura”⁴⁵. A continuación refiere que “los sitios sagrados del territorio son los espacios santuarios de flora y fauna para la práctica de la farmacopea de los médicos tradicionales; con gran riqueza en biodiversidad[.] Los sitios sagrados y sitios prohibidos del territorio representan las despensas o farmacias de donde se proveen los médicos y médicas tradicionales del Pueblo Andoque, de ahí, la importancia para la cultura y para la permanencia y pervivencia de la población Andoque, a través de sus sitios sagrados y sus territorios ancestrales”⁴⁶. En este sentido, relata que los aspectos relacionados con la medicina tradicional están sustentados en relatos, cantos y oraciones míticas que establecen conexiones rituales con sus divinidades⁴⁷.

Frente a los sitios sagrados, el estudio indica que los Andoque los encuentran en “la mayor parte del territorio de selva, los chorros, los salados o lugares donde se alimentan los animales y las chagras míticas (...)”⁴⁸. Según su cosmovisión y mitología, su territorio ancestral incluye “el Alto Predio Putumayo (...) que en la actualidad incluye varios resguardos de diferentes grupos indígenas a los cuales se les ha resguardado y constituido legalmente

por parte del estado colombiano desde el INCODER; este territorio como una zona de manejo especial indígena, habitada por catorce etnias distintas (...). En este sentido, los sitios sagrados y sitios prohibidos identificados por las autoridades y comunidades de Andoque de Aduche, no solamente se encuentran ubicados al interior del resguardo Aduche, sino que también se encuentran dispersos por el territorio ancestral (...) aunque en la actualidad, sean territorios resguardados con jurisdicción de los grupos indígenas Nunuyas, Uitotos, Boras, Muinane y Mirañas”⁴⁹. Esto se explica, entre otras razones, por cuanto en los tiempos de la explotación cauchera en la Amazonia, varias etnias buscaron refugio en estos territorios.

Finalmente, otro aspecto cultural que se menciona es que los Andoque se denominan a sí mismos Poosíoho, que significa la Gente del Hacha, y que el Yuruparí es el ritual más trascendental porque rememora los orígenes y revive los elementos esenciales de su cosmovisión⁵⁰. Igualmente, se alude que el pueblo en mención hace parte de parte del Consejo Regional Indígena del Amazonas (CRIMA) y de la Organización de Pueblos y Autoridades de la Amazonía Colombiana (OPIAC), que se entienden como instancias de representación y participación política de los pueblos indígenas Amazónicos⁵¹.

2.3.5. El día 8 de mayo de 2017, el señor Julio Cesar López Jamioy remitió a esta Corporación un documento contentivo de la intervención de siete mujeres indígenas del Araracuara⁵². En el escrito, redactado parcialmente en idioma nativo, solicitaron la valoración y el respeto de sus derechos fundamentales, como mujeres, del pueblo muia (Huitoto) y, por lo mismo, reclamaron que se entienda al territorio histórico como soporte material y espiritual de su colectividad, pues Araracuara es el centro ceremonial de sus antepasados. En particular, enfatizan en vedas tradicionales a la extracción de oro, petróleo y esmeraldas, y en impactos de la minería en el sistema hídrico de la zona, en especial el río Caquetá. Dicho esto, pidieron que la acción de tutela fuera concedida, con el fin de que se realizara un proceso de consulta previa, que garantizara su participación.

2.3.6. El 6 de junio de 2017, la Corte profirió un nuevo Auto en el que requirió información a la ANM, a la Dirección de Asuntos Indígenas, Rom y Minorías Étnicas del Ministerio del Interior y al Instituto Colombiano de Antropología e Historia. Puntualmente, en el caso de la ANM, se solicitó que precisara sobre el estado del trámite en el que se hallaba la declaratoria de ZMI; mientras que, a las otras dos entidades, se les pidió que certificaran si, dentro del resguardo indígena Andoque de Aduche, existían relaciones territoriales o constaba que allí habitaran

otras comunidades étnicas.

2.3.7. En oficio del 21 de junio de la presente anualidad, la Dirección de Asuntos Indígenas, Rom y Minorías Étnicas del Ministerio del Interior informó que no tenía conocimiento, ni podía establecer si otras comunidades indígenas ejercían algún tipo de relación territorial dentro del resguardo en comento. En este sentido, enfatizó que su intervención en el asunto, se hallaba restringida a llevar registros de las autoridades étnicas, custodiar los censos, intervenir en los conflictos que se susciten cuando se lo soliciten y fungir como garante de sus derechos⁵³.

2.3.8. Por su parte, en escrito de la misma fecha, la ANM reiteró las respuestas dadas al Auto del 27 de marzo de 2017, además (i) citó normas del Código de Minas que regulan las ZMI, (ii) alegó que para este caso no resultaba necesaria la realización de la consulta previa, y (iii) finalizó señalando que el trámite para su declaratoria se hallaba suspendido en espera de la decisión que adopte esta Corporación⁵⁴.

2.3.9. En un escrito radicado en esta Corporación el 25 de julio del año en curso⁵⁵, representantes de varias asociaciones indígenas⁵⁶ intervinieron para solicitar que se tuviese en cuenta lo que denominan “macro territorio” y, en consecuencia, se analizara la obligatoriedad de contar con el consentimiento previo, libre e informado de sus comunidades, antes de adoptar cualquier decisión que afectase sus vidas.

Como sustento de lo anterior, mencionaron que resultaba necesario tener en consideración aspectos de su sistema de conocimiento material y espiritual. Así, enfatizaron que la zona de Araracuara, donde se halla el resguardo indígena Aduche, hace parte integral de su territorio ancestral o “macro territorio” y, por lo mismo, cualquier actuación administrativa tendría efectos espirituales y materiales en la integridad de sus culturas y formas de vida.

En este sentido, indicaron que para los pueblos Yucuna, Matapi, Tanimuka, Macuna, Letuama, Cabillarí, Barasano, Bara, Eduria, Itana, Tuyuca, Yuhup y Yauna, entre otros, el territorio está definido en las narraciones de origen. De las áreas que ellos ocupan hacen parte los ríos Pira Paraná, Apaporis, Mirití, parte del Caquetá y el Vaupés, y en él existen sitios especiales, que son lugares de pensamiento y que son recorridos “con sus oraciones, hasta encerrarse en los raudales de Jirijirimo y de Araracuara, subiendo por los ríos Caquetá y Apaporis”⁵⁷. De manera que, en su cultura, el “territorio de Yurupari está representado como una casa

grande o Maloca -Haho Wii-, la cual a su vez está compuesta por otras malocas más pequeñas que constituyen la territorialidad específica de cada etnia”⁵⁸.

Este “macro territorio”, que en el escrito denominan Territorio de los Jaguares del Yuruparí (Hee Yaia Godo - Bakarí), está ordenado desde el origen por los Ayawa o creadores. En él, seres espirituales dejaron conocimientos, lugares y elementos sagrados que sus sabedores utilizan con el fin de realizar curaciones, al igual que propiciar el bienestar humano y del ambiente.

En general, enfatizaron que, al igual que la comunidad de Aduche, junto con el Consejo Regional Indígena del Medio Amazonas (CRIMA), hacen parte de la Mesa Permanente de Coordinación Interadministrativa en el Departamento del Amazonas y conforman igualmente la Organización Nacional de Pueblos Indígenas de la Amazonía Colombiana (OPIAC), entidad que instauró la acción de tutela, “(...) como mecanismo para la defensa de los derechos territoriales de [sus] pueblos”⁵⁹. Dentro de este espacio, específicamente en la XXIII Sesión realizada los días 22 al 24 de mayo de 2013, en conjunto, declararon que la minería en sus territorios desconocía sus derechos fundamentales, afectaba la integridad del territorio, al igual que su sistema de autoridad, gobernabilidad y control social, e incidía en su seguridad alimentaria y salud.

2.3.10. Finalmente, mediante oficio radicado el 28 de julio de 2017, el Instituto Colombiano de Antropología e Historia (ICANH) destacó algunos aspectos de la cultura y etnia Aduche⁶⁰. En cuanto a su ubicación, reseñó que se hallan cerca de la ribera del medio río Caquetá, al sur de la Amazonía Colombiana. Se trata de una población que fue diezmada por la explotación cauchera de la Casa Arana, que perpetró un genocidio contra ella.

En cuanto al territorio, que los Andoque llaman tierra de la abundancia, el ICANH indicó que, para ellos, “(...) no sugiere un espacio geográfico (o polígono) sobre el cual un individuo o una instancia (por ejemplo, el Estado) ejerce alguna forma de soberanía; sino más bien remite a una concepción de cuerpo que se constituye por medio de relaciones entre entes que viven en diferentes ‘niveles’ o ‘mundos’ (...)”⁶¹. Esto no dista de la generalidad de las comunidades indígenas de la Amazonía colombiana, que se caracterizan por desarrollar escenarios de articulación entre espacios culturales, sociales, productivos y naturales, en consideración de los elementos con los que interactúan desde sus sistemas de vida, que

incluyen el acceso al alimento en sucesiones de estaciones bien establecidas. Por ello, tratándose de la etnia en comento, para acceder a los bienes ambientales se establecen relaciones de reciprocidad frente a quienes se consideran seres sobrenaturales que “regalan” sus frutos al “Pueblo del hacha”, al igual que en relación con todo aquel que se encuentre en territorio Andoque.

A continuación, expuso que en los últimos años la extracción de recursos mineros ha incidido en la calidad de vida de los Andoque, entre otras razones, porque la minería artesanal se desarrolla en un contexto de ilegalidad y saqueo ambiental. En criterio del ICANH, la declaratoria de la ZMI no necesariamente constituye un blindaje frente a la actividad minera, pues “casos similares se han presentado entre las comunidades afro-descendientes del municipio de Río Quito en el departamento del Chocó, quienes creyeron que con el título minero obtenido en 2008 podían parar la explotación ilegal que desde 2005 se había enquistado en el río. Se equivocaron, porque en lugar de eso, la fiebre del oro y las carencias de la población, generaron un auge de contratos de arrendamiento de terrenos en los que mineros ilegales pagaron con migajas la devastación ecológica (...)”⁶².

III. REVISIÓN POR LA CORTE CONSTITUCIONAL

3.1. Competencia

Esta Corporación es competente para conocer del asunto de la referencia, de conformidad con lo expuesto en los artículos 86 y 241.9 de la Constitución Política y los artículos 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991. El expediente fue seleccionado por medio de Auto del 27 de enero de 2017 proferido por la Sala de Selección Número Uno, la cual dispuso su examen por la Sala Segunda de Revisión.

3.2. Insistencia de la Defensoría del Pueblo⁶³

El Defensor del Pueblo insistió en la selección del caso, al considerar que se trata de un problema novedoso relacionado con los límites al ámbito de competencia de la ANM para establecer zonas mineras en territorios indígenas, en donde también se advierte aspectos vinculados con el retracto y la oponibilidad de dicho trámite frente a las comunidades étnicas.

Por lo demás, se manifiesta que el asunto también es relevante, al requerir el desarrollo de elementos relativos al derecho de prelación de los pueblos indígenas, frente a los cuales no se establecen exigencias mínimas de idoneidad, conocimiento técnico especializado y/o recursos económicos para desplegar la actividad; asunto que puede poner en riesgo la existencia de la figura del resguardo y, en consecuencia, la supervivencia física y cultural de dichos pueblos, en este caso, de la etnia Andoque, pues se pretende destinar más del 98% de su territorio a la actividad minera.

Igualmente se destaca que el caso envuelve aspectos del derecho de participación como la consulta previa o el consentimiento libre e informado, en especial ante la ausencia de una instancia para dirimir las controversias suscitadas en torno a la declaratoria de la ZMI, en relación con el resto de pueblos indígenas que habitan el área en conflicto y en el cual articulan espacios culturales, sociales, productivos y naturales.

Finalmente, la guarda de los territorios tradicionalmente ocupados y sus recursos naturales no persigue fines mercantilistas, ya que se halla íntimamente ligada a la existencia y supervivencia de estos grupos culturalmente diferenciados. Por ello, a juicio de la Defensoría, podría existir una trasgresión del concepto del resguardo indígena, en atención a que la declaratoria de la ZMI en el porcentaje mencionado iría en contravía de los propósitos, principios y finalidades de la figura. En este sentido, de conformidad con el artículo 7.3 del Convenio 169 de la OIT⁶⁴, para poder avalar una decisión en el sentido que se propone, se requeriría la realización de estudios con el fin de determinar la incidencia social, espiritual y cultural de este tipo de medidas, máxime cuando la comunidad no cuenta con conocimientos técnicos especializados o recursos para adelantar actividades de exploración y explotación en la zona, no existe claridad en torno a la normatividad nacional relativa a la operación de concesiones sobre los yacimientos y depósitos mineros ubicados en una ZMI, y no son claros los procedimientos ambientales que sustenten la viabilidad de su delimitación.

3.3. Presentación del caso, problema jurídico y esquema de resolución

3.3.1. Aclaración previa y delimitación del caso

3.3.1.1. El asunto objeto de estudio presenta algunas complejidades que, en atención a los

principios de la acción de tutela, como lo son la eficacia y la prevalencia del derecho sustancial⁶⁵, obligan a que esta Sala de Revisión realice ciertas precisiones que delimiten el objeto sobre el que se pronunciará, en atención a que, como se verá, las circunstancias que dieron origen al caso variaron durante el trámite adelantado y, en consecuencia, otros bienes ius fundametales entraron en tensión dentro del proceso de declaratoria de la ZMI.

En efecto, tal como lo argumentó la Defensoría del Pueblo, el caso suscita debates constitucionalmente relevantes en torno a las competencias de la ANM para delimitar el 98% del resguardo como ZMI. De igual manera, origina dudas respecto del alcance de las figuras de la oponibilidad y el retracto ejercido por la comunidad Andoque mediante derecho de petición presentado el 12 de mayo de 2016. Y también origina interrogantes frente a la exigibilidad de la consulta previa, por la incidencia de la actuación administrativa en un territorio tradicionalmente ocupado por varias comunidades⁶⁶.

En armonía con lo expuesto, varios de los intervinientes refirieron expresamente a la trasgresión del derecho a la consulta previa y al territorio de otras comunidades que habitan la zona, hasta el punto que, en ejercicio de sus poderes oficiosos en materia probatoria, la Sala desplegó actuaciones para esclarecer la situación y, en consecuencia, solicitó información al ICANH, a la ANM y a la Dirección de Asuntos Indígenas, Rom y Minorías Étnicas del Ministerio del Interior.

3.3.1.2. Antes de señalar cuáles fueron estas circunstancias y cómo se configura frente a cada una de ellas un problema jurídico que, en esta oportunidad, la Sala debe atender, es menester reiterar, al igual que en otras oportunidades⁶⁷, que el artículo 86 de la Constitución Política contempla la posibilidad de toda persona de acudir ante los jueces de la República, a través de la acción de tutela, para reclamar la protección inmediata de sus derechos fundamentales, ya sea por sí misma o por quién actúe en su nombre.

Por ello y como quiera que se trata de una acción cuyo ejercicio puede ser realizado sin que medie un apoderado judicial, en procura de la efectividad de los derechos de todas las personas, la Corte ha señalado que, de conformidad con las normas constitucionales y reglamentarias de la acción de tutela, una de sus características es la informalidad, la cual se extiende incluso a los casos en que su ejercicio es desplegado por un profesional del

derecho.

La informalidad, como característica de la acción de tutela, está descrita en el artículo 14 del Decreto 2591 de 1991, el cual contempla que la solicitud de amparo deberá expresar con la mayor claridad posible, la acción o la omisión que la motiva, el derecho que se considera transgredido o amenazado, el posible autor de la amenaza o agravio y “la descripción de las demás circunstancias relevantes para decidir la solicitud”. Adicionalmente, en esta disposición, se establece que no “será indispensable citar la norma constitucional infringida, siempre que se determine claramente el derecho violado o amenazado”.

La razón de lo anterior se debe a que el objetivo del amparo constitucional supone la garantía y realización efectiva de los derechos fundamentales de las personas⁶⁸, lo que resultaría difícil si el mecanismo estuviese sujeto a férreas formalidades que lo hicieran nugatorio o, en el peor de los casos, ineficaz para resguardar los aludidos bienes, de sublime valor para una sociedad democrática, pluralista y fundada en el respeto de la dignidad humana⁶⁹.

3.3.1.3. Debido a la informalidad en comento, el juez constitucional también ha de analizar de manera oficiosa, a partir de las circunstancias concretas del caso, cuál es el conflicto que se le presenta y si el mismo ha de ser resuelto a través de la acción de amparo constitucional. Por ello, de conformidad con los poderes que le confiere el ordenamiento, debe esclarecer las actuaciones u omisiones que amenazan o vulneran los derechos fundamentales, así como determinar qué norma constitucional fue infringida y cuál es la pretensión que se busca realizar a través del amparo constitucional. Esto responde, como ya se dijo, al reconocimiento, “sin discriminación alguna, [de] la primacía de los derechos inalienables de la persona (...)”⁷⁰.

Lo anterior ha sido realizado por esta Corporación en el pasado. Un ejemplo de ello se observa en la Sentencia T-979 de 2006⁷¹, en la que expresamente se indicó que “es deber del juez constitucional examinar cuidadosamente la situación de hecho planteada y, si fuere necesario, complementar el esfuerzo del accionante realizando las adecuaciones que resulten necesarias para analizar dicha situación, a la luz de los derechos fundamentales que[,] según el caso[,] resulten pertinentes”.

Sin duda, esta atribución ha de ser ejercida de manera responsable, pues el juez tampoco

puede suplir o sustituir a las partes en el proceso. Sin embargo, en caso de que sea evidente la trasgresión de los derechos fundamentales y que tal situación, por ejemplo, afecte a sujetos de especial protección constitucional, la inacción o silencio de la autoridad judicial resultarían en un desconocimiento de los mandatos que la Constitución y las normas reglamentarias de la acción de tutela le imponen, con el fin de resguardar los derechos de las personas.

3.3.1.4. Pues bien, como ya se dijo, en el presente caso, el objeto de la litis sufrió modificaciones durante el trámite de la acción de tutela que, si bien en un principio buscaba la protección del derecho fundamental de petición y retracto u oponibilidad frente a un trámite solicitado por la propia comunidad⁷², muestra tensiones en torno a otros bienes fundamentales, de especial relevancia en el Estado Social de Derecho, que se halla fundado en el pluralismo y para el cual la participación, existencia y supervivencia de los grupos étnicos adquiere vital importancia⁷³. Por ello, y como se explicará a continuación, el objeto de la presente causa muestra tensiones en torno a la consulta previa y al derecho al territorio de las comunidades indígenas.

Sin el ánimo de resolver en este punto la trasgresión o no de estos derechos fundamentales⁷⁴, la Sala expondrá brevemente la razones que sustentan dicha conclusión que, a su vez, delimita el problema jurídico que será resuelto en esta oportunidad y que también incide en otros aspectos relevantes de la causa, como la legitimación por activa de los representantes de la OPIAC, pues, en cierto momento, el Gobernador Andoque solicitó que no se les tuviera por representantes de su comunidad, a pesar de pertenecer a la organización.

3.3.1.5. Como se observa en los antecedentes de la presente providencia, en un principio, los demandantes alegaron la trasgresión del derecho fundamental de petición ante la respuesta dada por la ANM, frente a la solicitud de suspensión y archivo de la declaratoria de la ZMI, pues la entidad, bajo el argumento de que la solicitud no había sido suscrita por el Gobernador Indígena Andoque, manifestó que no pondría fin al trámite y realizaría una visita en el resguardo⁷⁵, con el propósito de explicar el alcance y los efectos de la dicha declaratoria⁷⁶.

De lo anterior se desprende que, al menos en lo que a la voluntad de la comunidad se refiere,

no es claro que se haya mantenido un interés incólume, en relación con la declaratoria del resguardo como ZMI. De hecho, la Sala encuentra que, desde una perspectiva más amplia, un año antes de la solicitud presentada por el gobernador en el 2014, su posición era diferente. En efecto, dentro de los espacios regionales, varias autoridades y comunidades indígenas que hacen parte de la OPIAC, dentro de las que se halla el pueblo Andoque, manifestaron su oposición a cualquier forma de minería en el territorio⁷⁷.

De los elementos probatorios obrantes en el expediente, se evidencia que varias comunidades indígenas de la región, conectadas a través de la Mesa Permanente de Coordinación interadministrativa entre la Gobernación del Amazonas y las Asociaciones de Autoridades Tradicionales Indígenas del Amazonas (AATI,s), se reunieron en mayo de 2013, para hacer una declaración pública en el sentido de rechazar todas las formas de minería dentro de su territorio. Entre las medidas que pedían para que ello fuese realidad, se hallaba la implementación de acciones en contra de la minería ilegal, al igual que la negativa a la adjudicación de títulos mineros a cualquier persona⁷⁸.

En este sentido, de los elementos probatorios obrantes en el expediente, puede evidenciarse que, para el 12 de mayo de 2016, la Comunidad Andoque volvía a seguir el lineamiento fijado en el 2013 dentro del espacio regional de la referida Mesa, pues la solicitud de suspensión y archivo se sustentó en dudas relativas a la efectividad de la declaratoria de ZMI como medio para proteger su existencia física, cultural y social, al igual que la integridad de su territorio⁷⁹. Por ello, presentaron una petición a la ANM, en la fecha previamente reseñada y con el objeto anteriormente descrito, en la que incluso se observa la firma de quien siempre ha aparecido como Gobernador del citado pueblo, esto es, el señor Milciades Andoque.

3.3.1.6. Obsérvese como, en ese momento, la comunidad Andoque, representada por su autoridad tradicional, solicitó la suspensión y archivo del trámite administrativo, de tal forma que el ejercicio del amparo se fundamentó, precisa-mente, con ocasión de la respuesta dada por la ANM, pues para los demandantes la única respuesta posible de la entidad era darle fin al proceso de constitución de la ZMI. Por lo mismo, parte de los alegatos presentados ante el juez de tutela se fundaban en que la solicitud había sido radicada por el representante del pueblo Andoque y, en consecuencia, dicha agencia debía proceder a darle validez al derecho de oponibilidad y retracto ejercido por la comunidad y no aseverar, como lo hizo, que haría una visita de campo.

Si bien lo anterior podría justificar una decisión del juez constitucional en el sentido de amparar el derecho fundamental de petición, pues la respuesta no resuelta congruente con la solicitud formulada, en especial, si se tiene en cuenta que la misma estuvo firmada por el Gobernador Andoque; lo cierto es que el retracto de la comunidad, en lo atinente a la declaratoria de más del 98% del resguardo como ZMI, tampoco permaneció intangible durante el proceso de tutela. En efecto, como fue reseñado con anterioridad, el 1 de septiembre de 2016, el señor Milciades Andoque remitió un nuevo escrito a la ANM, en el que señaló que la comunidad deseaba continuar con el procedimiento para la declaratoria de la ZMI y, por lo mismo, desistía de su archivo⁸⁰.

Poco más de tres meses después, esto es, el 12 de diciembre del año en cita, se llevó a cabo la reunión de socialización en la que, según la entidad demandada, intervinieron 55 miembros de la comunidad, quienes informaron, nuevamente, su decisión de continuar con el trámite.

Por lo anterior, al margen de que sea discutible la respuesta dada por la ANM en torno a la trasgresión del derecho fundamental de petición, pues según ella se presentaba el fenómeno de la carencia actual de objeto, dado que la solicitud fue contestada de manera oportuna, lo cierto es que la Sala no puede soslayar que el Gobernador Indígena Andoque solicitó continuar con los trabajos para la declaratoria de la ZMI. De igual modo, tampoco puede dejar de lado que miembros de la comunidad manifestaron su intención en el mismo sentido, en la reunión de socialización realizada. De allí que, abordar la presente causa como si la voluntad de la comunidad, representada por una autoridad, persistiera en torno al archivo del trámite administrativo, resultaría en el desconocimiento de un aspecto central de la autonomía y autogobierno del pueblo en comento.

En otras palabras, si bien es cierto que en un momento la comunidad solicitó la terminación del trámite de la declaratoria de más del 98% del resguardo como ZMI, y que la respuesta dada por la ANM pudo ser contraria a los elementos que rigen la satisfacción del derecho de petición, lo cierto es que, con posterioridad a la instauración del amparo, dicha postura se modificó sustancialmente, variando con ello también el objeto de la presente causa, convalidando así la actuación desplegada por la citada agencia dentro de una actuación administrativa solicitada por la misma comunidad.

3.3.1.7. Es en este punto en el que surgen las circunstancias relevantes que convocan la intervención del juez constitucional ante la posible amenaza de los derechos fundamentales a la consulta previa y al territorio de otras comunidades indígenas representadas por la OPIAC. Precisamente, cabe recordar que, según la ANM, tras recibir la comunicación del Gobernador del pueblo Andoque, relativa a su deseo de continuar con la declaratoria de la ZMI, le solicitó información a la Dirección de Consulta previa del Ministerio del Interior relativa a la garantía de los citados derechos fundamentales, obteniendo como respuesta que, “respecto” de dicha comunidad, no era necesario agotar el proceso de consulta previa⁸¹. Para la ANM, como se expuso en el acápite de pruebas, esta respuesta significa que dentro del trámite de declaratoria la ZMI, no resulta necesario agotar el ejercicio de este derecho fundamental para “ninguna” comunidad indígena.

En este sentido, los demandantes que hacen parte de la OPIAC alegaron que la declaratoria no protegería el territorio, ni aún bajo el ejercicio del derecho de prelación, pues se exponía la sobrevivencia de la etnia Andoque, y se generarían amenazas sobre otros pueblos circunvecinos, entre quienes mencionó a los Uitoto, Muiniane y Nonuya. Esto, en atención a que la decisión que se busca obtener implicaría la destinación de casi el 99% del resguardo a actividades mineras, con las consecuencias ambientales que ello acarrearía para las zonas colindantes.

Lo anterior, también fue mencionado por la Procuraduría Delegada para Asuntos Ambientales y Agrarios, quien llamó la atención sobre varios riesgos que conllevaría la consolidación de la ZMI. Entre ellos, mencionó el cambio de vida radical de la etnia Andoque, ya que entre sus tradiciones no se halla la minería en ninguna de sus modalidades. Por lo demás, advirtió sobre los motivos por los cuales el ordenamiento jurídico resguarda el territorio de las comunidades étnicas, destacando que ellos se entienden ligados a la subsistencia de dichos pueblos, rol en el que debe valorarse el impacto que podría generar la actividad minera.

Dentro de este contexto, en lo que a la consulta previa y al derecho al territorio se refiere, durante el término probatorio establecido por esta Corporación, algunas mujeres que alegaron pertenecer a la etnia Huitoto, refirieron a la posible afectación derivada de la declaratoria de la ZMI, frente a lo que denominaron su territorio ancestral⁸², requiriendo, por ello, la realización de la referida consulta previa⁸³. Igualmente, tras recabar elementos probatorios, en especial aquellos que fueron allegados al expediente tras el Auto del 6 de

junio de 2017, representantes de otros pueblos indígenas afirmaron que la zona en mención hace parte de su territorio ancestral, definido por narraciones de origen, como macro territorio⁸⁴, de conformidad con su sistema de conocimiento material y espiritual.

De allí que, a juicio de esta Sala y con miras a plantear el problema jurídico a dilucidar, es claro que no resulta posible descartar, prima facie, vínculos de otros grupos indígenas con la zona que pretende declararse como ZMI. Es más, de los elementos probatorios obrantes en el expediente, esto es, la información suministrada por la Dirección de Asuntos Indígenas, Rom y Minorías del Ministerio del Interior, existen, al menos, dos cabildos indígenas dentro del resguardo. Uno correspondiente a la comunidad Andoque de Aduche y otro a la comunidad Guacamayo de Araracuara⁸⁵.

3.3.1.8. De lo anterior se desprende que, en el estado actual del trámite y en relación con la medida administrativa que se solicita para declarar más del 98% de un resguardo dentro de la Amazonía como ZMI, la entidad demandada alude como innecesaria la realización de la consulta previa, en virtud de que el pueblo Andoque renunció a ella. Sin embargo, esta postura omite la posibilidad mencionada por los accionantes, de que otros pueblos indígenas de la zona tengan relaciones territoriales con el área que se pretende afectar, lo que conllevaría a una posible vulneración de los derechos territoriales de estas comunidades, al igual que de sus derechos a la participación y autonomía⁸⁶.

Ahora bien, como quiera que en este momento y de conformidad con la respuesta dada por la ANM, en torno al estado actual del trámite de la declaratoria de la ZMI, el proceso administrativo se halla suspendido en espera de la resolución que adopte esta Corporación⁸⁷, es claro que, de no abordarse la cuestión atinente a la posible trasgresión de los derechos fundamentales al territorio y a la consulta previa, podría consolidarse una vulneración de bienes ius fundamentales de comunidades étnicas que son consideradas sujetos de especial protección constitucional⁸⁸. Lo anterior, se torna relevante, pues la posible incidencia de la declaratoria de la ZMI en pueblos circunvecinos entra en tensión con la autonomía del pueblo Andoque para solicitar su constitución.

3.3.1.9. De esta manera, en aplicación del deber de protección a la diversidad étnica consagrado en el artículo 7 de la Constitución y considerando que, de no absolverse ciertas cuestiones como la necesidad o no de realizar la consulta previa, se podrían llegar a

desconocer derechos fundamentales de comunidades étnicas, esta Sala considera que, en aplicación de los principios de eficacia y prevalencia del derecho sustancial, con los cuales inició la explicación de este acápite, el siguiente es el problema jurídico que se debe abordar en el asunto bajo examen, a partir de la delimitación realizada a la controversia.

3.3.2. Problema jurídico y esquema de resolución

3.3.2.2. Para resolver este problema jurídico, la Sala de Revisión reiterará la jurisprudencia de esta Corporación en torno (i) al principio de diversidad étnica y cultural; (ii) la consulta previa en el ámbito de las actuaciones administrativas; (iii) el concepto de territorio étnico y (iv) la autonomía y autogobierno de las comunidades étnicas. Una vez realizado este análisis, (v) abordará el caso objeto de estudio. Sin embargo, con antelación, se desarrollarán los aspectos atinentes a la viabilidad procesal de la presente causa.

3.3.3. De la viabilidad procesal de la presente causa

3.3.3.1. Legitimación por activa

3.3.3.1.1. De acuerdo con el artículo 86 de la Constitución, toda persona puede instaurar acción de tutela con el fin de proteger sus derechos fundamentales, cuando quiera que ellos se vean amenazados o vulnerados por las actuaciones u omisiones de cualquier autoridad pública o, en determinados casos, de particulares. Igualmente, el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991 dispone que la tutela podrá ser instaurada a través de representantes legales o mediante apoderados judiciales, que resulta posible agenciar derechos ajenos y que puede ser promovida por el Defensor del Pueblo o los personeros municipales⁸⁹.

En el asunto sub-judice, la legitimación por activa muestra ciertas complejidades que la Sala ha de abordar, pues, como se expuso en líneas precedentes, el objeto de la causa varió durante el trámite de la acción de tutela, pasando de un conflicto en torno a la trasgresión del derecho fundamental de petición, a una situación en la que puede existir una vulneración de los derechos fundamentales al territorio y a la consulta previa de varias comunidades indígenas.

3.3.3.1.2. Siguiendo lo expuesto, cabe destacar que el 6 de septiembre de 2016, los señores Julio Cesar López Jamioy y Robinson López Descanse, Coordinadores de Derechos Humanos

y Paz de la Organización de Pueblos Indígenas de la Amazonía Colombiana (OPIAC), instauraron acción de tutela contra la Agencia Nacional de Minería (ANM), por considerar que dicha entidad había trasgredido el derecho fundamental de petición del pueblo Andoque. Es decir que, en un primer momento, en la presente causa, una organización indígena actuó ante los jueces constitucionales en representación de una etnia específica, invocando la trasgresión de un preciso derecho fundamental, sin obviar que, como ya se dijo, la OPIAC aludió a la tensión sobre bienes constitucionales de otros pueblos.

3.3.3.1.3. En este escenario, la Sala no desconoce que durante el trámite de la acción de tutela, miembros de la comunidad indígena presuntamente afectada, incluido el Gobernador Milciades Andoque, manifestaron ante la autoridad judicial de primera instancia que no reconocían a los demandantes como sus representantes⁹⁰. Para la Sala, esta última manifestación habría incidido en la viabilidad procesal de la acción de tutela si el objeto de la litis se limitara al derecho de petición presentado por la comunidad Andoque. Sin embargo, como quedó dicho, una vez realizada la visita de socialización por la ANM, el conflicto en cuestión se perfiló en torno a otros bienes constitucionales. De allí que, la legitimación en la causa por activa de la OPIAC deba ser analizada desde esta perspectiva.

3.3.3.1.4. Sobre la facultad de estas organizaciones para instaurar la acción de tutela en representación de las comunidades indígenas que las conforman, ya se ha pronunciado esta Corporación en el pasado. Al respecto, ha indicado que dichos pueblos son, en sí mismos, sujetos de derecho⁹¹ y, por ello, la protección de sus bienes ius fundamentales puede ser invocada por las organizaciones existentes para su protección, por ejemplo, cuando quiera que se estén afectando bienes constitucionales ligados a su supervivencia. Como se verá más adelante, tanto la consulta previa, como el derecho al territorio, de conformidad con la jurisprudencia constitucional y la normatividad nacional e internacional, son bienes estrechamente ligados a la integridad y vida de estos pueblos.

Un antecedente en el que se vislumbra lo anterior, es la Sentencia T-766 de 2015⁹², en la que, tras reiterar la jurisprudencia de esta Corporación, se señaló que: “(...) cuando está de por medio la supervivencia de las comunidades indígenas o tribales como pueblos reconocibles, sin perjuicio de la controversia que deba adelantarse ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo en torno a la validez de los actos administrativos que, por ejemplo, conceden una licencia ambiental, (...) cabe la acción de tutela como mecanismo de

protección adecuado para la garantía del derecho a la consulta previa a tales comunidades sobre asuntos que las afectan directamente”. Dicho esto, indicó que “(...) tanto los dirigentes como los miembros individuales de estas comunidades se encuentran legitimados para presentar la acción de tutela con el fin de perseguir la protección de los derechos de la comunidad, así como también las organizaciones creadas para la defensa de los derechos de los pueblos indígenas y la Defensoría del Pueblo”⁹³.

3.3.3.1.5. Ahora bien, dentro del expediente consta que el señor Julio Cesar López Jamioy, quien fue una de las personas que instauró la presente acción de tutela, informó el 20 de junio de 2016 a la ANM, que obraba a nombre de la OPIAC, para realizar todas las gestiones necesarias ante dicha entidad⁹⁴. En relación con dicha organización, la Sala debe señalar que hace parte de la Mesa Regional Amazónica, tal como se observa en el Decreto 3012 de 2015⁹⁵. De hecho, organizativamente, junto con el Ministerio del Interior y de Justicia, cumple con la labor de la secretaría operativa⁹⁶.

Esta Mesa se constituyó como un “espacio de concertación para recomendar a las distintas instancias del Gobierno la formulación, promulgación y ejecución de las políticas públicas de desarrollo sostenible para los pueblos indígenas asentados en [esa] región”⁹⁷. Entre sus funciones, se halla la presentación a consideración del CONPES de documentos que incidan en la generación de programas de desarrollo alternativo, atendiendo a las particularidades de la Amazonía; así como a la formulación de recomendaciones de política para el manejo de las áreas protegidas que se hallan en el territorio indígena⁹⁸. También se encuentra la generación de directrices para impulsar “el ordenamiento territorial indígena en la perspectiva de la conformación de las Entidades Territoriales Indígenas”⁹⁹. Y, en general, realizar recomendaciones “a las distintas instancias del Gobierno [para la] formulación, promulgación y ejecución de las políticas públicas de desarrollo sostenible para los pueblos indígenas asentados en [dicha] región y participar en la evaluación y seguimiento de las mismas (...)”¹⁰⁰.

3.3.3.1.6. Es claro entonces que la OPIAC es una organización que tiene por finalidad incidir en cuestiones relativas a las comunidades indígenas de la Amazonía colombiana y, por lo mismo, su intervención en la presente causa no puede desligarse de lo mencionado en la citada Sentencia T-766 de 2015. En efecto, ella cumple un rol de representación, entre los cuales cabe la activación de mecanismos de defensa de los derechos territoriales¹⁰¹,

respecto de las comunidades que habitan dicha zona, como lo son los pueblos Yucuna, Matapi, Tanimuka, Macuna, Letuama, Cabillari, Barasano, Bara, Eduria, Itana, Tuyuca, Yuhup y Yauna¹⁰².

De estas últimas, la Sala recibió comunicación en la que mencionaban que el trámite de la declaratoria de la ZMI incidía en lo que denominaron macro-territorio y desconocía planteamientos que, en instancias de representación, habían manifestado al Estado. Por ello, en atención a que estas comunidades hacen parte de la OPIAC y frente al nuevo conflicto constitucional en cuestión, la Sala considera satisfecho el requisito de legitimación por activa, pues lo que es objeto de debate es la amenaza o no del derecho fundamental a la consulta previa respecto del resto de pueblos indígenas que habitan el área en conflicto y en el cual articulan espacios culturales, sociales, productivos y naturales.

3.3.3.2. Legitimación por pasiva

De conformidad con el Decreto 4134 de 2011¹⁰³, la Agencia Nacional de Minería tiene una naturaleza especial, pues hace parte del sector descentralizado de la Rama Ejecutiva del orden nacional y cuenta con personería jurídica¹⁰⁴. Igualmente, según el artículo 2 de dicho decreto, dentro de su objeto, se halla la administración de los recursos minerales de propiedad del Estado. Por ello, tal como lo dispone el numeral 7, del artículo 17, de la normatividad en comento, entre sus funciones se encuentra la dirección de “los estudios técnicos y sociales requeridos para señalar y delimitar las zonas mineras indígenas, de comunidades negras y mixtas, así como la declaratoria de las mismas, en los términos establecidos en la ley”.

Se trata entonces de una entidad del Estado que, dentro de sus competencias, cuenta con la facultad de declarar las ZMI. Por lo tanto y de conformidad con el inciso 1º del artículo 86 de la Constitución, según el cual la acción de tutela procede contra cualquier autoridad pública que, por omisiones o acciones amenace o trasgreda los derechos fundamentales, la ANM cuenta con legitimación por pasiva en la presente causa.

Por lo demás, en la medida en que la controversia se delimita al proceso de declaratoria de la ZMI, el resto de autoridades demandadas carecen de legitimación en la causa por pasiva¹⁰⁵, por cuanto la conducta que supuestamente genera la vulneración del derecho a la consulta previa no se vincula, directa o indirectamente, con su acción u omisión.

3.3.3.3. Subsidiariedad

Como quiera que el objeto de la presente controversia, como fue sustentado en líneas precedentes, gira en torno a la consulta previa de los pueblos indígenas, el amparo se torna procedente. En el pasado, esta Corporación ha reiterado que la acción de tutela es el mecanismo idóneo para resguardar este bien ius fundamental. Así, por ejemplo, en la precitada Sentencia T-766 de 2015106, la Corte indicó que “no existe en el ordenamiento un mecanismo distinto a la acción de tutela para que los pueblos indígenas y tribales reclamen ante los jueces la protección inmediata de su derecho a ser consultados, a fin de asegurar su derecho a subsistir en la diferencia, por consiguiente compete al juez de tutela emitir las órdenes tendientes a asegurar su supervivencia, en los términos del artículo 86 de la Carta”.

Dentro del escenario ya delimitado, y teniendo en cuenta las distintas razones expuestas por los intervinientes en este proceso, cabe precisar que este Tribunal no se pronunciará sobre la supuesta incompetencia de la ANM, ni sobre las tensiones legales que se mencionan en torno a la finalidad de protección del resguardo y la existencia de la zona de reserva forestal de la Amazonía, creada en virtud de la Ley 2ª de 1959107. Frente a estas pretensiones, que se enmarcan en una discusión sobre la legalidad de la actuación administrativa adelantada, no existen elementos de juicio que permitan concluir que los mecanismos de control existentes no resultan eficaces o idóneos para debatir estas cuestiones ante el juez natural, esto es, la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, a quien le compete resolver la legalidad de cualquier proceder de la Administración.

Por el contrario, la protección que se demanda en este caso de la consulta previa, además de estar relacionada con el amparo de un derecho fundamental, se produce en un escenario de amenaza frente a la integralidad del territorio para varias comunidades indígenas, respecto de las cuales, como se advirtió por la autoridad administrativo el trámite de definición de la ZMI se encuentra en suspenso, hasta tanto esta Corporación adopte una decisión de fondo.

3.3.3.4. Inmediatez

En la medida en que el objeto de la causa, en la actualidad, gira en torno a la consulta previa, esta Sala de Revisión considera que el requisito de inmediatez se halla satisfecho, pues las etnias en cuestión acudieron ante la Corte, luego de que se ratificó a comienzos de

septiembre de 2016, la intención de continuar con el trámite de declaratoria de la ZMI por parte de la comunidad Andoque y de la ANM, por lo que la presentación de la acción el día 6 del mes y año en cita, se ajusta a los criterios de razonabilidad que, en el aspecto temporal, explican la procedencia del amparo.

3.3.3.5. En conclusión, una vez satisfechos los presupuestos procesales de subsidiariedad, inmediatez y legitimación, la Sala expondrá a continuación los fundamentos de la presente providencia, según se delimitó en el acápite 3.3.2.2 de esta sentencia.

3.3.4. Del principio de diversidad étnica y cultural. Reiteración de jurisprudencia

3.3.4.1. Fruto de un cambio de paradigma a nivel internacional y nacional, según el cual el proceso de asimilación debía ser superado por una visión que tuviera a la diversidad como un bien jurídico a resguardar; la Constitución de 1991 reconoce las diferentes culturas que se hallan en el territorio colombiano, como una riqueza a proteger y promover. Existe un interés claramente definido dentro de los parámetros del Texto Superior, dirigido a que las culturas étnicas que integran la nacionalidad colombiana sobrevivan, se desarrollen, sean reconocidas, apoyadas y protegidas por el Estado¹⁰⁸. Por esta razón, incluso en el artículo 1º de la Constitución, se contempla al pluralismo como uno de los principios fundamentales de nuestro Estado¹⁰⁹.

A su turno, a nivel internacional, una manifestación de ese cambio de paradigma se observa en el Preámbulo del Convenio 169 de la OIT¹¹⁰, conforme al cual “la evolución del derecho internacional desde 1957 y los cambios sobrevenidos en la situación de los pueblos indígenas y tribales en todas las regiones del mundo[,] hacen aconsejable adoptar nuevas normas internacionales en la materia, a fin de eliminar la orientación hacia la asimilación de las normas anteriores”.

3.3.4.2. Siguiendo estos mandatos, en la Sentencia C-030 de 2008¹¹¹, la Corte recordó que: “el Convenio 169 de la OIT fue adoptado con base en una nueva aproximación a la situación de los pueblos indígenas y tribales en todas las regiones del mundo, conforme a la cual era preciso eliminar la orientación hacia la asimilación que se había venido manejando, para, en su lugar, asentar el principio conforme al cual las estructuras y formas de vida de los pueblos indígenas y tribales son permanentes y perdurables, y la comunidad internacional tiene interés en que el valor intrínseco de sus culturas sea salvaguardado”.

3.3.4.3. De estos postulados se deriva el denominado principio de diversidad étnica y cultural, que proyecta en el plano jurídico el carácter democrático, participativo y pluralista del Estado colombiano, a través de la aceptación de la multiplicidad de formas de vida y de sistemas de comprensión del mundo. De él surge el objetivo de adecuar el derecho a las realidades sociales, con el propósito de satisfacer las exigencias de aquellos grupos que –por disímiles cuestiones– se identifican como diferentes, respondiendo de esta manera a las reivindicaciones de reconocimiento de las comunidades que tradicionalmente han sido excluidas por la sociedad, a pesar de aportar un importante legado a la cultura colombiana.

Lo anterior ha sido expuesto por la jurisprudencia de esta Corporación, entre otras, en la Sentencia T-514 de 2009112, al señalar que: “el Estado se descubre como un conjunto de grupos sociales culturalmente diferentes, que valora positivamente esa diferencia y la considera un bien susceptible de protección constitucional”.

3.3.4.4. Como se verá a continuación, este principio se materializa en el ordenamiento jurídico a través de un conjunto de derechos que reivindican a las comunidades étnicas, entre ellos, para efectos de esta providencia, este Tribunal ahondará en el estudio de la consulta previa en el ámbito de las actuaciones administrativas, el concepto de territorio étnico y la autonomía y autogobierno de dichas comunidades.

3.3.5. La consulta previa en el ámbito de las actuaciones administrativas. Reiteración de jurisprudencia

3.3.5.1. Como quiera que la presente causa gira en torno a la posible afectación del derecho fundamental a la consulta previa dentro de una actuación administrativa, como lo es la declaratoria de una ZMI, la Sala se referirá específicamente a esta situación, sin profundizar en otros ámbitos del ejercicio de este derecho fundamental¹¹³.

3.3.5.2. En este orden de ideas, en este acápite se desarrollarán los siguientes tópicos frente a la consulta previa: (a) parámetros generales; (b) parámetros normativos; y (c) características.

3.3.5.2.1. Parámetros generales de la consulta previa

3.3.5.2.1.1. De conformidad con el artículo 1º de la Constitución, Colombia es un Estado Social de Derecho organizado en forma de República unitaria, que tiene en el pluralismo una de sus características. De ella se derivan un conjunto mandatos establecidos dentro de los principios fundamentales de la Carta, como lo son el reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana¹¹⁴, que también es contemplada como una riqueza que debe ser protegida por el Estado, al igual que por todas las personas¹¹⁵. De hecho, en el pasado, específicamente en la Sentencia C-891 de 2002¹¹⁶, dentro de un juicio de constitucionalidad en el que se discutía la vulneración de la consulta previa en la expedición del Código de Minas, esta Corporación indicó que nuestro ordenamiento jurídico excluye la validez de una postura cognoscitiva que plantee la existencia de una única sociedad del conocimiento. Así las cosas, se consideró que del pluralismo se deriva el principio de diversidad étnica y cultural, siendo la realización de la consulta previa una manifestación de éste último.

“(…) el respeto por la autonomía de las comunidades indígenas exige reconocer el derecho de tales grupos, a participar en las decisiones que los afectan. Ese reconocimiento supone que en las relaciones entre estos pueblos y el Estado, la consulta previa a las comunidades indígenas juega un rol necesario en los términos previamente enunciados, para asegurar que las aspiraciones culturales, espirituales y políticas de los pueblos indígenas sean consideradas en el ejercicio de las demás atribuciones y competencias de la Administración. Por lo tanto, estos pueblos tienen el derecho a ser consultados previamente con relación a las decisiones que los afecten, en los términos que determine la Constitución y la ley”.

3.3.5.2.1.3. De este modo, en la Sentencia T-766 de 2015¹¹⁹ se indicó que la consulta cumple la función de (i) proteger y respetar la autodeterminación de los pueblos; (ii) asegurar que su punto de vista sea escuchado por las autoridades; y (iii) propiciar la defensa de sus demás derechos, en especial, pero no exclusivamente, los territoriales. Se trata, por lo demás, de un mecanismo básico para preservar (iv) la integridad étnica, social, económica y cultural de las comunidades indígenas y para asegurar, por ende, su subsistencia como grupo social, tal como se destacó en las Sentencias SU-383 de 2003¹²⁰ y SU-039 de 1997¹²¹. A este respecto, por ejemplo, en la Sentencia C-395 de 2012¹²² se señaló que este bien ius fundamental está “destinado a asegurar los derechos de los pueblos indígenas a su territorio y a la protección de sus valores culturales, sociales y económicos, como medio para asegurar su subsistencia como grupos humanos”.

3.3.5.2.2. Parámetros normativos de la consulta previa

3.3.5.2.2.1. Múltiples normas dentro de la Carta le dan sustento a la consulta previa. De conformidad con la Sentencia C-030 de 2008¹²³, “es expresión y desarrollo del artículo primero de la Constitución, que define a Colombia como una democracia participativa; del artículo 2, que establece como finalidad del Estado la de facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan; del artículo 7 Superior, que reconoce y protege la diversidad étnica y cultural, del artículo 40.2, que garantiza el derecho de todo ciudadano a la participación democrática y del artículo 70 que considera la cultura fundamento de la nacionalidad. Adicionalmente, tratándose de explotación de recursos naturales, el parágrafo del artículo 330 de la Carta establece que: La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. En las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación, el Gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades”.

Igualmente, tal y como fue indicado en la Sentencia C-389 de 2016¹²⁴, la consulta previa se halla ligada a los mandatos constitucionales atinentes al derecho de las comunidades de participar en las decisiones que puedan afectar el ambiente sano, tal y como lo dispone el artículo 79 de la Constitución¹²⁵ y a lo establecido en el artículo 1º de la Ley 99 de 1993, que se refiere a la participación como un principio orientador de la política ambiental¹²⁶.

3.3.5.2.2.2. La consulta previa también encuentra fundamento normativo, como ya ha sido señalado en las líneas precedentes, en normas internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad, como lo es el Convenio 169 de la OIT. En efecto, de conformidad con el literal a) del artículo 6 de dicho instrumento, “[al] aplicar las disposiciones del (...) Convenio, los gobiernos deberán: a) Consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente (...)”.

Lo anterior, sin perjuicio de los otros mecanismos de participación que, como pueblos indígenas, tienen y que se relaciona con los principio de diversidad étnica y autodeterminación. Así, de conformidad con el literal b) del mismo artículo, “Al aplicar las

disposiciones del (...) Convenio, los gobiernos deberán: (...) 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 (...)"

3.3.5.2.2.3. En este sentido, en Sentencia C-030 de 2008¹²⁷, esta Corporación concluyó que: "cuando se adopten medidas en aplicación del convenio, cabe distinguir dos niveles de afectación de los pueblos indígenas y tribales: el que corresponde a las políticas y programas que de alguna manera les conciernan, evento en el que debe hacerse efectivo un derecho general de participación, y el que corresponde a las medidas administrativas o legislativas que sean susceptibles de afectarlos directamente, caso para el cual se ha previsto un deber de consulta".

3.3.5.2.2.4. Finalmente, la jurisprudencia de esta Corporación ha sido enfática en señalar que, de conformidad con las normas nacionales e internacionales mencionadas, la consulta previa es, en sí misma, un derecho fundamental colectivo que se encuentra íntimamente ligado a la sobrevivencia de estos pueblos¹²⁸. De hecho, en la Sentencia T-769 de 2009¹²⁹ se indicó que "es consecuencia directa del derecho que les asiste a las comunidades nativas de decidir las prioridades en su proceso de desarrollo y preservación de la cultura y (...) cuando procede ese deber de consulta, surge para las comunidades un derecho fundamental susceptible de protección por la vía de la acción de tutela, en razón a la importancia del mismo, a su significación para la defensa de la identidad e integridad cultural y a su condición de mecanismo de participación".

3.3.5.2.3. Características de la consulta previa

3.3.5.2.3.1. La jurisprudencia de la Corte ha ahondado en las características de la consulta previa, teniendo en cuenta que ni constitucional ni legalmente se han definido los parámetros procesales que permiten su desarrollo. En todo caso, como principio general de procedencia, su exigibilidad se encuentra atada a la afectación directa a una comunidad, como lo exige el Convenio 169 de la OIT. Esta última ha sido comprendida por esta Corporación como una incidencia en el ethos de la etnia¹³⁰ o, en otras palabras, como una alteración a su estatus.

Sobre el particular, en la sentencia T-766 de 2015131, reiterando jurisprudencia, se indicó que: “la afectación directa a las comunidades indígenas y afrodescendientes por parte de una medida legislativa o administrativa puede verificarse en tres escenarios: (i) cuando la medida tiene por objeto regular un tópico que, por expresa disposición constitucional, debe ser sometido a procesos de decisión que cuenten con la participación de las comunidades étnicas, como sucede con la explotación de recursos naturales; (ii) cuando a pesar de que no se trate de esas materias, el asunto regulado por la medida está vinculado con elementos que conforman la identidad particular de las comunidades diferenciadas; y (iii) cuando, aunque se está ante una medida de carácter general, regula sistemáticamente materias que conforman la identidad de las comunidades tradicionales, por lo que puede generarse o bien una posible afectación, un déficit de protección de los derechos de las comunidades o una omisión legislativa relativa que las discrimine”.

3.3.5.2.3.2. A partir de esta identificación del elemento esencial que se requiere para activar su exigibilidad, este Tribunal ha considerado que la consulta no puede ser entendida como un mero trámite administrativo, pues se erige como un verdadero diálogo en procura de alcanzar, en lo posible, un acuerdo en torno a la actividad que se vaya a adelantar. Sobre el particular, en la Sentencia SU-039 de 1997132 se indicó que, en virtud de los bienes que resguarda, “[ella] 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 una decisión, sino que tiene una significación mayor por los altos intereses que busca tutelar, como lo son “los atinentes a la definición del destino y la seguridad de la subsistencia de las comunidades” indígenas y pueblos tribales.

Esto implica comprender la consulta como un verdadero diálogo que busca el entendimiento entre las partes, donde no puede haber arbitrariedad de ninguna de ellas, lo que excluye que se le entienda como una mera comunicación o evento informativo. Por ello, en la precitada providencia, esta Corporación apuntó que “la institución de la consulta a las comunidades indígenas que pueden resultar afectadas con motivo, [por ejemplo], 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”.

3.3.5.2.3.3. Además de este parámetro general, de manera particular, la consulta también muestra determinados rasgos. Por ello, entre otras, (i) debe ser adelantada por personas que

representen realmente a la comunidad; (ii) debe estar antecedida de un proceso preconsultivo, en el cual es posible delimitar la forma como llevará acabo; (iii) debe ser realizada con antelación a la medida que pueda afectar directamente a la comunidad; (vi) debe tener la capacidad de generar efectos en la decisión y (v) debe partir de un enfoque diferencial, en el que se valoren los rasgos culturales que identifican a cada pueblo. Por último, si bien en algunos casos excepcionales se requiere el consentimiento informado de las comunidades¹³³, la atribución para decidir finalmente sobre el desarrollo una política estatal reside exclusivamente en las autoridades públicas, sin que por ello se entiendan autorizadas para incurrir en actos arbitrarios respecto de las resoluciones que adopten¹³⁴.

3.3.5.2.3.4. Algunos de estos puntos fueron condensados en la Sentencia T-693 de 2011¹³⁵, por lo que la Sala los citará en extenso:

“En primer lugar, en la sentencia SU-039 de 1997,¹³⁶ la Corte dejó claro que no puede tener el valor de consulta previa “(...) la información o notificación que se le hace a la comunidad indígena sobre un proyecto de exploración o explotación de recursos naturales. Es necesario que se cumplan las directrices antes mencionadas, que se presenten fórmulas de concertación o acuerdo con la comunidad y que finalmente ésta manifieste, a través de sus representantes autorizados, su conformidad o inconformidad con dicho proyecto y la manera como se afecta su identidad étnica, cultural, social y económica.” (Resaltado fuera del texto original).

“En segundo lugar, como se indicó en la sentencia C-461 de 2008¹³⁸, antes de llevar a cabo la consulta previa en estricto sentido, se deben realizar conversaciones preliminares -una especie de preconsulta- con la comunidad o comunidades concernidas, cuya finalidad es identificar las instancias de gobierno local y los representantes de la comunidad, así como socializar el proyecto, y concertar la metodología de la consulta. Al respecto se indicó lo siguiente en la sentencia citada: ‘La manera en la que se habrá de realizar cada proceso de consulta previa, habrá de ser definida en forma preliminar con las autoridades de cada comunidad indígena o afrodescendiente, a través de un proceso pre-consultivo específicamente orientado a sentar las bases del procedimiento a seguir en ese caso en particular, respetando a las autoridades de cada comunidad y las especificidades culturales

de la comunidad. el proceso consultivo que las autoridades realicen ante los pueblos indígenas para tomar una decisión que afecte sus intereses, deberá estar precedido de una consulta acerca de cómo se efectuará el proceso consultivo’.

En tercer lugar, la consulta debe realizarse indefectiblemente antes de que se comience el proyecto de explotación (incluso desde la formulación del proyecto y antes del inicio de las actividades de prospección) o se tome la decisión normativa que concierne a las comunidades directamente. La Corte precisó en la Sentencia SU-039 de 1997¹³⁹ que actuaciones posteriores a la adopción de la decisión no pueden subsanar el vicio que se genera por la ausencia de consulta previa¹⁴⁰. En el mismo sentido se manifestó la Corte en la sentencia C-702 de 2010¹⁴¹, en la que afirmó que la omisión de la consulta antes de dar inicio al trámite legislativo es un vicio insubsanable que da lugar a la declaración de inconstitucionalidad de cualquier medida legislativa.

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

En quinto lugar, con miras a lograr que las comunidades étnicas estén plenamente informadas de la propuesta y sus implicaciones, y puedan tomar decisiones informadas, las autoridades que dirigen el proceso consultivo deben velar por que las comunidades estén acompañadas por la Defensoría del Pueblo y la Procuraduría General de la Nación, cada una dentro de sus órbitas de competencia, y siempre y cuando así lo soliciten los respectivos grupos.¹⁴²

En sexto lugar, para la Corte, la consulta debe tener efectos sobre la decisión a adoptar¹⁴³. La efectividad de la consulta se refiere entonces al deber de las autoridades de dar valor a la palabra de las comunidades.

Así las cosas, para que la consulta previa cumpla con su finalidad y sea un mecanismo eficaz y útil de participación, es necesario que en su realización se adopten procedimientos apropiados que permitan la creación de espacios de negociación y de intervención de las instituciones representativas indígenas, que contribuya al desarrollo y a la resolución efectiva

de los diferentes desafíos asociados con el respeto de los derechos a la subsistencia y la integridad cultural de estos pueblos.”

3.3.5.2.3.5. Sobre este último punto, que se liga con la proscripción de la arbitrariedad, así el Estado sea el que tenga la última palabra, la Sala resalta que no resulta legítimo imponer de manera abstracta la idea de interés general sobre el particular, pues la conservación y sobrevivencia de dichas comunidades hace parte integral de él, cuya relevancia ha sido destacada incluso a nivel internacional. De hecho, es claro que la guarda de tal diversidad implica, necesariamente, la defensa de una riqueza. En este sentido, en la Sentencia T-129 de 2011144, se expuso que: “No se puede anteponer en abstracto el ‘interés general’ y la visión mayoritaria que se tenga del ‘desarrollo’ o el ‘progreso’ que traen las obras de infraestructura cuando dichas intervenciones se desarrollan en territorios indígenas o étnicos”, pues se trata, ni más ni menos, del patrimonio cultural de la Nación”. Por ello, en la Sentencia T-547 de 2010145, se enfatizó que “cuando no sea posible el acuerdo o la concertación, la decisión de la autoridad debe estar desprovista de arbitrariedad y de autoritarismo; en consecuencia, debe ser objetiva, razonable y proporcionada a la finalidad constitucional que le exige al Estado la protección de la identidad social, cultural y económica de la comunidad indígena”.

3.3.5.2.3.6. Finalmente, esta Sala reitera que la consulta obedece a criterios de flexibilidad, siguiendo un enfoque diferencial relativo a las características propias de cada comunidad. Esto fue señalado en la sentencia T-129 de 2011146 en los siguientes términos: “Es obligatorio que no se fije un término único para materializar el proceso de consulta y la búsqueda del consentimiento, sino que dicho término se adopte bajo una estrategia de enfoque diferencial conforme a las particularidades del grupo étnico y sus costumbres. En especial en la etapa de factibilidad o planificación del proyecto y no en el instante previo a la ejecución del mismo”.

3.3.6. El concepto de territorio étnico

3.3.6.1. Como fue señalado en las consideraciones precedentes, la exigibilidad de la consulta previa depende de que la actuación administrativa afecte directamente a las comunidades. En consecuencia, para los efectos de esta providencia, resulta necesario ahondar en el concepto de territorio indígena, tal y como ha sido desarrollado en el ámbito internacional y

nacional, pues es claro que se vincula a la identidad de estos grupos y se relaciona con sus cosmovisiones y tradiciones y, por lo mismo, repercute en las posibilidades de permanencia, supervivencia, desarrollo político, económico y social¹⁴⁷.

En este punto, la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado que el territorio es uno de los elementos definitorios de la identidad indígena colombiana. Al respecto, en la Sentencia C-891 de 2002¹⁴⁸, la Corte manifestó que: “la noción de territorio indígena supera los espectros simplemente jurídicos y económicos, toda vez que los pueblos están ligados a él de una manera comunitaria, espiritual y cosmogónica, precisamente por el carácter ancestral y sagrado que éste ostenta, constituyéndose entonces en un elemento integrante de la forma como aquéllos ven y entienden el mundo”.

3.3.6.2. El concepto de territorio se funda entonces en las relaciones que las comunidades étnicas tienen con su entorno, no desde una perspectiva fundacionalista que se sustente en la posesión prehispánica de ámbitos geográficos de estos pueblos, sino en sus vínculos tradicionales, sociales y culturales vigentes con él. Por ello, como se verá, el concepto en comento no se relaciona exclusivamente con la institución del resguardo, protegida por el artículo 63 de la Constitución¹⁴⁹, sino que abarca espacios que no necesariamente han sido declarados como tal por la autoridad administrativa competente.

De conformidad con el principio de diversidad étnica y cultural, como ya se dijo, el reconocimiento al pluralismo como valor conlleva el rechazo de una supuesta y exclusiva sociedad del conocimiento. Esto incide en lo que a la comprensión de la territorialidad se refiere y, por lo mismo, tiene un impacto en la manera como el derecho afronta realidades sociales, como lo es lo referente a las relaciones que respecto de la tierra se forja por los grupos étnicos, en donde la riqueza pluricultural se manifiesta.

3.3.6.3. En la Sentencia C-389 de 2016, esta Corporación fue enfática en señalar que “el concepto de territorio colectivo no se agota en conceptos propios del derecho civil: el reconocimiento estatal de los territorios y la delimitación de su área constituyen mecanismos de protección relevantes de las tierras indígenas. Sin embargo, el territorio colectivo no es un concepto espacial, sino uno cultural (el ámbito de vida de la comunidad). Y, en consecuencia, puede tener un efecto expansivo, destinado a la inclusión de los espacios de relevancia social, cultural y religiosa para las comunidades”¹⁵⁰. De allí que, en asuntos como el

presente, el juez debe comprender que la relación con la tierra es un vínculo esencial de identidad de estas comunidades, que edifica su fundamento étnico e incide en aspectos como la manera en la que acceden, usan y disponen de bienes ambientales.

3.3.6.4. De hecho, esta Corporación ha señalado que este vínculo se constituye en un legado cultural, económico y social¹⁵¹, que resulta consonante con lo establecido en el principio 22 de la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y Desarrollo, según el cual: “Las poblaciones indígenas y sus comunidades, así como otras comunidades locales, desempeñan un papel fundamental en la ordenación del medio ambiente y en el desarrollo debido a sus conocimientos y prácticas tradicionales. Los Estados deberían reconocer y apoyar debidamente su identidad, cultura e intereses y hacer posible su participación efectiva en el logro del desarrollo sostenible.”

3.3.6.5. Por ello, siguiendo las consideraciones de la Sentencia C-891 de 2002¹⁵², el concepto de territorio debe entenderse con un sentido sociológico, esto es, comprendiendo a los grupos étnicos que históricamente han tenido y tienen arraigo físico en un lugar determinado.

3.3.6.6. Lo anterior encuentra sustento en múltiples normas a nivel internacional y nacional. Así, un primer ejemplo, es el artículo 13 del Convenio 169 de 1989 de la OIT. Según esta norma, al aplicar sus disposiciones, se “(...) deberá respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera (...) La utilización del término <<tierras>> (...) deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera” (Subrayas fuera del original)¹⁵³.

La referencia a la ocupación tradicional y no exclusiva de estas etnias es acentuada en el numeral 1 del artículo 14 del citado instrumento internacional. En él se indica que se deberá reconocer a estos pueblos “(...) el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. Además, en los casos apropiados, deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia. A este respecto, deberá prestarse particular

atención a la situación de los pueblos nómadas y de los agricultores itinerantes (...)”¹⁵⁴.

3.3.6.7. Un segundo ejemplo, que también hace parte del bloque de constitucionalidad, es el artículo 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos¹⁵⁵. Según esta Corporación y de conformidad con la Sentencia T-693 de 2011¹⁵⁶, este artículo debe ser interpretado –al igual que lo hace la Corte Interamericana de Derechos Humanos– en el sentido de que comprende los derechos de los miembros de estas comunidades en el marco del uso comunal, donde la tierra, más allá de una dinámica de posesión y producción, implica un conjunto de relaciones a través de las cuales se preserva su legado cultural y se garantiza su supervivencia física¹⁵⁷.

3.3.6.8. Un tercer ejemplo, ya en el nivel nacional, es el artículo 2 del Decreto 2164 de 1995¹⁵⁸, que define como territorios indígenas a “(...) las áreas poseídas en forma regular y permanente por una comunidad, parcialidad o grupo indígenas y aquellas que, aunque no se encuentren poseídas en esa forma, constituyen el ámbito tradicional de sus actividades sociales, económicas y culturales”. Lo que se compagina con el parágrafo del artículo 330 de la Constitución, que habla de la participación de estos pueblos en las decisiones que se adopten respecto a la “explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas (...)” y no la limita exclusivamente a la que se adelante dentro de los resguardos.

3.3.6.9. En este orden de ideas, es claro que el resguardo, que es una institución legal y sociopolítica de carácter especial conformada por una o más comunidades hace parte del territorio indígena, pero no se limita a él¹⁵⁹. Por ello, si bien pueden estar ligados, tienen algunas cualidades disímiles. En cuanto a las características del resguardo, en la Sentencia T-659 de 2013¹⁶⁰, se mencionó que corresponde a (i) una forma de propiedad colectiva del territorio; (ii) circunscrita a un preciso ámbito territorial; (iii) en el que se unifica la idea del espacio cultural para el desarrollo de los derechos de autonomía de las comunidades indígenas y (iv) en el que se goza de los atributos de ser inalienable, imprescriptible e inembargable, como se dispone en el artículo 63 de la Constitución.

3.3.6.10. De esta manera, si bien el territorio y el resguardo no son conceptos coincidentes, este último sí puede haber sido o ser conformado sobre un territorio étnico. Así, según el numeral 1, del artículo 1, del Decreto 2164 de 1995¹⁶¹, que regula las competencias de la actual Agencia Nacional de Tierras¹⁶², dicha entidad adelantará programas y procedimientos

administrativos con el fin constituir “resguardos a las comunidades indígenas que poseen sus tierras sin título de propiedad, o las que no se hallen en posesión, total o parcialmente, de sus tierras ancestrales, o que por circunstancias ajenas a su voluntad están dispersas o han migrado de su territorio (...)”. Esto, básicamente, con el objeto de dotarlos, tras los estudios pertinentes, de las tierras suficientes “que faciliten [su] adecuado asentamiento y desarrollo, el reconocimiento de la propiedad de las que tradicionalmente ocupan o que constituyen su hábitat, la preservación del grupo étnico y el mejoramiento de la calidad de vida de sus integrantes”¹⁶³.

3.3.6.11. Por último, la institución del resguardo, a pesar su diferencia conceptual, permite abordar algunos aspectos relacionados con los motivos por los cuales, desde los mandatos constitucionales y legales, el ordenamiento jurídico busca proteger los territorios étnicos. El artículo 85 de la Ley 160 de 1994 establece que la finalidad del estudio de “tierras” que se haga en esta materia obedecerá a los requerimientos de las comunidades étnicas para su adecuado asentamiento y desarrollo¹⁶⁴. Seguido de lo cual, el parágrafo 3 de ese mismo artículo dispone que: “Los programas de ampliación, reestructuración o saneamiento de los resguardos indígenas, estarán dirigidos a facilitar el cumplimiento de la función social y ecológica de la propiedad por parte de las comunidades, conforme a sus usos o costumbres, a la preservación del grupo étnico y a al mejoramiento de la calidad de vida de sus integrantes (...)”. Como se observa, el telos de la guarda del resguardo obedece, en principio, a un mandato de protección del territorio, con el fin de que las comunidades pueden llevar una vida digna. Por ello, esta Corporación en la sentencia C-389 de 2016¹⁶⁵, en lo que al derecho de estos pueblos a la propiedad colectiva se refiere, señaló que de ella se desprende una relación de “interdependencia entre el territorio, la autonomía, la subsistencia y la cultura”¹⁶⁶.

3.3.6.12. Es claro entonces que tal finalidad responde al deber de protección de esta riqueza que constituye la nacionalidad colombiana. Por ello, en la sentencia T-659 de 2013¹⁶⁷, en reiteración de jurisprudencia, este Tribunal indicó que “en la base de nuestro Estado Social de Derecho se encuentra la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana, y (...) ésta no puede concebirse sin el reconocimiento integral del derecho territorial de los grupos étnicos a las tierras que tradicionalmente ocupan” (énfasis del original).

3.3.6.13. En conclusión, desde la perspectiva constitucional, el concepto jurídico de territorio

de las comunidades étnicas incluye las tierras que les han sido asignadas, pero no se limita a él, ya que abarca -desde una perspectiva que reconoce dimensiones culturales y sociológicas- los vínculos de estas comunidades con su entorno. De allí que, la afectación directa que genere una actuación administrativa, al menos en lo que a la incidencia en el territorio de las comunidades se refiere, pasa por la misma premisa, es decir, su presencia se determina en relación con los lazos culturales vigentes que el grupo étnico tenga con el entorno.

3.3.7. La autonomía y autogobierno de las comunidades indígenas. Reiteración de jurisprudencia

3.3.7.1. En su jurisprudencia, la Corte se ha servido en múltiples casos del principio de diversidad étnica y cultural para resolver cuestiones sometidas a su conocimiento¹⁶⁸. Como se indicó en líneas precedentes, el anotado principio brinda la posibilidad de otorgarles a las comunidades étnicas un estatus jurídico especial consecuente con sus valores culturales¹⁶⁹, el cual se manifiesta, entre otros ámbitos, en la jurisdicción especial para los pueblos indígenas (CP art. 246); en el derecho de gobernarse por sus propias autoridades según sus usos y costumbres (CP art. 330); en el derecho de propiedad de resguardos y tierras colectivas (CP arts. 63, 329 y 55 transitorio) y en la consagración de un régimen especial de representación en el Congreso de la República para los grupos étnicos (CP arts. 171 y 176)¹⁷⁰.

3.3.7.2. Este estatus jurídico especial, ligado tanto a la sobrevivencia de dichos pueblos, como a los deberes de protección que se le imponen al Estado, se manifiesta en un conjunto de derechos de los cuales son titulares las comunidades y sus miembros, en respuesta al deber de conservación de la diversidad consagrado en el texto constitucional. En este sentido, en la Sentencia SU-510 de 1998¹⁷¹, reiterando la jurisprudencia sobre la materia y en concreto al referirse a las comunidades indígenas, este Tribunal indicó lo siguiente:

“[La] Corte ha considerado que las comunidades indígenas, como tales, son sujetos de derechos fundamentales. En este sentido, la Corporación ha manifestado que [e]l reconocimiento exclusivo de derechos fundamentales al individuo, con prescindencia de concepciones diferentes como aquellas que no admiten una perspectiva individualista de la persona humana, es contrario a los principios constitucionales de democracia, pluralismo,

respeto a la diversidad étnica y cultural y protección de la riqueza cultural”¹⁷².

En este sentido, es claro que cada comunidad indígena es un verdadero sujeto colectivo y no una sumatoria de individuos particulares que comparten una serie de derechos e intereses difusos entre sí (CP art. 88)¹⁷³. Con base en esta doctrina, este Tribunal ha señalado que entre los derechos fundamentales de los cuales son titulares las comunidades indígenas se hallan: (i) el derecho a la subsistencia, derivado de la protección constitucional a la vida (CP art. 11); (ii) el derecho a la integridad étnica, cultural y social, el cual se desprende de la protección a la diversidad y al carácter pluralista de la Nación (CP arts. 1 y 7); (iii) el derecho a la propiedad colectiva (CP arts. 58, 63 y 329); y (iv) el derecho a participar en las decisiones relativas a la explotación de recursos naturales en sus territorios¹⁷⁴.

3.3.7.3. Para los efectos de esta sentencia, la Sala examinará con mayor detalle los derechos a la subsistencia e integridad, que –entre otras– se garantizan por medio de la autonomía y el autogobierno que la propia Constitución les otorga a las comunidades étnicas¹⁷⁵ y que, a su vez, en cumplimiento de su faceta de obligación, se constituye en un mandato de autodeterminación que ha de ser promovido y respetado por el Estado, dentro de ciertos parámetros mínimos que obedecen a su organización como República unitaria¹⁷⁶. Son expresiones del citado derecho (i) la existencia de instituciones y autoridades de gobierno; así como (ii) la facultad de guiarse por sus propias normas, costumbres, opciones de desarrollo, visión del mundo y proyectos de vida, que incluyen el ejercicio de las atribuciones inherentes al derecho de propiedad colectivo y de gestión del territorio.

3.3.7.4. La autonomía y el autogobierno han sido objeto de un amplio desarrollo en la jurisprudencia constitucional¹⁷⁷. Precisamente, en la Sentencia T-693 de 2011¹⁷⁸, se expuso lo siguiente:

“(…) Un tercer ámbito (…) está relacionado con las formas de autogobierno y de autodeterminación de las reglas jurídicas al interior de los pueblos indígenas. Ello supone el derecho de las comunidades, (i) a decidir su forma de gobierno (CP art. 330); (ii) el derecho a ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial (C.P. art. 246) y (iii) el pleno ejercicio del derecho de propiedad de sus resguardos y territorios, con los límites que señale la Constitución y la ley. La autonomía política y jurídica, relacionada de este modo con una autogestión territorial, actúa así como un instrumento de reafirmación de la identidad de las

comunidades indígenas, las cuales, mediante el ejercicio de sus prácticas tradicionales, avanzan en el fortalecimiento de sus autoridades internas y en el auto-reconocimiento de sus espacios de expresión colectiva”.

3.3.7.5. Para los efectos de esta providencia, la Sala ahondará en el ejercicio de la gestión territorial sobre sus resguardos y territorios, que, como se vio en la cita precedente, implica una manifestación de autogobierno que la comunidad ejerce sobre un espacio geográfico específico.

3.3.7.5.1. Pues bien, tanto la Constitución como el Convenio 169 de la OIT reconocen esta gestión territorial en disímiles ámbitos. El artículo 330 del Texto Superior dispone que, en este sentido, como expresión de autogobierno dentro de los territorios indígenas, sus consejos deberán “(...) [d]iseñar las políticas y los planes y programas de desarrollo económico y social (...) [y] velar por la preservación de los recursos naturales”¹⁷⁹. Por su parte, el Convenio 169 consagra que, dentro de las aspiraciones de estos pueblos, se encuentra la de asumir el control de sus propias instituciones, formas de vida y desarrollo económico. De ahí que, de conformidad con el artículo 7 de dicho instrumento, tales pueblos cuentan con el “el derecho [a] decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual, [al igual que] las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural”.

Como contraprestación a este marco de gestión territorial, de conformidad con la sentencia T-188 de 2015¹⁸⁰, el Estado asume “la obligación de promover y defender el derecho de las comunidades indígenas a autogobernarse, lo cual implica (...), tanto facilitar esa gestión como abstenerse de interferir indebidamente en la toma de las decisiones que, en desarrollo de su autonomía, les corresponde adoptar a los integrantes de las comunidades indígenas, de acuerdo con sus propias reglas y costumbres”. Por ende, este ámbito de la autonomía implica, entre otras cosas, la determinación de las comunidades en torno a la manera como usarán y gozarán de los recursos y bienes ambientales existentes en el territorio, así como la proscripción de cualquier interferencia indebida de terceros.

3.3.7.5.2. No obstante, por la condición unitaria del Estado Colombiano, el citado derecho no puede entenderse como una garantía absoluta. Por ello, las decisiones que las comunidades

adopten a través de sus instituciones y autoridades de gobierno, así como la delimitación y configuración de sus normas, costumbres, proyectos de vida y formas de desarrollo, deben seguir los linderos mínimos fijados por la Carta¹⁸¹. Se trata de restricciones que, de conformidad con la jurisprudencia de esta Corporación, se reducen a las mínimas y necesarias para preservar los fundamentos esenciales sobre los cuales se edifica la unidad de la Constitución. Estos mínimos, por ejemplo, en el ámbito de la justicia, se concretan en la prohibición de la aplicación de una sanción sin la existencia de un procedimiento previo, o la exclusión de la tortura o los tratos crueles, inhumanos y degradantes¹⁸². Al tiempo que, en lo referente al ejercicio de la autogestión territorial, la Constitución establece, entre otros, límites relacionados con (i) el desarrollo sostenible¹⁸³ y (ii) con las funciones social y ecológica de la propiedad, que cobijan también a la propiedad colectiva.

3.3.7.6. Respecto de este último límite, en el artículo 58, la Constitución dispone que “la propiedad es una función social que implica obligaciones. Como tal, le es inherente una función ecológica”. Es claro que, en atención a que el dominio puede ser individual o colectivo, ambas funciones se aplican indistintamente a cualquier forma de propiedad, pero esto debe ser analizado a partir del principio de diversidad étnica. Por ello, el artículo 87 de la Ley 160 de 1994 dispone que: “Las tierras constituidas con el carácter legal de resguardo indígena quedan sujetas al cumplimiento de la función social y ecológica de la propiedad, conforme a los usos, costumbres y cultura de sus integrantes”.

En el mismo sentido y en el contexto de la ampliación, reestructuración o saneamiento de los resguardos, el parágrafo 3 del artículo 85 de la ley en cita establece que los programas que con tal fin se adelanten, “(...) estarán dirigidos a facilitar el cumplimiento de la función social y ecológica de la propiedad por parte de las comunidades, conforme a sus usos o costumbres, a la preservación del grupo étnico y al mejoramiento de la calidad de vida de sus integrantes (...)”. Y fija la responsabilidad en la Agencia Nacional de Tierras de verificar y certificar el cumplimiento de la función social de la propiedad en los resguardos¹⁸⁴; mientras que, el Ministerio del Medio Ambiente, lo hará en lo relacionado con la función ecológica que le es inherente¹⁸⁵.

En concordancia con lo anterior, el artículo 25 del Decreto 2164 de 1995 establece que: “Los resguardos indígenas quedan sujetos al cumplimiento de la función social y ecológica de la propiedad, conforme a los usos, costumbres y cultura de la comunidad. // Así mismo, con

arreglo a dichos usos, costumbres y cultura, quedan sometidos a todas las disposiciones sobre protección y preservación de los recursos naturales renovables y del ambiente”.

En el mismo sentido, el artículo 19 del Decreto en cita reitera que la manera como se relaciona la etnia con el territorio sirve como insumo para establecer la función social y ecológica de la propiedad. Este Decreto, tal como su epígrafe lo indica, fue expedido para reglamentar parcialmente el capítulo XIV de la Ley 160 de 1994¹⁸⁶, en lo “(...) relacionado con la dotación y titulación de tierras a las comunidades indígenas para la constitución, reestructuración, ampliación y saneamiento de los Resguardos Indígenas en el territorio nacional”. Sobre el particular, establece que la función social de la propiedad se determina de conformidad con los usos, costumbres y cultura del grupo étnico específico. Por ello, la entidad administrativa competente deberá adelantar estudios socioeconómicos en coordinación con ellos para esclarecerlo.

En efecto, el artículo 4 del referido Decreto menciona el objeto de un estudio socioeconómico, jurídico y de tenencia de tierras, que debe hacerse dentro de este procedimiento de la siguiente manera:

“ARTICULO 4o. OBJETIVO. El INCORA, en coordinación con los respectivos cabildos y autoridades tradicionales, adelantará estudios socioeconómicos, jurídicos y de tenencia de tierra de las comunidades indígenas con el objeto de determinar los diferentes aspectos relacionados con la posesión, tenencia, propiedad, concentración, distribución y disponibilidad de las tierras; el uso y aprovechamiento de las que estuvieren ocupando y el cumplimiento de la función social de la propiedad en las tierras de resguardo, conforme a los usos, costumbres y cultura de la respectiva comunidad (...)”.

Es claro entonces que, al menos en lo que a la función social de la propiedad se refiere, su determinación pasa necesariamente por un análisis específico de las condiciones socioculturales del grupo étnico que habita el territorio. Con todo, el Decreto también clarifica que, para efectos de su aplicación, es preciso tener en cuenta que “la función social de la propiedad de los resguardos está relacionada con la defensa de la identidad de los pueblos o comunidades que los habitan, como garantía [de la] diversidad étnica y cultural de la Nación y con la obligación de utilizarlas en beneficio de los intereses y fines sociales, conforme a los usos, costumbres y cultura, para satisfacer las necesidades y conveniencias

colectivas, el mejoramiento armónico e integral de la comunidad y el ejercicio del derecho de propiedad en forma tal que no perjudique a la sociedad o a la comunidad”.

Dentro de ese marco, la comunidad indígena es autónoma para gestionar su territorio, reconociendo en cabeza del Estado la obligación de cumplir con el principio de menor intervención posible, que, según la Sentencia T-703 de 2008¹⁸⁷, implica “(...) el deber de abstenerse de interferir de cualquier manera en la toma de las decisiones que en desarrollo de su autonomía corresponde adoptar a los integrantes de las comunidades indígenas”.

3.3.7.7. Para los efectos de esta sentencia, la Sala resalta que una de las maneras como las comunidades pueden ejercer este derecho, es a través de la actuación administrativa para declarar una zona de minería indígena en su territorio, lo que no necesariamente contradice sus usos y costumbres.

Antes de ahondar en características de esta figura, resulta pertinente señalar que la ZMI se encuentra regulada en el Capítulo XIV del Código de Minas, que contiene disposiciones relativas a los grupos étnicos y esta actividad económica¹⁸⁸. Así, el artículo 122 establece que la autoridad minera es la competente para señalar y delimitar dentro de los territorios indígenas, zonas mineras indígenas¹⁸⁹. Una vez delimitada y declarada, toda actividad de exploración y explotación del suelo y subsuelo minero, deberá ajustarse a las normas especiales de dicho capítulo. De conformidad con la jurisprudencia de esta Corporación, las ZMI son “sectores que se establecen dentro de un territorio indígena. (...) [Se trata de] un régimen especial de exploración y explotación de los recursos naturales yacientes en el suelo y el subsuelo de los territorios indígenas”¹⁹⁰.

El citado artículo 122 fue declarado exequible en la Sentencia C-418 de 2012¹⁹¹, en el entendido de que en el procedimiento de señalamiento y delimitación de las zonas mineras indígenas debe darse estricto cumplimiento a la obligación de realizar la consulta previa. Una cuestión que no abordó esta providencia, por la naturaleza abstracta del control de constitucionalidad, supuso el interrogante de qué sucedía si la propia comunidad solicitaba su declaratoria y si, en ese escenario, se excluía o no el deber de realizar la consulta. Para la Corte, es claro que cuando la solicitud se realiza directamente por la comunidad étnica que habita el territorio que se declarará como ZMI, siempre que dicha solicitud se haya realizado de manera autónoma e informada, tanto respecto de su naturaleza, como de sus efectos y

alcance, resultaría contrario a los principios de eficacia y economía que rigen el ejercicio de la función pública (CP art. 20) tener que realizar el proceso de consulta previa frente a tal comunidad, cuando ella misma es la que solicita la actuación de la administración, con miras a consagrar un régimen especial de exploración y explotación de los recursos naturales yacentes en el suelo y el subsuelo de las áreas que habitan, como expresión del derecho a decidir sobre sus propias prioridades de desarrollo, en términos acordes con la garantía de autogobierno.

Sin embargo, la citada conclusión tan sólo tendría aplicación en el evento en el cual solo existiese una comunidad étnica en el territorio que se pretende afectar, pues es claro que, en el caso en el que existieran dos o más grupos tribales, necesariamente la consulta previa debe llevarse adelante con el resto de ellos.

3.3.7.8. Al respecto, debe tenerse en cuenta que son tres las atribuciones que se derivan de la declaratoria de una ZMI. La primera, mencionada en la Sentencia C-389 de 2016192, correspondiente al derecho de prelación. La segunda, es la facultad con que cuentan los grupos étnicos para excluir lugares de la actividad minera. Y, la tercera, se vincula con las atribuciones reconocidas en relación con los derechos laborales y económicos, que incluyen el eventual beneficio de los rendimientos de la actividad, al igual que el apoyo del Estado para proyectos productivos mineros.

- En cuanto al derecho de prelación, el artículo 124 del Código de Minas establece que estas comunidades tendrán prioridad “para que la autoridad minera les otorgue [una] concesión sobre los yacimientos y depósitos mineros ubicados en una zona minera indígena. Este contrato podrá comprender uno o varios minerales”. La prelación no significa que puedan iniciar o mantener una actividad minera, pues para ello deben cumplirse todos los requisitos que se establecen en la ley, tan solo implica que, de cumplirse con tales presupuestos, tendrán preferencia para obtener la concesión. Esta última, de conformidad con el artículo 14 del referido Código de Minas, se entiende como el título minero¹⁹³. De allí que, la prelación no solo sea una posición especial frente al Estado, sino también frente a terceros.

Cabe mencionar que el citado artículo 124 del Código de Minas fue declarado exequible en la Sentencia C-389 de 2016194. Puntualmente, allí se indicó que debía interpretarse en el sentido “(...) de que el derecho de prelación por parte de las comunidades étnicas o

afrocolombianas, no constituye justificación alguna para omitir la aplicación del derecho fundamental a la consulta previa y al consentimiento libre, previo e informado, cuando la afectación sea intensa por el desplazamiento de una comunidad, por amenaza de extinción física o cultural, o por el uso de materiales peligrosos en sus tierras y territorios". Tal conclusión se soporta en la circunstancia de que el derecho de prelación, en caso de que haga efectivo, sí termina otorgando un título que, en principio, habilita la explotación de minerales. Por otra parte, el artículo 125 del mismo estatuto dispone que el derecho de prelación estará en cabeza de la colectividad y no de sus integrantes¹⁹⁵.

En todo caso, se insiste en que la prelación no implica, por sí misma, que la concesión, comprendida como el título minero, sea reconocida en cabeza de la comunidad indígena, ni mucho menos que, automáticamente, ella se halle legitimada para explotar los recursos mineros, pues, para ello, entre otras, se requiere de una licencia ambiental.

- En cuanto al derecho con que cuentan las comunidades para excluir determinadas áreas de la ZMI, el artículo 127 del Código de Minas dispone que, de conformidad con el derecho de autodeterminación, "[la] autoridad indígena señalará, dentro de la zona minera indígena, los lugares que no pueden ser objeto de exploraciones o explotaciones mineras por tener especial significado cultural, social y económico para la comunidad o grupo aborígen, de acuerdo con sus creencias, usos y costumbres".

Sin embargo, este derecho deben ejercerlo en una oportunidad específica, pues la actividad minera también es de interés público¹⁹⁶. Así, de conformidad con la Sentencia C-891 de 2012¹⁹⁷, que analizó la constitucionalidad del citado artículo 127, "(...) debe armonizarse el interés general implícito en la actividad minera con el interés de la comunidad indígena en que sean sus propias autoridades las que señalen las áreas que deben comprenderse restringidas a la minería, siendo esto último también de interés general como manifestación del pluralismo étnico que protege la Constitución. Así, a fin de resolver la posible tensión entre ambos intereses, la Corte considera que las autoridades indígenas pueden señalar las mencionadas áreas restringidas a más tardar en el momento en que la autoridad minera delimita la zona minera indígena que, como se ha visto, se desarrolla en el marco de un proceso de consulta".

Esto se torna relevante para señalar que, si esta es la única oportunidad en la cual se pueden

excluir áreas de la ZMI, resulta primordial, en el evento en que otras comunidades puedan tener lugares con importancia ecológica, social y cultural, y con los cuales tengan vínculos vigentes, que puedan participar dentro de la gestión territorial que, como consecuencia de la declaratoria, busca hacerse en el territorio étnico.

- Finalmente, en lo atinente a los derechos laborales y económicos, existen varios ejemplos dentro de la legislación minera. Así, el artículo 125 del Código de Minas, previamente citado, contempla que "(...) la forma como éstas [comunidades] participen en los trabajos mineros y en sus productos y rendimientos y las condiciones como puedan ser sustituidas en dichos trabajos dentro de la misma comunidad, se establecerán por la autoridad indígena que los gobierne". Igualmente, la declaración de la ZMI y la concesión hecha por la autoridad minera conlleva a que las comunidades puedan "(...) contratar la totalidad o parte de las obras y trabajos correspondientes, con personas ajenas a ellos"¹⁹⁸. Por otra parte, en cuanto a los incentivos que deben recibir si deciden emprender un proyecto de explotación minera, de conformidad con la Sentencia C-891 de 2002¹⁹⁹, el "Estado debe realizar las correspondientes acciones positivas, incluidas las económicas, para hacer realidad la explotación (...) por parte de los propios grupos indígenas en los casos previstos por la ley".

3.3.7.9. El conjunto de derechos que se derivan de una declaratoria de ZMI, no puede pasar por alto una de las realidades a las que se ve sometido el auto-gobierno, cuando se trata de la gestión territorial de los grupos indígenas, pues la normatividad reconoce eventos en los cuales varias comunidades pueden tener relaciones vigentes con una misma zona. Así, por ejemplo, el Convenio 169 de la OIT refiere la importancia que los Estados deben tener ante las particularidades de los grupos indígenas que sean nómadas o agricultores itinerantes²⁰⁰. Precisamente, como ya se destacó, no es posible ejercer el derecho de prelación sin que se consulten a otros pueblos interesados, ni tampoco cabe excluir áreas de importancia ecológica, cultural y social sin que otras comunidades que puedan verse afectadas, participen de dicho proceso. Por esta razón, si bien no es necesario consultar de forma previa al grupo indígena que pide iniciar un proceso de declaratoria de ZMI, tal conclusión no resulta aplicable en el caso que existieran dos o más comunidades tribales en el territorio de interés, pues allí, necesariamente, dicho proceso de consulta debe llevarse a cabo de forma obligatoria con el resto de ellos, en consideración a los efectos directos que tal actuación administrativa, respecto de sus intereses y expectativas de desarrollo, puede ocasionar.

Lo anterior, se refuerza a partir una de las premisas formuladas por la jurisprudencia de este Tribunal, por virtud de la cual cualquier interpretación que haga nugatoria la realización de la consulta previa, resulta contraria al ordenamiento constitucional. Así, por ejemplo, en la Sentencia C-389 de 2016²⁰¹, la Corte señaló que:

“[Esta Corporación] concluye que los artículos 124 y 133 del Código de Minas, que hacen referencia al derecho de prelación de los pueblos indígenas y las comunidades negras, respectivamente, en el ámbito de la entrega de títulos mineros, resultan inconstitucionales si se interpreta que, una vez agotada la oportunidad, las comunidades se ven privadas de la posibilidad de tomar decisiones en torno al territorio colectivo, en el ámbito de la minería. // Por ello, estas normas, como ya lo ha indicado la Corte Constitucional en Sentencias C-418 de 2002, C-891 de 2002 y C-395 de 2012 son constitucionalmente admisibles sólo si se tiene en cuenta que las comunidades étnicas deben ser consultadas siempre que una medida las afecte directamente, en los términos establecidos por la jurisprudencia constitucional, especialmente, en las sentencias T-129 de 2011, T-1045A de 2010 y T-769 de 2009, entre muchas otras relacionadas con el tema minero”.

3.4. Caso objeto de revisión

3.4.1. Frente a las circunstancias demostradas en la presente causa, es claro que la comunidad Andoque solicitó a la ANM la declaratoria de más del 98% de su resguardo como ZMI. También se aprecia que, a pesar de haber dado inicio a este trámite en el año 2014, su posición al respecto no ha sido constante, hasta el punto de haber solicitado la suspensión y archivo de tal actuación el 12 de mayo de 2016. Ha de aclararse que la intención más reciente, manifestada a través de un oficio del 1 de septiembre de 2016, es la de continuar con el proceso de declaratoria²⁰².

3.4.2. Ahora bien, en relación con el pueblo Andoque, de conformidad con los elementos probatorios existentes en la presente causa, se observa que se trata de una comunidad que fue diezmada por la actividad cauchera, hasta el punto de contar, en la actualidad, con poco más de 500 integrantes, por lo que han utilizado una estrategia demográfica que incluye el involucramiento de personas provenientes de grupos étnicos vecinos²⁰³. Esto significa que, por razones de subsistencia, existen relacionamientos vigentes entre este grupo humano y otros de la región.

Según el ICANH, como ocurre con el resto de comunidades indígenas de la zona, los Andoque se caracterizan por desarrollar escenarios de articulación entre espacios culturales, sociales, productivos y naturales, por lo que el territorio no sugiere un espacio geográfico, sino que remite a un cuerpo que se constituye por relaciones entre quienes viven en diferentes mundos o niveles. Geográficamente, se ubican en la ribera del medio del río Caquetá, al sur de la Amazonía colombiana²⁰⁴. Su resguardo fue constituido a través de la Resolución Número 033 de 1988²⁰⁵, sobre una reserva indígena que se hallaba dentro de la zona de reserva forestal declarada mediante la Ley 2ª de 1959 y que, en la actualidad, tras una ampliación, alcanza un promedio de 62.178 hectáreas²⁰⁶.

3.4.3. En cuanto al procedimiento administrativo, según la respuesta dada por la ANM al Auto del 27 de marzo de 2017, en estos momentos el trámite se encuentra suspendido a la espera de la decisión que adopte esta Corporación²⁰⁷. Por lo mismo, en la actualidad, la ZMI no ha sido declarada ni la comunidad Andoque ha señalado, de conformidad con los derechos relativos a la exclusión de áreas dentro de la zona, qué sitios estarán vedados de la minería.

Durante el trámite de la acción de tutela, representantes de organizaciones que conforman la OPIAC y otros grupos indígenas expusieron ante este Tribunal que la declaratoria de la ZMI afecta su territorio étnico²⁰⁸. En el último escrito, mencionaron la exigibilidad del derecho a la consulta previa, ya que dicha declaratoria afecta el territorio ancestral o “macro territorio” de, al menos, trece pueblos indígenas, entre los que se hallan los Yucuna, Matapi, Tanimuka, Macuna, Letuama, Cabillarí, Barasano, Bara, Eduria, Itana, Tuyuca, Yuhup y Yauna. Tal concepto se describe como una “casa grande o Maloca -Haho Wii- la cual a su vez está compuesta por otras malocas más pequeñas que constituyen la territorialidad específica de cada etnia”²⁰⁹. De acuerdo con estas comunidades, en esta área se encuentran zonas de interés común, como lo son las que ocupan los ríos Pira Paraná, Apaporis, Mirití, Caquetá y Vaupés, así como lugares de pensamiento, que son recorridos “(...) con sus oraciones, hasta encerrarse en los raudales de Jirijirimo y de Araracuara, subiendo por los ríos Caquetá y Apaporis”²¹⁰. Según se manifiesta, en tales sitios, seres espirituales dejaron conocimientos que sus sabedores utilizan hoy para realizar curaciones y propiciar el bienestar humano y del ambiente. Se trata de relaciones que ellos mismos denominan como narraciones de origen.

3.4.4. Desde el punto de vista gubernamental, la Sala encuentra que la ANM ha manifestado

una postura en torno a la realización de la consulta previa, pues en todo el proceso ha reiterado que no se hace necesaria, desde una perspectiva general, en virtud de la renuncia manifestada en múltiples ocasiones por los representantes de la comunidad Andoque. Así se constata, entre otras, en la última visita de socialización adelantada tras la sentencia de primera instancia.

Por su parte, la Dirección de Asuntos Indígenas, Rom y Minorías Étnicas del Ministerio del Interior no ha asumido una posición uniforme, pues dice que desconoce si existen otras comunidades que ejerzan alguno tipo de relación territorial con el área que integra el resguardo. Por ello, en lo atinente a la realización de la consulta previa, como ya se mencionó, se limitó a manifestar que no era necesario agotar este proceso “respecto” de esta comunidad.

En este sentido, mediante certificación 1372 de 2015, expedida por la citada Dirección y utilizada por la ANM como medio probatorio para referir a que no cabe, en general, adelantar el proceso de consulta previa, se mencionó que su soporte lo constituye el uso de bases cartográficas de resguardos, sin que se observen estudios en torno a las relaciones territoriales que, al parecer, existen en el área que ocupa el grupo étnico interesado en la declaratoria. Por ello, no puede concluirse que, en virtud de dicha certificación, consta que otras etnias no tengan relaciones territoriales con la zona²¹¹.

Además de lo anterior, la Sala llama la atención en torno a las alegaciones realizadas por la Procuraduría Delegada para Asuntos Ambientales y Agrarios, quien refirió a la ausencia de un ordenamiento territorial en el que fuera el corregimiento departamental de Puerto Santander, zona en la que se halla el resguardo indígena Aduche del pueblo Andoque. Frente al particular, se resaltó que no se han adelantado estudios en relación con los aspectos ambientales y ecológicos de tal área. Esta circunstancia, por lo demás, se acentúa por parte de CORPOAMAZONIA, la cual indicó que cualquier trámite de licencia para la exploración y explotación minera sería negado, hasta determinar si la zona mencionada es susceptible o no de este tipo de actividades.

3.4.5. Si bien no se cuenta con elementos probatorios que, de manera cualificada, permitan definir con certeza si existen o no otros pueblos indígenas con relaciones de territorialidad en el área que pretende declararse como ZMI, lo cierto es que, de los documentos obrantes en

el expediente, tampoco es posible descartar tal hipótesis. Esto resulta fundamental, pues, de conformidad con lo señalado en las consideraciones generales de esta providencia, en torno a la proscripción de la pretensión de una exclusiva sociedad del conocimiento, el juez de tutela debe partir de la base de que, en virtud del pluralismo, así como los límites del territorio de las comunidades étnicas superan, en muchas ocasiones, la declaratoria de resguardo hecha por el Estado; también es posible que tal delimitación excluya la existencia de otras relaciones de territorialidad que pueden llegar a existir, especialmente, frente a grupos que practican expresiones sociales y culturales de forma itinerante. Por ello, las afirmaciones realizadas por los representantes de las organizaciones que conforman la OPIAC y otros grupos indígenas resultan admisibles, más aún cuando en el acervo probatorio se encuentran documentos que apoyan su posible ocurrencia.

3.4.5.1. Así, en primer lugar, se hallan soportes que relatan aspectos sobre la historia de constitución del resguardo Andoque. En ellos se evidencia que, al menos en la cercanía, hacen presencia otros grupos indígenas. Precisamente, en la Resolución No. 235 de 1975 se tiene que, antes del resguardo, se constituyó un terreno baldío como reserva para dicha etnia, en atención a que representaba aproximadamente el 21% de la población indígena de la zona²¹², lo que implica que, desde su origen, si bien se reconoció su condición de pueblo mayoritario, también se admitió que no era el único. De hecho, la Resolución expresamente manifiesta que: “la población Andoke representa aproximadamente el 20.8% del total de indígenas de las áreas estudiadas”²¹³.

3.4.5.2. En segundo lugar, vista la Resolución No. 033 de 1988, se desprende que el INCORA le otorgó el carácter de resguardo a una parte de la aludida reserva²¹⁴, y no cobijó a toda el área delimitada en un primer momento, porque algunos de los terrenos hacían parte del denominado predio Putumayo, que también fue constituido como resguardo, pero en beneficio de otras etnias. Para ese momento, el área que se concedió era de 57.900 hectáreas, que estaban amparadas por la reserva forestal prevista en la Ley 2ª de 1959²¹⁵. Sin embargo, el resguardo Andoque fue ampliado mediante el Acuerdo 30 del 15 de diciembre de 2014 a un área de 62.178 hectáreas²¹⁶, preservando las relaciones de vecindad con otro resguardo del que hacen parte varias comunidades.

3.4.5.3. En tercer lugar, en relación con el predio Putumayo, que -como ya se dijo- colinda en varios sectores con el resguardo Andoque, se tiene que en Resolución No. 30 del 6 de abril

de 1988, se constituyó como resguardo en beneficio de varias etnias, entre ellas las comunidades indígenas Witoto, Murui, Muinane, Mora, Pcaina, Carijona, Miraña, Yacuna, Cabiyaquí, Inga, Siona y Letuama²¹⁷. Entre algunos elementos a destacar, en la citada Resolución se menciona que se trata de grupos familiares extensos y dispersos a distancias aproximadas de 10 Km, con asentamientos preferentemente situados en las riveras de tres ríos: el Caquetá, el Putumayo y el Igarapará.

En dicho acto administrativo se hace expresa referencia a que el área constituida como resguardo hace parte del territorio tradicional y se señalan los impactos de la explotación cauchera en la población de esa región. Igualmente, se alude que el predio se halla cobijado como reserva por la Ley 2ª de 1959, con el fin de conservar los recursos naturales, de allí que el resguardo constituido quedó sujeto también a las disposiciones legales sobre protección y manejo de los recursos naturales. Cabe señalar que, en cuanto al manejo de este territorio, en la Resolución No. 057 del 4 de septiembre de 1989, se especificó que el resguardo sería uno solo y propiedad de todas las comunidades allí asentadas²¹⁸.

3.4.6. De lo anterior se desprende la posibilidad de que efectivamente existan otras comunidades indígenas, con relaciones culturales y sociales en el área que se pretende declarar como ZMI, y frente a las cuales, al parecer, se exteriorizan expresiones propias de un territorio étnico. Lo anterior tiene especial relevancia, si se tiene en cuenta que la solicitud de declaratoria incluye cerca del 98% del resguardo, con un área aproximada de más de 62.000 hectáreas, por lo que dicha actuación administrativa podría comprender lugares con especial significación cultural, social y ecológica. En efecto, se menciona que allí existen sitios sagrados vinculados a prácticas de médicos tradicionales y que están sustentados en relatos, cantos y oraciones míticas que establecen conexiones rituales con las divinidades²¹⁹. Tales sitios, según parece, no se ubican en un solo sitio sino que se encuentran dispersos en lo que llaman el territorio ancestral, lo que incluye, como se dijo, el Predio Putumayo²²⁰.

De allí que, respecto de esas comunidades se está en presencia de una amenaza clara en relación con su derecho de participación, que se concreta en la necesidad de agotar el proceso de consulta previa, frente a una actuación administrativa que podría afectarlos al incidir de manera directa en lo que denominan macro territorio y ante lo cual el juez de tutela debe actuar para precaver su posible materialización, más aún cuando de conformidad con lo

señalado en las consideraciones generales de esta providencia, los sitios que en la ZMI quedan excluidos de esta actividad deben ser definidos a más tardar al momento de su declaratoria, por lo que de no contar con la participación de otros posibles pueblos indígenas que tengan un interés territorial en la zona, lo que podría ocurrir es que elementos que definen su identidad queden desprotegidos o se vean afectados por dicha declaratoria.

En este punto, como ya se dijo, no sobra insistir en que el pueblo Andoque fue fuertemente diezmado durante la explotación cauchera en la Amazonia colombiana. Por ello, iniciaron una estrategia demográfica que incluyó el involucramiento de personas de disímiles grupos étnicos vecinos²²¹, lo que plantea posibles relaciones de reciprocidad con otros pobladores, tal como lo sostiene el ICANH.

3.4.7. De esta manera, a juicio de la Sala, en principio, es claro que el derecho a la consulta previa de las comunidades representadas por la OPIAC, se halla amenazado en virtud de la decisión adoptada por la ANM, al considerar que no cabe adelantar, en general, un proceso de consulta previa. En efecto, al tomar dicha decisión respecto de la comunidad Andoque, omite tener en cuenta la posibilidad de que la actuación administrativa dirigida a declarar la ZMI, afecte a otras etnias que, al parecer, tienen relación cultural, ecológica y social con la zona. Incidiendo de esta manera en elementos cruciales que repercuten en la supervivencia de estos pueblos.

Sin embargo, surge una cuestión en torno a la decisión que deberá adoptar este Tribunal, pues tal proceso no puede implicar el detrimento de la autonomía y autogobierno del pueblo Andoque, que ha insistido en su deseo de que parte del resguardo sea declarado ZMI. Dicho análisis debe ser tenido en cuenta por el juez de tutela, en virtud de que el presente conflicto se relaciona con un elemento definitorio de la identidad de estas comunidades, como lo es el territorio, donde la comunidad Andoque ejerce un derecho de gestión territorial que tiene límites en la función social y ecológica de la propiedad, pero que también se encuentra resguardada por el principio de menor intervención posible.

3.4.8. En este orden de ideas, lo primero que la Sala destaca es que, a pesar de la afirmación realizada por la OPIAC y de los documentos que apoyan la posibilidad de que efectivamente existan otras comunidades indígenas, con relaciones culturales y sociales en el área que se pretende declarar como ZMI, la Corte no cuenta con elementos probatorios que le permitan

concluir, de manera irrefutable, que el “macro territorio” es aquel señalado por dicha organización, ni por los demás grupos indígenas que intervinieron en este proceso. Al no poder ratificar con certeza dicha situación, no resulta admisible que, por la vía de la tutela, se dé por terminado el trámite ante el supuesto deber de realizar la consulta previa, máxime cuando ello daría por finalizada la solicitud presentada por el pueblo Andoque, contrariando con ello su voluntad y, por lo mismo, incidiendo en la gestión territorial que desea desplegar en su resguardo.

En atención a lo anterior, la Sala considera que la solución adecuada, que menor impacto tiene sobre ambos bienes constitucionales en conflicto, supone ordenar que la actuación administrativa permanezca suspendida hasta tanto la ANM, en conjunto con la OPIAC y otras entidades, como puede ser el ICANH, determinen si el área que busca ser declarada ZMI hace parte del “macro territorio” mencionado por los miembros de dicha organización. En caso afirmativo, el trámite dirigido a tal declaratoria no podrá continuar su curso, si no se agota respecto de ellas el proceso consulta previa. Por el contrario, en caso negativo y siempre que la comunidad Andoque desee continuar con la medida, el trámite administrativo podrá ser reactivado.

Por tal razón, la Sala sólo dispondrá de un término o plazo en el que se deberán iniciar las gestiones para determinar el impacto que el área tiene, al parecer, frente a otras comunidades indígenas, para lo cual deberán desarrollarse las metodologías correspondientes a la pre consulta, sin que los pueblos representados por la OPIAC, a menos que se concreten las excepcionalísimas circunstancias que convocan al consentimiento previo, libre e informado²²², puedan ejercer un derecho de veto respecto de la constitución de la ZMI.

Por lo demás, cabe aclarar que estas consideraciones no pueden ser interpretadas bajo ninguna circunstancia, como un análisis de legalidad sobre el trámite administrativo que se adelanta en la ANM para declarar la ZMI, en atención a las tensiones puestas de presente por los órganos de control entre la actividad minera, el territorio indígena, los móviles por los cuales fue conformado el resguardo y el historial jurídico de la reserva forestal declarada mediante la Ley 2ª de 1959. Tales asuntos de naturaleza legal, como ya se dijo, deben ser objeto de decisión ante el juez contencioso administrativo, en virtud del principio de subsidiaridad.

Por último, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 282 del Texto Superior, se dispondrá a cargo de la Defensoría del Pueblo la labor de seguimiento de esta sentencia, con miras a asegurar su cumplimiento.

IV. DECISIÓN

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

RESUELVE

Primero.- Por las razones expuestas en esta providencia, CONFIRMAR la sentencia proferida el 20 de septiembre de 2016 por el Juzgado Treinta y Uno Civil del Circuito de Bogotá, en la causa instaurada por la OPIAC contra la Agencia Nacional de Minería y otros, en lo que respecta al amparo cautelar del derecho de participación, en el proceso dirigido a la declaratoria de la ZMI promovido por el pueblo Andoque.

Segundo.- Por lo anterior y con miras a precaver una violación del derecho a la consulta previa de las comunidades indígenas representadas por la OPIAC, se ORDENA a la Agencia Nacional de Minería que, dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la notificación de esta providencia, en conjunto con la OPIAC, inicie un procedimiento que siga los lineamientos de la preconsulta, para establecer si el área que busca ser declarada ZMI hace parte del territorio étnico de los pueblos indígenas que integran esa organización. En caso afirmativo, el trámite dirigido a tal declaratoria no podrá continuar su curso, si no se agota respecto de ellas el proceso consulta previa. Por el contrario, en caso negativo y siempre que la comunidad Andoque desee continuar con la medida, el trámite administrativo podrá ser reactivado.

TERCERO.- Dentro del proceso dirigido a dar cumplimiento a la citada orden, se podrán invitar a otras entidades públicas o privadas, como el ICANH, para que intervengan a través de expertos en este asunto. Por lo demás, el amparo que aquí se otorga, con miras a garantizar la autonomía y autogobierno de la comunidad Andoque, bajo ninguna circunstancia permite que en el escenario de la consulta de frente a los pueblos representados por la OPIAC, se ejerza un derecho de veto respecto de la constitución de la ZMI, a menos que se concreten las hipótesis excepcionales que convocan al consentimiento

previo, libre e informado.

CUARTO.- ORDENAR que, por Secretaría General de la Corte, se remita una copia de esta sentencia a la Defensoría del Pueblo, con el fin de que haga seguimiento al cumplimiento de la misma.

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

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

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

ALEJANDRO LINARES CANTILLO

Magistrado

Con salvamento de voto

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Magistrado

Secretaria General (E)

1 Cuaderno 1, folios 21 y 41. En concreto, la vinculación se ordenó respecto de la Dirección de Asuntos Indígenas, Rom y Minorías del Ministerio del Interior y de Justicia; el Ministerio de Minas y Energía; el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible; la Gobernación del Amazonas; la Corporación Autónoma Regional del Amazonas (CORPOAMAZONIA); y la Organización Nacional Indígena de Colombia (ONIC). Igualmente, mediante Auto del 12 de septiembre de 2016, se dio traslado del asunto a la Procuraduría Delegada para Asuntos Ambientales y Agrarios (Cuaderno 1, folio 28).

2 No existe precisión en el expediente sobre la fecha exacta de presentación de la solicitud.

3 Cuaderno 1, folio 4.

4 Cuaderno 1, folio 13.

5 Cuaderno 1, folios 30 a 35.

6 Por el cual se crea la Agencia Nacional de Minería, ANM, se determina su objetivo y estructura orgánica.

7 Cuaderno 1, folios 54 a 56.

8 Cuaderno 1, folios 58 a 61.

9 Cuaderno 1, folios 66 a 70.

10 Cuaderno 1, folios 84 a 92.

11 Cuaderno 1, folios 50 a 53.

12 Cuaderno 1, folios 93 a 98.

13 Disposición que establece: "Contenido de la decisión. Habiéndose dado oportunidad a los interesados para expresar sus opiniones, y con base en las pruebas e informes disponibles, se tomará la decisión, que será motivada. // La decisión resolverá todas las peticiones que hayan sido oportunamente planteadas dentro de la actuación por el peticionario y por los terceros reconocidos".

14 La parte resolutive de la sentencia en mención es del siguiente tenor literal: "SEGUNDO.- En consecuencia, se ORDENA al (la) PRESIDENTE (A) DE LA AGENCIA NACIONAL DE MINERÍA, que en el término de 48 horas, admita la intervención de los demandantes dentro de la actuación administrativa que allí se cursa, en los términos del artículo 42 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo". "TERCERO.- Se ORDENA al (la) PRESIDENTE (A) DE LA AGENCIA NACIONAL DE MINERIA, que durante todo el proceso administrativo y hasta que se expida el acto administrativo definitivo, que decida la

concesión de la zona minera indígena en el resguardo Andoque de Aduche, esa entidad garantice que serán escuchadas y atendidas todas las solicitudes, opiniones e intervenciones hechas, y las pruebas e informes presentados por cualquier miembro de esa comunidad indígena y/o por cualquier tercero que demuestre interés en el proceso administrativo”. Folio 96 del cuaderno principal.

15 M.P. Jaime Araujo Rentería.

16 Cuaderno 3, folios 47 a 51.

17 Cuaderno 3, folios 52 a 54.

19 Sobre el particular, en el acta de la reunión celebrada en septiembre de 2016 se observa lo siguiente: “Derechos: conforme lo establece el Código de Minas, la Zona Minera permite a la comunidad: 1. Toda propuesta de particulares para explorar y explotar minerales dentro de las zonas mineras Indígenas y/o de comunidades negras será resuelta con la participación de los representantes de las respectivas comunidades y sin perjuicio del derecho de prelación que se consagran (sic) los artículos 124 y 133 del Código de Minas; 2. Ejercicio Derecho de Prolación: Las comunidades negras y/o grupos indígenas tendrán prelación para que la autoridad minera les otorgue concesión sobre los yacimientos y depósitos mineros ubicados en una zona minera. Este contrato podrá comprender uno o varios minerales; 3. La concesión se otorgará a solicitud de la comunidad negra y/o grupo indígena y en favor de ésta y no de las personas que la integran. La forma como éstas participen en los trabajos mineros y en sus productos y rendimientos y las condiciones como puedan ser sustituidas en dichos trabajos dentro de la comunidad, se establecerá por la autoridad que los gobierne. Esta concesión no será transferible en ningún caso; 4. Las comunidades negras y/o grupos indígenas que gocen de una concesión dentro de la zona minera, podrán contratar la totalidad o parte de las obras y trabajos correspondientes, con personas ajenas a ellos; 5. En caso de que personas ajenas a la comunidad obtengan título para explorar y explotar dentro de las zonas mineras delimitadas conforme al artículo 126, deberán vincular preferentemente a dicha comunidad o grupo, a sus trabajos y obras y capacitar a sus miembros para hacer efectiva esa preferencia. Deberes: 1. Ejercer o no el derecho de prelación en caso de notificarse por parte de la ANM de la existencia (sic) una solicitud de título minero al interior de la Zona Minera; 2. Si ejercen el derecho de prelación, cumplir con todos los requisitos

establecidos en el código de minas para solicitar el contrato de concesión minera, para lo cual deberán cumplir todas las obligaciones establecidas por la normatividad vigente para cualquier titular minero (pago de canon, entrega de informes, fiscalización, pago de regalías, entre otros), 3. No ejecutar o desarrollar actividades de exploración o explotación minera sin contar previamente con un título minero otorgado por la ANM y sin contar con las autorizaciones ambientales (licencia y permisos ambientales) y demás requisitos que sean necesarios para iniciar la exploración minera; 4. Participar y acudir a los proceso de consulta previa que deban adelantar los titulares mineros, cuando no se haya ejercido el derecho de prelación por parte de la comunidad y un tercero con título minero decida desarrollar actividades al interior de la zona minera (...)”. Cuaderno 3, folio 54, CD único, archivo PDF, páginas 97 a 101.

20 Cuaderno 3, folio 54, CD único, archivo PDF, páginas 17 a 19.

21 Cuaderno 3, folio 54, CD único, archivo PDF, página 17.

22 Cuaderno 3, folio 54, CD único, archivo PDF, páginas 15 a 19.

23 Ibidem, Literal h).

24 Ibidem, Literal i).

25 Cuaderno 3, folio 54, CD único, archivo PDF, páginas 37 a 41.

26 Ibidem, páginas 37 y 38.

27 Ibídem, página 39.

28 Cuaderno 3, folio 54, CD único, archivo PDF, páginas 61 a 67.

29 Ibídem, página 65.

30 Ibídem, página 66.

31 Cuaderno 3, folio 54, CD único, archivo PDF, páginas 20 a 35.

32 Ibídem, pagina 22.

33 Ibídem, página 24.

34 Ibídem, página 26.

35 Ibídem, página 34.

36 Ibídem, página 40.

37 Cuaderno 3, folio 54, CD único, archivo PDF, páginas 42 a 60.

38 Ibídem, página 43.

39 Cuaderno 3, folio 54, CD único.

40 Ibídem, archivo PDF, páginas 39 y ss.

41 Ibídem, página 71.

42 El estudio abarca dos archivos del CD que se halla en el folio 54 del Cuaderno 3. Puntualmente los PDF de tamaño 18.270 y 27.477.

43 Cuaderno 3, folio 54, CD único, archivo PDF, página 77.

44 Ibídem.

45 Ibídem, página 91.

46 Ibídem, página 95.

47 Ibídem, página 107.

48 Ibídem

50 Ibídem, página 103.

51 Ibídem, página 105.

52 Cuaderno 3, folios 69 a 75.

53 Cuaderno 3, folio 88.

54 Cuaderno 3, folios 89 a 93.

55 Cuaderno 3, folios 95 a 112.

56 Entre los intervinientes se encuentran: la Asociación de Capitanes Indígenas de Yaigoje Apaporis -ACIYA-, la Asociación de Capitanes Indígenas del Mirití Amazonas -ACIMA-, la Asociación de Autoridades Indígenas de La Pradera Amazonas -AIPEA-, la Asociación de Capitanes Indígenas de Taraira Vaupés -ACITAVA-, la Asociación de Capitanes y Autoridades Indígenas del Pirá -ACAIPÍ-, la Asociación de Autoridades Indígenas Zona Arica -AIZA-, y la Asociación Cabildo Mayor de Tarapacá -CIMITAR-.

57 Cuaderno 3, folio 98.

58 Cuaderno 3, folio 98.

59 Cuaderno 3, folio 97.

60 Cuaderno 3, folios 115 a 118.

61 *Ibíd.*, folio 115.

62 *Ibíd.*, folio 117.

63 Cuaderno 3, folios 3 a 19.

64 “Los gobiernos deberán velar por que, siempre que haya lugar, se efectúen estudios, en cooperación con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual y cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas puedan tener sobre esos pueblos. Los resultados de estos estudios deberán ser considerados como criterios fundamentales para la ejecución de las actividades mencionadas.” Esta norma se relaciona con el artículo 7.1 del mismo instrumento internacional, en el que se establece que: “Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural.

Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente.”

65 El artículo 3º del Decreto 2591 de 1991 dispone: “Principios. El trámite de la acción de tutela se desarrollará con arreglo a los principios de publicidad, prevalencia del derecho sustancial, economía, celeridad y eficacia”.

66 La Defensoría también mencionó riesgos por la ausencia de desarrollo legal y jurisprudencial del derecho de prelación y la posible trasgresión del derecho al territorio por la incompatibilidad entre la destinación a la minería y la sustentabilidad y mantenimiento de los recursos naturales tradicionalmente utilizados por estos pueblos que, entre sus costumbres, no habían desarrollado actividades mineras.

67 Al respecto, entre otras, puede consultarse la Sentencia T-706 de 2014, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

68 Sobre el particular, el inciso primero del artículo 2 del Decreto 2591 de 1991 establece que “la acción de tutela garantiza los derechos constitucionales fundamentales (...)”.

69 Artículo 1º C.P.

70 El artículo 5 de la Constitución establece: “El Estado reconoce, sin discriminación alguna, la primacía de los derechos inalienables de la persona y ampara a la familia como institución básica de la sociedad”.

71 M.P. Nilson Pinilla Pinilla. En esa ocasión, el juez constitucional se pronunció frente a un conflicto que se suscitó por la intervención de un alcalde municipal en la posesión de un gobernante indígena que se hallaba inhabilitado por la comunidad, con ocasión de un indebido manejo de tierras del resguardo.

72 La Sala utiliza en este punto de la providencia los términos planteados por el Defensor del Pueblo, quien aludió a un problema jurídico en torno al retracto de la comunidad frente al trámite de la declaratoria de la ZMI.

73 El artículo 7 de la Constitución establece que “el Estado reconoce y protege la diversidad

étnica y cultural de la Nación Colombiana”. A su vez, el artículo 8 dispone que: “Es obligación del Estado y de las personas proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación”.

74 Derechos como la consulta previa, el territorio y la autonomía indígena serán desarrollados en los acápite subsiguientes de la presente providencia. Por ello, cualquier duda conceptual que surja en este punto, puede ser resuelta en las consideraciones plasmadas a continuación.

75 Cuaderno 1, folios 1 y 2.

76 Cuaderno 1, folio 3.

77 Cuaderno 3, folio 97.

78 Cuaderno 1, folios 6 a 10.

79 Cuaderno 1, folio 4.

80 Cuaderno 1, folio 38.

81 Cuaderno 3, folios 52 a 54.

82 Este documento fue allegado por los representantes de la organización demandante.

83 Cuaderno 3, folios 69 a 75.

84 Cuaderno 3, folios 95 a 112.

85 Cuaderno 3, folios 47 a 51.

86 Como se señalará más adelante, los derechos a la participación y autogobierno de las comunidades étnicas tienen una de sus manifestaciones a través del ejercicio de la consulta previa.

87 Cuaderno 3, folios 89 a 93.

88 Como se mostrará más adelante, algunas de las comunidades fueron mencionadas en el Auto 004 de 2009, donde se dijo que se hallaban en peligro de extinción física y cultural.

89 De conformidad con el inciso primero del artículo en cita, “[l]a acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquier persona vulnerada o amenazada en sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos”.

90 Cuaderno 1, folios 121 a 123.

91 Al respecto, pueden consultarse, entre muchas otras, las sentencias T-766 de 2015, T-659 de 2013 y T-979 de 2006.

92 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo. En esta providencia, se discutía la afectación del derecho a la consulta previa de varios consejos comunitarios, en virtud del ejercicio de la competencia de la Autoridad Minera para determinar áreas especiales de interés nacional para la exploración y explotación de minerales, sin que contara con la participación de dichos grupos étnicos. Uno de los aspectos que se mencionó, supuso que al momento de realizar la determinación de las zonas, se desconoció el potencial biológico y los usos actuales de los bienes ambientales, lo que conllevaba una amenaza a sus formas de vida.

93 Énfasis por fuera del texto original.

94 Cuaderno 3, folio 54, archivo PDF, página 71.

95 “Por el cual se crea la Mesa Regional Amazónica para los Pueblos Indígenas de la Amazonia Colombiana y se dictan otras disposiciones”.

96 Artículo 6, Decreto 3012 de 2015.

97 Artículo 1, Decreto 3012 de 2015.

98 Artículo 3, numeral 2, literal g) y numeral 4.

99 Artículo 3, numeral 2, literal b).

100 Artículo 3, numeral 1.

101 Cuaderno 3, folio 54, CD único, archivo PDF, página 105.

102 Cuaderno 3, folio 97.

104 Artículo 1.

105 En concreto, se trata del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, el Ministerio de Minas y Energía, CORPOAMAZONIA y la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior.

106 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

107 “Por la cual se dictan normas sobre economía forestal de la Nación y conservación de recursos naturales renovables.”

108 El inciso segundo del artículo 70 de la Constitución establece que: “La cultura en sus diversas manifestaciones es fundamento de la nacionalidad. El Estado reconoce la igualdad y dignidad de todas las que conviven en el país. El Estado promoverá la investigación, la ciencia, el desarrollo y la difusión de los valores culturales de la Nación”. Esta disposición concuerda con lo previsto en el artículo 7 de la CP, en el que se señala lo siguiente: “El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana”.

109 El artículo 1º de la Constitución establece que: “Colombia es un Estado social de derecho organizado en forma de República unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que la integran y en la prevalencia del interés general”.

110 Incorporado a la legislación nacional mediante la Ley 21 de 1991, “Por medio de la cual se aprueba el Convenio número 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, adoptado por la 76ª. Reunión de la Conferencia General de la O.I.T, Ginebra 1989”.

111 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

112 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

113 Aspectos de la consulta previa en otros ámbitos, como es el trámite legislativo, pueden

consultarse, por ejemplo, en la Sentencia T-110 de 2016, M.P. Luis Guillermo Guerrero.

114 Artículo 7º C.P.

115 Artículo 8º C.P.

116 M.P. Jaime Araujo Rentería.

117 Este principio será desarrollado en los acápites subsiguientes de esta providencia.

118 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

119 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

120 M.P. Álvaro Tafur Galvis.

121 M.P. Antonio Barrera Carbonell.

122 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

123 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

124 M.P. María Victoria Calle Correa.

125 El inciso 1º de la norma en cita establece que: “Toda persona tienen derecho a gozar de un ambiente sano. La ley garantizará la participación de la comunidad en las decisiones que puedan afectarlo”.

126 El numeral 12 del artículo mencionado dispone que “El manejo ambiental del país, conforme a la Constitución Nacional, será descentralizado, democrático y participativo”.

127 M.P. Rodrigo Escobar Gil.

128 Al respecto, entre otras, pueden consultarse las Sentencias C-395 de 2012 y T-110 de 2016.

129 M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

130 Al respecto, pueden consultarse, entre otras, las sentencias C-063 de 2010, C-175 de 2009 y C-030 de 2008.

131 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

132 M.P. Antonio Barrera Carbonell.

133 Sobre la materia, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas señala: “Artículo 10. Los pueblos indígenas no serán desplazados por la fuerza de sus tierras o territorios. No se procederá a ningún traslado sin el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas interesados, ni sin un acuerdo previo sobre una indemnización justa y equitativa y, siempre que sea posible, la opción del regreso.” “Artículo 29. (...) 2. Los Estados adoptarán medidas eficaces para asegurar que no se almacenen ni eliminen materiales peligrosos en las tierras o territorios de los pueblos indígenas sin su consentimiento libre, previo e informado.”

134 En la Guía para la Aplicación del Convenio 169 se afirma que: “ningún segmento de la población nacional de cualquier país tiene derecho a vetar las políticas de desarrollo que afecte a todo el país. Durante las discusiones encaminadas a la adopción del Convenio, algunos representantes indígenas afirmaban que esto permitiría a los gobiernos hacer lo que quisieran. La Conferencia no entendió de esta manera el contenido de este artículo del Convenio. // El artículo 7 exige a los gobiernos realizar verdaderas consultas en las que los pueblos indígenas y tribales tengan el derecho de expresar su punto de vista y de influenciar el proceso de toma de decisiones. Lo anterior significa que los gobiernos tienen la obligación de crear las condiciones que permitan a estos pueblos contribuir activa y eficazmente en el proceso de desarrollo. En algunos casos, esto puede traducirse en acciones dirigidas a ayudar a los referidos pueblos a adquirir el conocimiento y las capacidades necesarias para comprender y decidir sobre las opciones de desarrollo existentes”. Subrayado y sombreado por fuera del texto original. Adicional a lo expuesto, la Corte de manera reiterada ha señalado que, cuando no sea posible llegar a un acuerdo o concertación con las comunidades indígenas, o éstas por algún motivo se nieguen a participar en los procesos de consulta previa, las autoridades preservan la competencia para tomar una determinación final sobre la imposición de una medida. Al respecto, en la Sentencia C-175 de 2009, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, se expuso que: “cuando luego de agotado un procedimiento previamente

definido, con pretensión de incidencia en la medida a adoptar y llevado a cabo bajo los postulados de la buena fe, las comunidades tradicionales no prestan su consentimiento, no por ello el Estado se ve inhabilitado para proferir la medida legislativa.” Esta misma doctrina se reiteró en la Sentencia C-068 de 2013, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez, al sostener que: “la Corte considera que las entidades gubernamentales encargadas de la organización de los distintos escenarios de discusión del proyecto de ley de regalías (Ley 1530 de 2012), cumplieron con su obligación constitucional de someter a consideración de las comunidades indígenas dicho proyecto de ley, acorde con el principio de la buena fe y de manera libre e informada, con el propósito de que éstas pudieran intervenir activamente en la redacción final de su articulado, al tiempo que se observa la renuencia a participar y la decisión autónoma por parte de los pueblos indígenas de apartarse del proceso de consulta, con fundamento en varias razones que –más allá de la especial protección que demandan del Estado– exteriorizan su derecho a decidir sobre sus prioridades y estrategias de desarrollo. // Por consiguiente, en criterio de la Corte, está acreditado que el Gobierno Nacional facilitó y procuró los espacios para lograr la consulta previa del proyecto de ley de regalías, conforme a los principios fundamentales de participación y protección de la diversidad étnica y cultural de la Nación. Con todo, como ya se dijo, el derecho a la consulta previa no es un derecho absoluto, por lo que de ninguna manera puede entenderse que la existencia de un consenso sobre el proyecto sea un requisito sine qua non para radicar una iniciativa, pues, como ocurre en el asunto bajo examen, en aquellos casos en que se frustra la realización del acuerdo, las autoridades competentes preservan sus potestades legislativas, entre ellas la potestad de radicar un proyecto de ley, en respuesta al carácter prevalente del interés general, cuando de por medio se encuentra la ejecución de un mandato específico previsto en la Constitución, el logro de objetivos superiores o la salvaguarda del principio democrático.”

135 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

136 Ibídem.

137 M.P. Luís Ernesto Vargas Silva.

139 M.P. Antonio Barrera Carbonell.

140 La Corte manifestó lo siguiente: “Para la Corte resulta claro que en la reunión de enero 10 y 11 de 1995, no se estructuró o configuró la consulta requerida para autorizar la

mencionada licencia ambiental. Dicha consulta debe ser previa a la expedición de ésta y, por consiguiente, actuaciones posteriores a su otorgamiento, destinadas a suplir la carencia de la misma, carecen de valor y significación. // Tampoco pueden considerarse o asimilarse a la consulta exigida en estos casos, las numerosas reuniones que según el apoderado de la sociedad Occidental de Colombia Inc. se han realizado con diferentes miembros de la comunidad U'wa, pues aquélla indudablemente compete hacerla exclusivamente a las autoridades del Estado, que tengan suficiente poder de representación y de decisión, por los intereses superiores envueltos en aquélla, los de la comunidad indígena y los del país relativos a la necesidad de explotar o no los recursos naturales, según lo demande la política ambiental relativa al desarrollo sostenible.”

141 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

142 Sentencia C-461 de 2008, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

143 Sentencia C-175 de 2009, M.P. Luís Ernesto Vargas Silva.

144 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio,

145 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

146 M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

147 Sentencia T-659 de 2013, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

148 M.P. Jaime Araujo Rentería.

149 Dicho artículo establece: “Los bienes de uso público, los parques naturales, las tierras comunales de grupos étnicos, las tierras de resguardo, el patrimonio arqueológico de la Nación y los demás bienes que determine la ley, son inalienables, imprescriptibles e inembargables”.

150 Sobre el particular, la sentencia en cita citó varias providencias, entre ellas, la SU-039 de 1997, la T-376 de 2012, la T-514 de 2009 y la T-652 de 1998.

151 Sentencia C-891 de 2002. Según la providencia, “(...) 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”.

152 M.P. Jaime Araujo Rentería. Un aspecto a destacar de esta sentencia, para los efectos de este acápite, se halla en el debate en torno a la expresión “con asentamiento permanente” contenida en el literal “d” del artículo 271 de Código de Minas. Para resolver la controversia constitucional, la Corte señaló que debía ser condicionada en el sentido de incluir la perspectiva sociológica e histórica del territorio.

153 El texto completo del artículo mencionado es el siguiente: “1. Al aplicar las disposiciones de esta parte del Convenio, los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación. // 2. La utilización del término «tierras» en los artículos 15 y 16 deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera”.

154 El texto completo del artículo 14 del Convenio 169 de la OIT es el siguiente: “1. Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. Además, en los casos apropiados, deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia. A este respecto, deberá prestarse particular atención a la situación de los pueblos nómadas y de los agricultores itinerantes. //2. Los gobiernos deberán tomar las medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión. // 3. Deberán instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados”.

155 El mencionado artículo dispone: “Derecho a la Propiedad Privada: 1. Toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes. La ley puede subordinar tal uso y goce al interés social. // 2. Ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de

indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley. // 3. Tanto la usura como cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre, deben ser prohibidas por la ley.”

156 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

157 En dicha providencia y para sustentar el presupuesto aludido, la Corte Constitucional hizo referencia a las siguientes sentencias de la Corte Interamericana: Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni, supra nota 49, párr. 149. Cfr. también Caso Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala. Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de noviembre de 2004. Serie C No. 116, párr. 85; Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya, supra nota 75, párr. 118, y Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa, supra nota 75, párr. 131.

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

159 El inciso 2º, del artículo 21, del Decreto 2164 de 1995, establece que “Los resguardos son una institución legal y sociopolítica de carácter especial, conformada por una o más comunidades indígenas, que con un título de propiedad colectiva que goza de las garantías de la propiedad privada, poseen su territorio y se rigen por el manejo de éste y su vida interna por la organización autónoma amparada por el fuero indígena y su sistema normativo propio”.

160 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

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

162 De conformidad con el artículo 38 del Decreto 2363 de 2015, a partir de su entrada en vigencia, “(...) todas las referencias normativas hechas al INCORA al INCODER en relación con los temas de ordenamiento social de la propiedad rural deben entenderse referidas a la

Agencia Nacional de Tierras”.

163 Decreto 2164 de 1995, art. 1.

164 El inciso primero del artículo referido establece: “El instituto estudiará las necesidades de tierras, de las comunidades indígenas, para el efecto de dotarlas de las superficies indispensables que faciliten su adecuado asentamiento y desarrollo, y además llevará a cabo el estudio de los títulos que aquellas presenten con el fin de establecer la existencia legal de los resguardos”.

165 M.P. María Victoria Calle Correa.

166 En el mismo sentido, puede consultarse la sentencia T-188 de 1993 (M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz) y T-525 de 1998 (M.P. Jorge Gregorio Hernández Galindo).

167 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. En esta providencia, la Corte abordó un conflicto en el cual un Cabildo despojó a un grupo de indígenas del acceso a unas tierras comunales en virtud de su decisión de retirarse de la organización comunitaria. Al resolver la cuestión, esta Corporación consideró que no hubo trasgresión de los derechos fundamentales invocados, pues se trataba de una medida adoptada en relación con el uso de bienes colectivos. Además, refirió que se trataba de un asunto de carácter interno, dado que era una disputa sobre las tierras del resguardo.

168 Al respecto, entre otras, puede consultarse la Sentencia T-646 de 2014, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez

169 Las siguientes consideraciones fueron también desarrolladas en la Sentencia T-026 de 2015, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

170 Sobre el particular puede consultarse la Sentencia T-110 de 2016, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

171 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

172 Sentencia T-380 de 1993, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

173 Sentencia T-380 de 1993, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; y Sentencia T-001 de 1994,

M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

174 Véase, al respecto, las Sentencias T-380 de 1993, C-058 de 1994, T-349 de 1996, T-496 de 1996 y SU-039 de 1997.

175 Sobre la materia, por ejemplo, el inciso 1 del artículo 330 de la CP dispone que: “(...) los territorios indígenas estarán gobernados por consejos conformados y reglamentados según sus usos y costumbres (...)”.

176 Este punto será abordado más adelante, al momento de hablar de los límites constitucionales al principio diversidad étnica y cultural en su faceta de autogobierno.

178 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

179 Los numerales 2 y 5 del artículo en cita disponen: “2. Diseñar las políticas y los planes y programas de desarrollo económico y social dentro de su territorio, en armonía con el plan nacional de desarrollo. (...). 5. Velar por la preservación de los recursos naturales”.

180 M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

181 CP art. 1.

182 Sobre esta temática pueden consultarse, entre otras, las Sentencias T-001 de 2012, T-812 de 2011 y T-523 de 1997.

183 El desarrollo sostenible parte entonces de la solidaridad intergeneracional para armonizar el uso, aprovechamiento y distribución de los recursos naturales, así como la actividad productiva, con los límites propios de los ecosistemas. De esta manera, supera una perspectiva de conservacionismo puro, pero también se aleja de un desarrollismo que omita los costos de nuestro entorno. De allí que comprenda, entre otros, la capacidad de resiliencia de los ecosistemas y una adecuada organización social que supere formas de consumo y de producción insostenibles, a la vez que se plantee –como elemento esencial– la erradicación de la pobreza. En su conceptualización también involucra instrumentos jurídicos como el principio de precaución o de planeación, así como los estudios de impacto ambiental, como vectores que han de seguirse para que el mejoramiento de la calidad de vida de las generaciones actuales, no arriesgue el goce efectivo a un ambiente sano de nuestros

descendientes. Sobre este concepto, el principio 3 de la declaración de Río dispone que: “el derecho al desarrollo debe ejercerse en forma tal que responda equitativamente a las necesidades de desarrollo y ambientales de las generaciones presentes y futuras”. Por su parte, el principio 8 establece que: “Para alcanzar el desarrollo sostenible y una mejor calidad de vida para todas las personas, los Estados deberían reducir y eliminar las modalidades de producción y consumo insostenibles y fomentar políticas demográficas apropiadas”.

184 Como se explicó con antelación, el artículo 38 del Decreto 2363 de 2015 dispuso que toda referencia en materia de ordenamiento realizada al INCORA debía entenderse dirigida a la Agencia Nacional de Tierras.

185 El párrafo mencionado establece: “PARÁGRAFO 3o. Los programas de ampliación, reestructuración o saneamiento de los resguardos indígenas, estarán dirigidos a facilitar el cumplimiento de la función social y ecológica de la propiedad por parte de las comunidades, conforme a sus usos o costumbres, a la preservación del grupo étnico y al mejoramiento de la calidad de vida de sus integrantes. El INCORA verificará y certificará el cumplimiento de la función social de la propiedad en los resguardos y el Ministerio del Medio Ambiente lo relacionado con la función ecológica que le es inherente, de conformidad con lo previsto en el artículo 58 de la Constitución Política, la Ley 99 de 1993 y demás disposiciones concordantes, en concertación con los cabildos o autoridades tradicionales de las comunidades indígenas”.

186 Capítulo que regula los Resguardos Indígenas.

187 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

188 Para los efectos de esta sentencia, la Sala sólo hará referencia a las disposiciones que se relacionan con las zonas de minería indígenas y no de otras comunidades étnicas.

189 La norma en cita establece que: “La autoridad minera señalará y delimitará, con base en estudios técnicos y sociales, dentro de los territorios indígenas, zonas mineras indígenas en las cuales la exploración y explotación del suelo y subsuelo mineros deberán ajustarse a las disposiciones especiales del presente Capítulo sobre protección y participación de las comunidades y grupos indígenas asentados en dichos territorios. // Toda propuesta de particulares para explorar y explotar minerales dentro de las zonas mineras indígenas será

resuelta con la participación de los representantes de las respectivas comunidades indígenas y sin perjuicio del derecho de prelación que se consagra en el artículo 124 de este Código.”

190 Sentencia C-418 de 2002. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

191 M.P. Álvaro Tafur Galvis.

192 M.P. María Victoria Calle Correa.

193 La Norma en cita dispone que: “ARTÍCULO 14. TÍTULO MINERO. A partir de la vigencia de este Código, únicamente se podrá constituir, declarar y probar el derecho a explorar y explotar minas de propiedad estatal, mediante el contrato de concesión minera, debidamente otorgado e inscrito en el Registro Minero Nacional. // Lo dispuesto en el presente artículo deja a salvo los derechos provenientes de las licencias de exploración, permisos o licencias de explotación, contratos de explotación y contratos celebrados sobre áreas de aporte, vigentes al entrar a regir este Código. Igualmente quedan a salvo las situaciones jurídicas individuales, subjetivas y concretas provenientes de títulos de propiedad privada de minas perfeccionadas antes de la vigencia del presente estatuto.”

194 M.P. María Victoria Calle Correa.

195 Esta norma establece que “La concesión se otorgará a solicitud de la comunidad o grupo indígena y en favor de ésta y no de las personas que la integran. [Igualmente] [e]sta concesión no será transferible en ningún caso”.

196 Sentencia C-891 de 2002, M.P. Jaime Araujo Rentería.

197 M.P. Jaime Araujo Rentería.

198 Código de Minas, art. 126.

199 M.P. Jaime Araujo Rentería.

200 El numeral 1 del artículo 14 del Convenio en cita dispone: “Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. Además, en los casos apropiados, deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén

exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia. A este respecto, deberá prestarse particular atención a la situación de los pueblos nómadas y de los agricultores itinerantes”. La noción misma de territorio indígena que se consagra en el Código de Minas admite la posible existencia de un interés plural, pues no obliga a que tales zonas sean de una comunidad indígena de forma exclusiva. Precisamente, el artículo 123 del estatuto en cita dispone que: “[p]ara los efectos previstos en el artículo anterior, se entienden por territorios indígenas las áreas poseídas en forma regular y permanente por una comunidad, parcialidad o grupo indígena de conformidad con lo dispuesto en la Ley 21 de 1991 y demás leyes que la modifiquen, amplíen o sustituyan”.

201 M.P. María Victoria Calle Correa.

202 Cuaderno 1, folio 38.

203 Cuaderno 3, folio 54, CD único, archivo PDF, páginas 77 y 91.

204 Cuaderno 3, folios 115 a 118.

205 Cuaderno 3, folio 54, CD único, archivo PDF, páginas 37 a 41.

206 Cuaderno 3, folio 54, CD único, archivo PDF, páginas 61 a 67.

207 Cuaderno 3, folios 89 a 93.

208 Cuaderno 3, folios 69 a 75.

209 Cuaderno 3, folio 98.

210 Cuaderno 3, folio 98.

211 Cuaderno 3, folios 89 a 93.

212 Cuaderno 3, folio 54, CD único, archivo PDF, páginas 15 a 19.

214 Cuaderno 3, folio 54, CD único, archivo PDF, páginas 37 a 41.

215 Cuaderno 3, folio 54, CD único, archivo PDF, páginas 37 a 41.

216 Cuaderno 3, folio 54, CD único, archivo PDF, páginas 61 a 67.

217 Cuaderno 3, folio 54, CD único, archivo PDF, páginas 20 a 35.

218 Cuaderno 3, folio 54, CD único, archivo PDF, páginas 42 a 60.

219 Cuaderno 3, folio 54, CD único, archivo PDF, página 107.

220 *Ibídem*, página 109 y 111.

221 Cuaderno 3, folio 54, CD único, archivo PDF, páginas 77 y 91.

222 A respecto, se recuerda que esta Corporación ha expresado que mientras la consulta previa a las comunidades indígenas es el estándar general, el consentimiento previo, libre e informado es un estándar excepcional que procede en los eventos descritos por la jurisprudencia constitucional y al derecho internacional, asociados al traslado o reubicación de una comunidad, por amenaza de extinción física o cultural o uso de materiales peligrosos en sus tierras y territorios. Sobre el tema, se pueden consultar las Sentencias T-376 de 2012, C-068 de 2013, C-371 de 2014, T-766 de 2015 y T-197 de 2016.