

T-661-15

Sentencia T-661/15

PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD E INMEDIATEZ EN LA ACCION DE TUTELA-Requisitos de procedibilidad

TEMERIDAD-Configuración

DERECHOS FUNDAMENTALES Y ESPECIAL PROTECCION DE LOS PUEBLOS INDIGENAS-Reiteración de jurisprudencia

Los pueblos indígenas son titulares de derechos fundamentales y sujetos de especial protección constitucional. Entre los derechos fundamentales de los pueblos indígenas se encuentran el derecho al territorio colectivo, o a la propiedad colectiva sobre sus territorios, y el derecho a la consulta previa, sobre los que se hablará en los siguientes acápite.

DERECHO AL TERRITORIO COLECTIVO DE COMUNIDAD INDIGENA-Fundamental

La especial relación de los indígenas con su territorio, y la pertenencia mutua de los pueblos a sus tierras y de estas a esos pueblos, es el fundamento esencial del derecho al territorio colectivo, previo a cualquier reconocimiento estatal. Es esa la razón por la cual ha explicado la Corte Constitucional, en armonía con la Corte IDH, que la posesión ancestral del territorio, antes que los títulos que conceden los estados, constituye el fundamento del derecho; que la tardanza en la titulación comporta una violación al derecho (preexistente a esos procedimientos) y que, por otra parte, estas reglas deben aplicarse con especial precaución frente a comunidades que han sido víctimas de despojo y desplazamiento. Es decir, cuya posesión ancestral se ha visto suspendida por motivos ajenos a su voluntad.

DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA DE COMUNIDADES INDIGENAS Y GRUPOS ETNICOS-Protección constitucional

La Corporación ha sostenido, en jurisprudencia constante y uniforme, que la consulta previa posee el carácter de derecho fundamental.

CONSULTA PREVIA-Alcance y subreglas

El objetivo de la consulta es alcanzar el consentimiento previo, libre e informado de las comunidades indígenas sobre medidas que las afecten; el principio de buena fe debe guiar la actuación de las partes, condición imprescindible para su entendimiento y confianza y, por lo tanto para la eficacia de la consulta; por medio de las consultas se debe asegurar una participación activa y efectiva de los pueblos interesados. Que la participación sea activa significa que no equivale a la simple notificación a los pueblos interesados o a la celebración de reuniones informativas, y que sea efectiva, indica que su punto de vista debe tener incidencia en la decisión que adopten las autoridades concernidas; la consulta constituye un proceso de diálogo entre iguales; no constituye, por lo tanto, un derecho de veto de las comunidades destinatarias del Convenio 169 de la OIT. Finalmente, la consulta debe ser flexible, de manera que se adapte a las necesidades de cada asunto, y a la diversidad de los pueblos indígenas y las comunidades afrodescendientes. La consulta debe ser previa a la medida objeto de examen, pues de otra forma no tendrá incidencia en la planeación e implementación de la medida; es obligatorio que los estados definan junto con las comunidades el modo de realizarla; debe adelantarse con los representantes legítimos del pueblo o comunidad concernida; y, en caso de no llegar a un acuerdo en el proceso consultivo, las decisiones estatales deben estar desprovistas de arbitrariedad, aspecto que debe evaluarse a la luz de los principios de razonabilidad y proporcionalidad; cuando resulte pertinente en virtud de la naturaleza de la medida, es obligatorio realizar estudios sobre su impacto ambiental y social.

CONSULTA PREVIA-Ambito material de procedencia

AFECTACION DIRECTA DE COMUNIDADES ETNICAS O TRIBALES-Sentido y alcance del concepto de afectación directa y su relación con el área de influencia directa

La afectación directa hace alusión a la intervención que una medida (política, plan o proyecto) determinada presenta sobre cualquiera de los derechos de los pueblos indígenas.

PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD-Participación, consulta previa y consentimiento expreso, libre e informado de pueblos indígenas

Una adecuada comprensión de las reglas sobre el consentimiento previo, libre e informado, requiere algunas consideraciones adicionales, basadas en el principio de proporcionalidad.

La consulta es entonces un balance adecuado para ese potencial conflicto en la mayoría de los casos. El consentimiento expreso, libre e informado, sin embargo, es un balance constitucionalmente diverso, en el cual los derechos de los pueblos indígenas obtienen una garantía reforzada, debido a que la medida bajo discusión puede afectar más intensamente sus derechos.

La autonomía de los pueblos indígenas es un principio esencial para el ejercicio de sus derechos fundamentales y la realización del Estado multicultural y pluralista. La autonomía de los pueblos indígenas se encuentra especialmente desarrollada en los artículos 246, 329 y 330 de la Constitución Política, en los que se prevé su facultad para regirse por normas, procedimientos y autoridades propias; y la de definir sus prioridades en materia política, cultural, religiosa y económica.

CONFLICTOS CONSTITUCIONALES QUE INVOLUCRAN LA AUTONOMIA JURISDICCIONAL INDIGENA-Criterios generales de interpretación

CONFLICTOS NORMATIVOS O COLISIONES DE PRINCIPIOS EN LA APLICACION DE LA AUTONOMIA JURISDICCIONAL INDIGENA-Jurisprudencia constitucional

CONFLICTOS DE COMPETENCIA ENTRE AUTORIDADES DEL SISTEMA JURIDICO NACIONAL Y LA JURISDICCION INDIGENA-Subreglas jurisprudenciales

JURISDICCION ESPECIAL INDIGENA Y SISTEMA JURIDICO NACIONAL-Criterios desarrollados en la jurisprudencia para resolver los conflictos de competencia

JURISDICCION INDIGENA-Configuración del factor personal y territorial

JURISDICCION INDIGENA-Factor institucional

El elemento institucional hace referencia al hecho de que la jurisdicción especial indígena se define, también, en función a un conjunto de autoridades tradicionales, sistemas de derecho propio, y procedimientos conocidos y aceptados por la comunidad. Es decir, en torno a una institucionalidad.

ELEMENTO OBJETIVO Y APLICACION DEL FUERO INDIGENA

Hace referencia a la naturaleza del sujeto o del bien jurídico afectado por una conducta punible, de manera que pueda determinarse si el interés del proceso es de la comunidad indígena o de la cultura mayoritaria. Más allá de las dificultades que puedan surgir en cada caso para evaluar el elemento objetivo, es evidente que existen alternativas: (i) el bien jurídico afectado o su titular pertenecen a una comunidad indígena; (ii) el bien jurídico lesionado o su titular pertenecen exclusivamente a la cultura mayoritaria; (iii) independientemente de la identidad étnica del titular, el bien jurídico afectado concierne tanto a la comunidad a la que pertenece el actor o sujeto activo de la conducta, como a la cultura mayoritaria.

COMUNIDADES INDIGENAS COMO SUJETOS DE ESPECIAL PROTECCION CONSTITUCIONAL Y TITULARES DE DERECHOS FUNDAMENTALES-Se previene a autoridades locales para que se abstengan de adelantar diligencias que puedan afectar el curso de un conflicto o situación problemática que involucre distintos clanes del pueblo wayúu

DERECHO AL TERRITORIO COLECTIVO DE COMUNIDAD INDIGENA-Vulneración del pueblo wayúu por la entrega individual de parcelas de terreno sin un trámite previo

DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA-Se advierte al Ministerio que deberá adoptar las medidas necesarias para que no se inicie ningún proyecto portuario, turístico e industrial en la zona, sin el desarrollo de un trámite de consulta previa con comunidades wayúu

AUTONOMIA JURISDICCIONAL INDIGENA-Orden al Ministerio del Interior disponer los trámites necesarios para traducir en coordinación con expertos en el derecho wayúu, la presente decisión a la lengua wayuunaiki

Referencia: Expediente T-4259238

Acción de tutela presentada por Jacinto Epinayú, Luis Geronel Quintana y otros, identificados como indígenas del pueblo wayúu, contra el Incoder, con vinculación de Agromar SAS

Magistrada ponente:

MARÍA VICTORIA CALLE CORREA

Bogotá, D.C., veintitrés (23) de octubre de dos mil quince (2015)

La Sala Primera de Revisión de esta Corporación, en ejercicio de sus atribuciones constitucionales, y previo el cumplimiento de los requisitos y trámites legales y reglamentarios, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En el proceso de revisión de las decisiones judiciales adoptadas por el Juzgado Penal del Circuito Especializado de Riohacha, La Guajira, el treinta y uno (31) de octubre de dos mil trece (2013), en primera instancia, y el Tribunal Superior del Distrito Judicial de La Guajira, Sala de Decisión Penal, el diecinueve (19) de diciembre de dos mil trece (2013)[1].

I. ANTECEDENTES.

Los señores Jacinto Epinayu, Luis Geronel Quintana, y otros, presentaron acción de tutela contra el Instituto de Desarrollo Rural (Incoder), Seccional Riohacha, porque consideran que esa autoridad pública desconoció el derecho fundamental al territorio colectivo del clan epiayú (etnia wayúu).

A continuación se presenta una síntesis de los hechos, los argumentos jurídicos de la demanda, la respuesta de la parte accionada y las sentencias constitucionales de instancia.

1. La demanda[2]

1.1. El territorio 'El Ahumado' o 'El Ahumao'[3] está conformado por un globo de terreno o espacio geográfico donde el clan epiayú, perteneciente al pueblo indígena wayúu, constituyó su ámbito tradicional y desarrolló sus actividades sociales, económicas y culturales.

En ese lugar, sus ancestros establecieron su asentamiento y han ejercido dominio, con el propósito de conservar un modo de vida y lograr su supervivencia como grupo cultural diferenciado, por más de doscientos años y a través de tres o más generaciones, desde el tronco matrilineal que proviene de los tatarabuelos de los afectados, "la matrona Olimpia Epinayú y Luciano Rojas Epinayú, Amalia Rojas Aguilar Epinayú, Maruja Rojas Epinayú, Berta

Epinayú, Demetrio Epinayú, Lorenzo Epinayú, Aníbal Epinayú y Griselda Epinayú”, miembros del clan epinayú actualmente fallecidos.

El territorio de El Ahumao pertenece ancestralmente al clan epinayú. El derecho de este clan sobre sus tierras es irrenunciable y perpetuo.

1.2. De esa línea familiar nacieron los hijos y herederos de Jacinto Epinayú, sobrino materno de Aníbal Epinayú, representante de los intereses de la generación matrilineal posterior, y Luis Jeronel Quintana Rojas, hijo de Amalia Rojas Epinayú, representante de quienes “de ella derivan”.

1.3. El clan epinayú permitió el asentamiento de algunos parientes en el terreno, miembros de los clanes epinayú y pushaina, hijos de Aníbal Epinayú, su tío materno. Dentro de la tradición, la ley y la costumbre wayúu, Aníbal Epinayú es familia legítima de los peticionarios, por ser su tío materno. Pero no de los miembros de los clanes epinayú y pushaina previamente mencionados, quienes, a pesar de ser sus hijos, se deben a su propio tronco matrilineal.

1.4. Los parientes asentados en El Ahumao bajo su consentimiento, abusando de la confianza recibida por parte de sus ancestros maternos, y contrariando sus propias costumbres, decidieron certificar como derecho el asentamiento consentido y, auspiciados por terceros alijunas y especialmente por el señor Wilmer Zubiría Viecco, solicitaron la adjudicación de ese territorio, con el pretexto de adelantar proyectos de producción y explotación de bienes agrícolas, pecuarios y acuícolas.

1.5. El Incoder, mediante los actos administrativos 001210, 001230, 001231, 001233 y 001238 de 2002, todos de 2002, contrariando el marco de leyes agrarias que prohíben la legalización individual de esos terrenos (pues solo avalan la colectiva para la constitución de resguardos), y sin motivación alguna, permitió que los predios indígenas se constituyeran en “acciones o partes societarias”, o que pasaran a manos de extraños.

1.6. En ese contexto, los actores solicitaron el amparo transitorio a sus derechos fundamentales a la propiedad colectiva y la inviolabilidad y conservación del territorio tradicional indígena; al reconocimiento de la existencia, integridad étnica, permanencia y supervivencia cultural “sin desmedro a los usos y costumbres” y a la no desintegración

social y cultural forzada, mediante la suspensión provisional de los efectos de las resoluciones 001212, 001230, 001231, 001233 y 001238 de 2002, del Incoder.

1.7. Los hechos recién narrados constituyen una grave violación al derecho fundamental a la propiedad comunal sobre el territorio de los pueblos indígenas, y vulneran el artículo 29 de la Ley 135 de 1961, los artículos 2º y 3º del decreto 2164 de 1991, el artículo 9º (parágrafo) del decreto 2664 de 1994, el artículo 72 de la Ley 160 de 1994, el Convenio 169 de la OIT (artículos 6.1, 14.1, 16.1, 17.1, 18, 19) y el artículo 21 de la Convención americana sobre derechos humanos.

Al adjudicar esos títulos se contrariaron todas las normas citadas, pues no se cumplieron los requisitos que estas exigen, tales como la certificación y concepto del Ministerio del Interior para determinar su adjudicabilidad, siendo ámbito tradicional del pueblo wayúu.

1.8. El territorio adjudicado se constituyó, posteriormente, en parte societaria de una entidad que opera bajo la dirección del señor Wilmer Zubiría Viecco, quien utilizó a los parientes de los accionantes “abusando de su estado de analfabetismo” para, “simuladamente”, convertirlos en socios de la empresa Agromar Ltda., entidad que posteriormente se convirtió en Agomar SAS y cuyos derechos se han ido transfiriendo a manos de inversionistas ajenos al pueblo wayúu.

1.9. Agomar Ltda. pasó entonces a convertirse en un complejo portuario, agropecuario, industrial y turístico, denominado Almirante José Prudencia Padilla, que se muestra como “la panacea del desarrollo de Riohacha”, pasando por alto la oposición indígena y presentando a los peticionarios como invasores, “al punto de ser víctimas de pesquisas y allanamientos ilegales [...] y de acciones policivas de desalojo por parte del gerente de la Empresa, señor Zubiría”.

De igual manera, afirman los accionantes que “el apetito bastardo y descabellado por [su] territorio ancestral [...]” hoy los enfrenta a un proceso reivindicatorio, del cual han sido notificados, y en el cual “el gerente de dicha empresa [los] señala de invasores ilegales”.

1.10. En ese marco, manifiestan que “[...] el derecho al territorio que reclamamos constituye nada más y nada menos que la posibilidad de una permanencia y continuación de una tradición ancestral y cultural de nuestro clan epinayú, el que nos pertenece por

derecho propio y que arbitrariamente, los miembros de los pushaina - epiayú y la Empresa Agromar SAS han venido usurpando; el que se niegan a desistir [...] el que quedó demostrado y aclarado tal como consta en el concepto emitido por la Junta Mayor de Palabrereros, quienes luego de un examen acucioso y de sabio entender de usos y costumbres sobre derechos territoriales del pueblo wayúu, constataron y se pronunciaron [a favor de las pretensiones de los actores]”.

1.12 El concepto citado, afirman, se basa en una exposición amplia sobre los usos y costumbres del pueblo wayúu y sobre la forma de adquirir el dominio, propiedad y sucesión dentro de su cultura; es suficientemente claro y finaliza en un acta de socialización con entidades gubernamentales, como la Secretaría Departamental de Asuntos Indígenas, la Defensoría del Pueblo, la Policía Nacional y un palabrero delegado del Ministerio del Interior, luego de un largo y tedioso proceso de resolución de conflicto inter clanil entre los epiayú y los pushaina - epiayú.

2. Intervención del Incoder

2.2. Añadió que los señores Jacinto Epiayú y Luis Geronel Quintana Rojas (es decir, los accionantes) presentaron solicitud de revocatoria directa de las resoluciones de adjudicación N° 001210, 001231, 001230, 001233, 001238 todas de 2002, del Incora, relativas a los baldíos Patka, Putsimalu 1, Agralia 1, Patka 1 y Putsimalú, ubicados en municipio de Riohacha, Departamento de La Guajira, Jurisdicción de Camarones.

“Al respecto vemos señor juez que además de la solicitud de revocatoria directa que a la fecha se encuentra ventilando ante la Dirección Territorial de la Guajira del Incoder de conformidad con lo dispuesto en los artículos 93 y ss de la Ley 1437 de 2011, Ley 160 de 1994 y en el Decreto Reglamentario 2664 de 1994, los accionantes afirman que han presentado ante la jurisdicción ordinaria sendas demandas de nulidad y restablecimiento del derecho respecto de las resoluciones de adjudicación (...)”.

2.3. Los accionantes pasan por alto que solo el juez natural tiene competencia para suspender los actos administrativos. Como ya acudieron a esa instancia, según consta en el expediente, se concluye que cuentan con mecanismos de defensa alternativos, lo que torna en improcedente la acción. Por otra parte, el Incoder se encuentra adelantando los trámites pertinentes dentro de los procedimientos agrarios, que se rigen por normas especiales,

como la Ley 160 de 1994 y el Decreto reglamentario no. 2664 de 1994.

2.4. Finalmente, señaló el Instituto que en este caso no se demostró la amenaza de un perjuicio irremediable, pues sus actuaciones son acordes con la ley y el debido proceso.

3. Intervención de Agromar SAS

La entidad señaló, a través de su Representante Legal[4], solicitó negar el amparo, con base en los siguientes argumentos:

3.1. El Ahumao no es territorio indígena wayuú, sino una vereda del corregimiento de Camarones.

3.2. El Ahumao es territorio ocupado y habitado por familias criollas (alijunas) del Corregimiento de Camarones, quienes dieron albergue al indígena Aníbal Epinayú, padre de los adjudicatarios de un conjunto de predios dentro de El Ahumao.

3.3. Los accionantes tienen a su disposición medios de defensa judicial alternativos, y no interponen la tutela con el propósito de evitar un perjuicio irremediable.

3.4. La acción tampoco satisface el requisito de inmediatez, dado que las adjudicaciones que se cuestionan se efectuaron en 2002 y la acción de tutela se presentó en 2013.

3.5. No se ha violado ningún derecho a los accionantes pues en la vereda El Ahumao nunca ha existido territorio indígena, ni tierras de resguardo. Sus ocupantes son campesinos, que permitieron la llegada de los adjudicatarios, como lo demuestran las diligencias que, en su momento, realizó el Incora dentro de los trámites propios de la adjudicación, incluidas las inspecciones oculares correspondientes.

3.6. Ninguno de los accionantes vivía en El Ahumao en la época de las adjudicaciones mencionadas. No dieron importancia al trámite de adjudicación, no presentaron oposición al mismo. Por esos momentos, el predio no tenía importancia como polo de desarrollo. “Solo ahora están codiciosos por las connotaciones socioeconómicas y turísticas que traerá la ejecución de un proyecto en este sentido que están reclamando [...] con argumentos falsos e inexistentes ya que solo le interesa perseguir beneficios sin ser dueños, ni personales ni ancestrales (colectivos), ni por presencia de comunidades indígena en el territorio como

insisto lo demostraré”.

4. Sentencia de primera instancia

El Juzgado Penal del Circuito Especializado de Riohacha, mediante auto de 16 de agosto de 2013, declaró la improcedencia de la acción[5].

4.1. El juez de primera instancia señaló que la tutela no cumple el requisito de inmediatez, pues los accionantes esperaron once años desde que se expedieron las resoluciones cuestionadas para iniciar la defensa de sus derechos mediante la vía constitucional. Además, consideró que no pretenden la protección de derechos particulares, sino de una colectividad. En consecuencia, y en virtud de lo dispuesto en el artículo 6º, numerales 1º y 3º del Decreto 2591 de 1991, la tutela es improcedente.

4.2. Por otra parte, estimó el a quo que existen otras acciones aptas para la protección de los derechos supuestamente lesionados, como la revocatoria directa o y las acciones populares y de grupo.

5. Impugnación

El representante legal de los interesados presentó impugnación. Señaló que el juez constitucional de primera instancia confunde los derechos sociales colectivos, cuya protección puede invocarse a través de las acciones populares, con los derechos fundamentales colectivos, cuya titularidad se encuentra en cabeza de los pueblos indígenas y cuya protección puede perseguirse en sede de tutela, siempre que efectivamente sean objeto de amenaza o violación. Señaló, además, que la jurisprudencia citada por el juez de primer grado no guarda relación con el caso objeto de estudio y desconoce la jurisprudencia constitucional en que se establece la titularidad de derechos humanos de las comunidades indígenas.

6. Sentencia de segunda instancia

La Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de la Guajira, en sentencia de 19 de diciembre de 2013[6], declaró la improcedencia de la acción, considerando que esta no procede para el amparo de derechos colectivos, salvo cuando se demuestre la afectación simultánea de derechos individuales, debido a que el ordenamiento

jurídico prevé medios distintos para ese fin, como la acción popular:

“En el caso sometido a estudio por esta Sala, indiscutible resulta que el objeto de la demanda de tutela se refiere a pleitos de terrenos baldíos que presuntamente son de la comunidad indígena wayúu, en donde se involucran derechos e intereses que pertenecen a una comunidad de esa etnia, por lo que aquí se debe descartar de plano [la procedencia de la acción], en tanto no es este el mecanismo para estudiar el fondo de la cuestión”.

Tampoco estimó el juez constitucional de segunda instancia demostrada la amenaza de un perjuicio irremediable, y añadió que pasaron once años entre el momento en que se originó la supuesta violación de derechos y la presentación de la tutela, lo que demuestra el incumplimiento del requisito de inmediatez. Consideró entonces “totalmente irrazonable que los accionantes no hayan acudido en anterior oportunidad a la jurisdicción constitucional, pues la pasividad de los actores no es consistente con la teleología de la tutela; es decir, resulta ilógico y contrario a las reglas de la experiencia que el demandante haya permanecido en total inactividad durante 11 años, pese a que consideraban que la entidad accionada presuntamente le estaban (sic) vulnerando sus derechos”. [7]

7. Presentación del caso y problema jurídico planteado

7.1. Los clanes epinayú, de una parte, y epiayú y pushaina, de otra, ambos pertenecientes al pueblo wayúu, sostienen una disputa sobre la propiedad de un predio al que denominan El Ahumao, en el corregimiento de Camarones, del municipio de Riohacha. Los peticionarios representan al clan epinayú y afirman que tienen un derecho irrenunciable y perpetuo sobre ese territorio, derivado de la posesión ancestral que ese clan ha ejercido por doscientos años y más de tres generaciones sobre el mismo. Añaden que permitieron el asentamiento de parientes de los clanes epiayú y pushaina, debido a que son parientes por línea paterna de uno de los miembros del clan epinayú (Aníbal Epinayú), pero afirman que esos familiares no tienen derecho alguno sobre el predio dentro del sistema jurídico wayúu, donde la herencia se define por vía matrilineal.

7.2. Los miembros de los clanes epiayú y pushaina, residentes en El Ahumao, solicitaron en el año 2002 la adjudicación de un conjunto de predios (Aralia 1, Patka, Patka 1, Putsimalu y Putsimalu 1) al Incora, entidad que resolvió las solicitudes a su favor mediante las resoluciones 001210, 001230, 001231, 001233 y 001238, todas del año 2002. Así, los cinco

predios fueron adjudicados individualmente entre los miembros de estos clanes. Mientras los peticionarios afirman que esas titulaciones violaron los derechos de los pueblos indígenas y las leyes agrarias, los adjudicatarios comenzaron a adelantar negocios con esos terrenos, los cuales poseen un evidente interés comercial, por hallarse en terreno adyacente al mar. En total, las adjudicaciones comprenden algo más de 461 hectáreas (en promedio, 92 hectáreas por predio).

7.3. Los adjudicatarios se asociaron con empresarios privados en la empresa Agromar Ltda. Aportaron, como capital social, los terrenos mencionados, por valores que oscilan entre 10 y 11 millones de pesos. Posteriormente, Agomarmar Ltda. englobó estos bienes en uno solo, al que denominó Aralia 1 (o Arralia 1) y tiempo después modificó su razón social, cambió su domicilio, amplió su objeto y redistribuyó la composición accionaria (En el cuerpo del caso concreto se describirán con mayor profundidad estas actuaciones).

Los peticionarios afirman que a partir de esos negocios, su territorio está en manos de inversionistas ajenos a la comunidad; mientras que Agromar SAS indica que se trata de actos jurídicos válidos y propone que sólo ahora, cuando las tierras en disputa se han valorizado por el desarrollo de un proyecto de alto impacto, los actores, “codiciosos”, pretenden cuestionarlos en sede constitucional.

7.4. Además, la empresa señaló que debe declararse la improcedencia de la acción porque no cumple el requisito de subsidiariedad, dado que existen otras vías para controvertir la legalidad de las adjudicaciones y los peticionarios no pretenden evitar la consumación de un perjuicio irremediable; no satisface el principio de inmediatez, dado que las adjudicaciones se efectuaron en 2002 y la tutela se presentó en 2013; y es una acción temeraria, pues previamente habían acudido a otros mecanismos judiciales de defensa.

7.5. El conflicto ha dado lugar a un amplio conjunto de acciones administrativas, judiciales y de composición interna del conflicto dentro del sistema jurídico wayúu. Los actores iniciaron una solicitud de revocatoria directa ante el Incoder, activaron el medio de nulidad y restablecimiento del derecho ante la jurisdicción contencioso administrativa, e intentaron dos acciones de tutela; una, para evitar la realización de una diligencia de desalojo. Otra, la que actualmente revisa la Sala Primera.

7.6. Por su parte, Agromar SAS y los indígenas adjudicatarios, de los clanes epiayú y

pushaina, iniciaron una acción reivindicatoria y un proceso policivo contra los demandantes.

El resultado de estas actuaciones puede resumirse así: (i) la solicitud de revocatoria directa se encuentra en trámite; (ii) la acción de nulidad fue rechazada por caducidad; (iii) el trámite policivo terminó con una orden de desalojo contra los accionantes; (iv) los procesos internos de arreglo, mediante el sistema normativo propio, han llevado a intentos infructuosos de conciliación entre las partes indígenas; y (v) la acción reivindicatoria fue negada en primera instancia, mientras que la apelación se encuentra aún en trámite.

7.7. Para terminar, los jueces de instancia declararon la improcedencia de la acción, considerando que el asunto no presenta un conflicto de derechos fundamentales, sino de derechos colectivos, que puede ser objeto de análisis mediante la acción popular y que no se cumplió el requisito de inmediatez.

7.8. Así las cosas, es evidente que la Sala enfrenta un complejo conflicto sobre la propiedad o posesión de unas tierras ubicadas en el Departamento de la Guajira, donde reside el pueblo wayúu y en torno a las cuales tres clanes disputan su titularidad. La presencia de personas no indígenas en el conflicto y la realización de un conjunto de negocios en el marco del derecho mayoritario agudizan la controversia y, hasta el momento, no ha sido posible un arreglo satisfactorio para los clanes involucrados en la disputa. La mayor parte de los mecanismos judiciales externos al derecho wayúu se han dilatado en el tiempo, y aquellos que han llegado a término se han orientado por no asumir el fondo del asunto, por problemas asociados a la inmediatez o la caducidad.

Dada la complejidad del caso concreto, la informalidad de la acción de tutela y las amplias facultades que posee el juez de tutela para delimitar el alcance de los problemas jurídicos a tratar, con el doble propósito de unificar la jurisprudencia constitucional y proteger de manera integral los derechos fundamentales, la Sala estima necesario indicar que (i) el análisis de todos los elementos de procedibilidad se desarrollará tomando en consideración las condiciones de especial protección constitucional de los pueblos indígenas; (ii) con independencia de las conclusiones a las que se arribe al desarrollar el estudio de fondo, los argumentos giran en torno a la defensa de un derecho territorial imprescriptible, inembargable e inenajenable de distintas comunidades indígenas; (iii) será necesario

verificar que las autoridades competentes garanticen el respeto por las garantías de participación, consulta y consentimiento previo libre e informado, frente a decisiones susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas, de conformidad con los estándares plenamente desarrollados por la jurisprudencia constitucional y el derecho internacional de los derechos humanos.

7.9. En ese contexto, corresponde a la Sala Primera de Revisión determinar si el Incora, hoy en día Incoder, desconoció los derechos fundamentales al territorio colectivo, la consulta previa y el debido proceso del clan epinayú de la etnia wayúu, al adjudicar los predios aralia, patka, patka 1, putsimalu y putsimalu 1 de forma individual, a miembros de los clanes epiayú y pushaina, cuando, de acuerdo con la narración de la tutela, el predio hace parte del territorio ancestral del clan epiayú.

7.10. Este problema inicial se ramifica en otros conflictos, que deberán analizarse al momento de determinar el alcance de esta decisión. Así, las relaciones comerciales entre indígenas y no indígenas en torno a tierras que los primeros reclaman como territorio colectivo; la incidencia que tienen las actuaciones de órganos administrativos y judiciales externos sobre la autonomía de la comunidad; y la mejor manera de componer el conflicto respetando al máximo la autodeterminación del pueblo wayúu son aspectos latentes en este debate, que serán tratados al momento de estudiar el caso concreto.

7.11. Para solucionar el problema planteado, la Sala comenzará por (i) explicará el enfoque con el que se abordará el conflicto constitucional; reiterará la jurisprudencia constitucional en torno a los derechos fundamentales a (ii) el territorio colectivo y (iii) la consulta previa de los pueblos indígenas. En ese marco, (iv) abordará la solución del caso concreto.

Antes de iniciar la exposición, sin embargo, la Sala estima necesario efectuar el análisis de procedibilidad formal de la acción; especialmente, en lo referente a los problemas de inmediatez, subsidiariedad y temeridad, que han sido discutidos en las instancias

Los requisitos generales de procedencia de la acción se concretan en su carácter subsidiario y en que la solicitud sea presentada dentro de un plazo razonable (subsidiariedad e inmediatez). Ahora bien, para evaluar la satisfacción de estos requisitos es necesario recordar que la tutela se guía por el propósito de asegurar el goce efectivo de los derechos constitucionales, se orienta por los principios de informalidad y prevalencia del derecho

sustancial. En ese marco, la Corporación ha explicado que el artículo 13 Superior, así como los mandatos de especial protección a grupos vulnerables, exigen del juez analizar las condiciones formales de procedencia, de manera que genere un equilibrio entre las partes procesales.

En esa línea de pensamiento, en las sentencias T-1316 de 2001[8] y T-589 de 2011[9], entre otras, la Corte ha señalado que el análisis de procedibilidad de la acción se efectúa de forma más amplia o flexible frente a estas personas o colectivos. De igual manera, distintas salas de revisión han establecido que la tutela es, por regla general, el mecanismo judicial de protección más adecuado para la garantía de los derechos de los pueblos indígenas.

Además de esos requisitos, existe una prohibición expresa de presentar dos acciones por los mismos hechos y con el mismo propósito. La violación de esta regla puede acarrear el desconocimiento de la cosa juzgada constitucional y generar traumatismos en el adecuado funcionamiento de la administración de justicia. Por ese motivo, la Sala evaluará también si la acción objeto de estudio constituye una actuación temeraria.

a. Temeridad

La Corte Constitucional ha señalado que la acción de tutela puede ser presentada por cualquier persona, para la defensa de sus derechos fundamentales. El hecho de que se considere un derecho de la persona implica, entre otras cosas, que no es necesaria la representación de un abogado, ni el cumplimiento de exigentes requisitos formales para que el caso sea decidido de fondo.

Sin embargo, entre las condiciones mínimas que exige la Ley para iniciar una tutela, se encuentra la de prestar juramento en el sentido de no haber intentado con anterioridad otra acción de amparo, por los mismos hechos, con el mismo propósito y entre las mismas partes. La finalidad que persigue el juramento es, precisamente, evitar que gracias a la informalidad que caracteriza el trámite de tutela, los interesados inicien procedimientos sucesivos, poniendo en riesgo la seguridad jurídica, la estabilidad de las relaciones representada en el principio de cosa juzgada constitucional, y generando una congestión inaceptable en la administración de justicia.

En la intervención del Representante Legal de Agromar SAS se propone que la acción de

tutela debe declararse improcedente por temeridad, en la medida en que los actores han acudido a otros procesos judiciales e, incluso, presentaron previamente una tutela con el propósito de defender los derechos que consideran vulnerados.

La Sala no comparte esa apreciación. Primero, porque la solicitud de revocatoria directa de las resoluciones de adjudicación de los predios que componen El Ahumao no es un mecanismo judicial de defensa, así que no puede considerarse como una acción previa; segundo, debido a que el trámite de nulidad se encuentra aún pendiente de solución y su propósito no coincide plenamente con el de la acción de tutela que ahora resuelve la Sala. Mientras en el primero se discute la legalidad de esas resoluciones, en esta acción se plantea una tensión constitucional compleja, que involucra la eficacia de los derechos fundamentales al territorio colectivo, el debido proceso y la consulta previa de una comunidad étnicamente diferenciada, sujeto de especial protección constitucional. Por ese motivo, ese mecanismo puede resultar relevante al momento de evaluar el principio de subsidiariedad, pero de ninguna manera puede llevar a la conclusión de que esta tutela es temeraria.

Resta determinar si la otra acción de tutela a la que hace referencia el señor Representante de Agromar SAS podría tornar en temeraria la acción presentada en esta oportunidad. Como se sabe, para que ello ocurra, estas acciones deberían compartir identidad de partes, objeto y causa. Sin embargo, como la primera acción tenía por propósito suspender la realización de una diligencia de desalojo forzoso, en tanto que la segunda acción (la que actualmente estudia la Sala) pretende dejar sin efecto actos administrativos de la autoridad pública encargada en su momento de desarrollar los programas de reforma agraria, resulta evidente que no se trata de acciones que compartan una misma causa pretendida.

b. Inmediatez

El requisito de inmediatez hace referencia a la presentación de la acción de tutela dentro de un término razonable, contado a partir del hecho u omisión que habría generado la violación de un derecho constitucional.

Este principio es un mandato dirigido al juez constitucional para que evalúe, a partir de los elementos relevantes del caso concreto, si la acción fue presentada en un plazo razonable y no un término de caducidad, ni una regla que de forma absoluta defina el momento en que

la tutela debe presentarse.

La Sala considera que, en este caso, el requisito se cumple a partir de un análisis flexible del mismo. Este tipo de análisis de la inmediatez y los demás requisitos de procedencia de la acción de tutela ha sido explicado ampliamente en las sentencias T-1316 de 2001 (en relación con la verificación del perjuicio irremediable) y en la T-434 de 2008, T-206 de 2013 y T-589 de 2011 (en lo que tiene que ver con el cumplimiento de los demás requisitos de procedibilidad de la acción). De igual manera, en el caso T-235 de 2011, relativo a la afectación de la comunidad indígena del cañón del Río Pepitas, afectada intensamente por la una ola invernal, la Corte desplegó un estudio de esta naturaleza. De igual manera, la Corporación ha explicado que la inmediatez admite excepciones cuando la vulneración de un derecho es continua o permanece indefinidamente en el tiempo[10].

Los elementos que permiten concluir que en el caso debe excepcionarse la aplicación del principio de inmediatez son los siguientes:

En primer término, el proceso de largo plazo que caracteriza la defensa de los territorios colectivos de los pueblos indígenas hace que el requisito de inmediatez sea una carga desproporcionada para los pueblos indígenas; en segundo lugar, la naturaleza perpetua, inalienable, inembargable e imprescriptible del derecho que se persigue proteger (la propiedad colectiva de tierras y territorios indígenas) tiene como consecuencia la naturaleza continua o permanente de la violación; y, finalmente, la aplicación del requisito en este ámbito se opone a la regla general de procedencia de la tutela para la defensa de derechos de los pueblos indígenas.

Al respecto, la Sala Plena ha determinado la inaplicabilidad de la inmediatez frente a solicitudes de indexación de la primera mesada pensional, basándose en el carácter imprescriptible de los derechos pensionales y en la forma en que la ausencia de indexación genera una violación de derechos que se extiende en el tiempo y se refleja mes a mes, en el monto de la prestación que efectivamente perciben los pensionados. Aunque se trata de un escenario constitucional distinto al del caso objeto de estudio, la razón subyacente a esa subregla consiste en que no puede aplicarse el requisito cuando la violación es continua en el tiempo, atenta contra un derecho imprescriptible, y lesiona a sujetos de especial protección constitucional. Esas tres condiciones también se presentan en el caso objeto de

estudio.

Vale señalar, de otra parte, que en un escenario que guarda similitudes claras con el caso concreto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Sowhamayaxa contra Paraguay, al que se hará una referencia más amplia en el cuerpo de las consideraciones de esta sentencia) señaló que el solo paso del tiempo no justifica la desprotección estatal de los territorios colectivos de los pueblos indígenas.

Con todo, es importante resaltar que los peticionarios han perseguido la protección de sus derechos en distintos trámites y procedimientos, de naturaleza policiva, constitucional y contencioso-administrativa. Ya se indicó que ninguna de esas actuaciones torna temeraria esta acción. En este acápite es necesario indicar que ello demuestra que los interesados no han permanecido indiferentes a la defensa de sus derechos, elemento indispensable para descartar el incumplimiento del requisito de inmediatez.

c. Subsidiariedad

Los actores pretenden discutir la validez de las resoluciones 001210, 001230, 001231, 001233, 001238, de 2002, actos administrativos de carácter particular y concreto, por los cuales el Incora adjudicó un conjunto de predios dentro del territorio El Ahumao, a título individual, desconociendo que hacen parte de un territorio ancestral indígena.

Los medios de defensa que el orden jurídico prevé frente a actos administrativos presuntamente violatorios de derechos fundamentales se encuentran en los recursos de la vía gubernativa (hoy administrativa), la posibilidad de solicitar la revocatoria del acto, y la solicitud de nulidad del acto administrativo ante la jurisdicción contencioso administrativa. De forma excepcional, puede acudirse a la tutela con ese fin cuando, a partir de un análisis de las circunstancias del caso concreto, se demuestre la ausencia de idoneidad o eficacia de ese medio de control para la defensa del derecho; o cuando sea imprescindible la intervención transitoria del juez de tutela para evitar que se consume un perjuicio irremediable.

Por otra parte, de los hechos narrados en los antecedentes del caso, se puede inferir que los accionantes han intentado defender sus derechos territoriales en diversas instancias y que, además de esta acción de tutela, han presentado una solicitud de revocatoria directa y

una acción de nulidad y restablecimiento del derecho. La primera se encuentra aún en trámite, mientras que la segunda terminó con una decisión de rechazo, por caducidad, por parte de la justicia contencioso administrativa.

A su turno, los indígenas de los clanes epiayú y pushaina involucrados en el conflicto, iniciaron un proceso policivo y una acción reivindicatoria sobre los predios de El Ahumao. La primera culminó con una orden de desalojo, posteriormente privada de efectos en sede de tutela. La segunda fue declarada improcedente en primera instancia, y se encuentra actualmente pendiente del fallo que decide la apelación. En concepto de la empresa Agromar SAS, ello demuestra que (i) existen medios alternativos de defensa y (ii) que ya fueron activados por las partes y se encuentran pendientes de solución.

La Corte no comparte esa argumentación pues, de una parte, el trámite de revocatoria directa que se adelanta ante la administración no constituye un mecanismo judicial de defensa; y los medios judiciales alternativos no poseen la eficacia e idoneidad de la acción de tutela para la defensa del derecho al territorio colectivo. Concretamente, la acción reivindicatoria presentada por la empresa Agromar SAS y los miembros de los clanes epiayú y pushaina se orienta a la defensa de derechos de propiedad individual, mientras la acción de nulidad y restablecimiento del derecho posee límites formales que, si bien son razonables para la mayoría de los casos, no lo son para la defensa de los territorios ancestrales indígenas.

En efecto, la posibilidad de acudir a la jurisdicción contenciosa para solicitar la nulidad de un acto administrativo y el restablecimiento del derecho caduca en un término de dos años. Esa norma procedimental defiende la seguridad y estabilidad jurídica y los intereses de los ciudadanos que confían en que sus relaciones con la administración se consoliden en el tiempo, e imponen una sanción a la negligencia de los interesados en la defensa de sus derechos.

Sin embargo, la lucha por la integridad de los territorios colectivos de los pueblos indígenas no siempre se acompasa a lo que se considera un término razonable para la defensa de los derechos de una persona. Mientras que la defensa de los derechos de la persona sigue un ritmo marcado por la cronología de la vida humana, el primer escenario se enmarca en una lógica de largo plazo. Así lo demuestran, de una parte, los procesos históricos que han

llevado, erráticamente, de forma sucesiva y repetitiva, de su protección como ámbitos culturales, a su desintegración como tierras o bienes inmuebles abiertos al mercado; y, de otra, el hecho de que el territorio colectivo de los pueblos indígenas es el eje de culturas ancestrales, con vocación de permanencia y especialmente protegidas por el Estado colombiano.

Una reivindicación que se extiende por varios siglos; que, en el caso concreto, se remonta doscientos años atrás; y que se refiere a un derecho perpetuo e irrenunciable para los wayúu, o inalienable, imprescriptible e inembargable en términos del derecho mayoritario no puede hallarse limitada al término de caducidad de dos años, propio de la acción de nulidad y restablecimiento del derecho.

Obviamente, el término de caducidad previsto por el legislador no está sometido en esta oportunidad a un control abstracto por parte de la Corte Constitucional. Las reflexiones planteadas tienen, como único propósito, evaluar la eficacia de los mecanismos de control contenciosos para la discusión que siguen dos clanes del pueblo wayúu y un grupo empresarial sobre unos predios, en territorio colectivo indígena.

Por supuesto, la Corte no descarta de plano la idoneidad de ese mecanismo de control para garantizar el goce efectivo del derecho a la propiedad colectiva del territorio de los pueblos indígenas. En tanto ese medio permite garantizar la conformidad de los actos administrativos con las normas superiores, bien puede ser utilizada para la protección de un derecho fundamental. Sin embargo, en las circunstancias del caso concreto y, por las razones ya expuestas, la Sala estima que su idoneidad fue desvirtuada, y que la acción objeto de estudio supera el examen de subsidiariedad.

8. Enfoque para la solución del caso concreto.

8.1. El asunto objeto de estudio involucra diversos elementos esenciales del Estado constitucional que se viene construyendo en Colombia desde la entrada en vigencia de la Carta de 1991. La diversidad étnica y cultural, el reconocimiento del carácter multicultural del Estado y la igualdad entre culturas, y el pluralismo jurídico frente a un sistema centralizado de fuentes y de aplicación del derecho[11] son algunos de los puntos en que la Carta política generó mayores transformaciones frente al régimen de 1886.

8.2. La Corte Constitucional ha explicado desde sus primeros fallos que una concepción del Estado como esta genera debates de conflictos entre unidad y autonomía; universalidad de los derechos humanos y relativismo y diversidad cultural; concepciones de desarrollo de la sociedad mayoritaria y de los pueblos indígenas, y las dimensiones representativa y participativa de la democracia, esta última, asociada al derecho fundamental a la consulta previa de los pueblos indígenas.

8.3. El asunto objeto de análisis involucra distintos derechos de los pueblos indígenas, y distintas esferas de los mismos. En primer término, la queja se refiere al derecho al territorio colectivo; pero, además de ello, se cuestiona el desconocimiento del derecho de la comunidad accionante a participar en las decisiones que la afectan directamente, es decir, a la consulta previa; y, finalmente, se discute si la disputa debe resolverse en el ámbito interno de la comunidad y dentro de los usos y costumbres o derecho propio del pueblo wayúu o si la decisión corresponde a las autoridades nacionales, en la medida en que existen intereses de individuos que no pertenecen al pueblo wayúu, que podrían ser afectados por la decisión de la Corte.

8.4. En consecuencia, la Sala comenzará por recordar que las comunidades indígenas son titulares de derechos fundamentales, y reiterará las líneas jurisprudenciales correspondientes a los derechos al territorio colectivo, la consulta previa y la autonomía jurisdiccional indígena. Al momento de abordar el caso concreto, se partirá de una exposición de la situación del pueblo wayúu, como población indígena, como sujeto de derechos vulnerable y de especial protección constitucional y víctima de las distintas violencias que caracterizan al país. En ese acápite, la Sala utilizará los conceptos e informes rendidos a la Corte, así como diversos trabajos etnográficos[12], tanto para establecer un panorama general de la situación, como para entender la forma en que las actuaciones mencionadas en los antecedentes inciden en su comunidad. Los principios esenciales que serán utilizados para la solución del caso (después de explicar su contenido en los fundamentos normativos sucesivos) son (i) maximización de la autonomía; (ii) mayor autonomía para la solución de conflictos internos; (iii) afectación directa; (iv) coordinación interjurisdiccional; (v) integridad territorial; (v) armonización, como principio esencial del debido proceso indígena; (vi) principio de cuidado, y (vii) defensa de la palabra.

Finalmente, la Sala establecerá el alcance de la decisión.

Primero, los pueblos indígenas como titulares de derechos fundamentales.[13]

9. Los pueblos indígenas son titulares de derechos fundamentales y sujetos de especial protección constitucional[14].

Desde la sentencia T-380 de 1993[15], la Corte Constitucional señaló que el reconocimiento de los derechos de los pueblos originarios es imprescindible para garantizar su supervivencia y la continuidad de culturas diversas a la mayoritaria, y que contribuyen a la formación de la identidad nacional. Dijo la Corte que el reconocimiento de sus derechos fundamentales es una condición necesaria para asegurar que sus modos de vida no desaparezcan.

La analogía entre el derecho a la vida de toda persona y el derecho a subsistir de las comunidades étnicamente diferenciadas, como fundamento de sus derechos fundamentales, ha sido reiterada constantemente por esta Corporación[16], y se trata de una consideración basada en los distintos factores que amenazan la subsistencia de los pueblos indígenas, entre los que se encuentran (i) la existencia de patrones históricos de discriminación en contra de los pueblos y personas indígenas; (ii) la presión ejercida sobre sus territorios; (iii) la incomprensión de sus formas de ver el mundo, organización social y percepción del desarrollo, por parte de la sociedad no-indígena; (iv) los intereses económicos de la comunidad mayoritaria; (v) el especial impacto que el conflicto armado ha generado sobre sus territorios y forma de vida, y (vi) la marginalidad económica, política, geográfica y social que caracteriza su situación y que se traduce en amenazas serias y reales para su pervivencia, al punto que esta Corte ha reconocido que 30 de los 102 pueblos indígenas de Colombia enfrentan actualmente el peligro de extinción[17].

10. Además del derecho a la subsistencia, la concepción participativa y pluralista de la democracia (artículo 2º CP), el principio de igualdad en sus distintas facetas (artículo 13 CP[18]), la diversidad de culturas y el idéntico respeto por su dignidad (artículos 7 y 70 CP), así como los compromisos adquiridos por el Estado en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, concurren a reforzar el reconocimiento constitucional de los derechos de los pueblos indígenas[19].

11. El último de los aspectos mencionados ha sido destacado insistentemente por la Corte Constitucional. El Convenio 169 de la OIT, incorporado al orden interno en virtud del artículo

93 Superior, permea la comprensión de la interculturalidad y los derechos de los pueblos indígenas. El instrumento se inspira en los principios de diversidad, autonomía y autodeterminación y protección a las tierras y territorios de los pueblos interesados, esenciales para la adecuada interpretación y aplicación de las normas de respeto, protección y garantía de los derechos de los pueblos indígenas.[20]

12. El Convenio 169, en síntesis, plantea que sus culturas poseen vocación de permanencia y que los Estados deben respetar al máximo su derecho a definir sus prioridades y asuntos propios. Que pueden hablar por sí mismos, participar en la toma de decisiones que los afectan y contribuir a definir los intereses de los países que habitan[21], en una interacción o un diálogo entre iguales que aportan a la construcción de la Nación.[22] Esa orientación se traduce en un criterio finalista de interpretación de los derechos de los pueblos indígenas. La aplicación de las normas que involucran el goce de sus derechos debe maximizar su autonomía, preservar su cultura y respetar las diferencias culturales.

13. Entre los derechos fundamentales de los pueblos indígenas se encuentran el derecho al territorio colectivo, o a la propiedad colectiva sobre sus territorios, y el derecho a la consulta previa, sobre los que se hablará en los siguientes acápite.

Segundo, el derecho fundamental al territorio colectivo o a la propiedad colectiva sobre los territorios indígenas

14. Aun a costa de sacrificar el orden cronológico de la narración, la Sala estima necesario contextualizar la exposición a partir de las reflexiones planteadas en la sentencia T-634 de 1999 (MP Alejandro Martínez Caballero) acerca de cómo históricamente los territorios indígenas han sido, por una parte, objeto de protección estatal y, por otra, víctimas de amenazas de desintegración y usurpación por diversos actores.

15. De acuerdo con algunos analistas[23], la organización de los pueblos indígenas en resguardos fue un recurso estratégico en la colonia, destinado al control de la población indígena. Sin embargo, paradójicamente, ese mecanismo permitió la continuidad en el ejercicio del derecho a la propiedad de los territorios por parte de los pueblos indígenas, derecho que se convirtió en el eje de sus reivindicaciones. La independencia, por su parte, trajo consigo la apertura al mercado de las tierras y territorios indígenas, en desarrollo de los principios de la economía liberal; mientras que la ley 89 de 1890, dictada en el marco

del proyecto político de la Regeneración, se convirtió un instrumento de protección de los territorios. Cien años después, y a partir de una vigorosa reivindicación de sus territorios, la incipiente regulación de la Ley 89 de 1890 llevó al reconocimiento del derecho de los pueblos originarios a la propiedad colectiva de sus territorios.

Los antecedentes históricos acerca de la forma en que la tierra y los territorios indígenas se concibieron históricamente, y las distintas interpretaciones que le ha dado la historiografía nacional, fueron sintetizados de la siguiente manera en la sentencia T-634 de 1999:

“1.2. LOS RESGUARDOS SON ÁMBITO TERRITORIAL

Antes de la independencia, la administración colonial [...] mantuvo una relativa protección a las comunidades indígenas reconociéndoles algunas tierras comunales, llamadas resguardos, institución ésta que formó parte determinante del régimen agrario anterior a la independencia[24]. ‘Los resguardos cultivaban en régimen de indivisión de la propiedad, las tierras que constituyeran su respectivo territorio. Los indios que pertenecían a los resguardos sólo tenían un derecho de usufructo sobre las parcelas que cultivasen. No podían venderlas. Bajo este aspecto, los resguardos son una unión del trabajo agrícola con la posesión forzosa de la tierra. El indio está sujeto a esa posesión forzosa de las parcelas. No tiene libertad. Está atado a la tierra”, dice Luis Eduardo Nieto Arteta[25], quien los catalogó como una economía colectiva aldeana.

Por el contrario, Indalecio Liévano Aguirre consideró muy importante que España protegiera mediante los resguardos y los ejidos el derecho a la tierra de los indígenas y de las gentes humildes y da una caracterización menos pesimista de los resguardos de la siguiente manera: ‘eran los resguardos vastas extensiones territoriales concedidas a los pueblos indígenas en propiedad para que habitaran en ellas, las cultivaran, pastaran sus ganados y pudieran atender a las necesidades crecientes del provenir[26]’. Se aprecia que se concibió el resguardo durante la colonia, más como un territorio de los pueblos indígenas que como un simple terreno. Y era connatural que sobre ellos no hubiere propiedad privada.

Pero ‘En el Congreso de Cúcuta de 1821 se manifestaron las presiones de diversos sectores dominantes para disolver los resguardos de indígenas’[27] por eso la ley 11 de octubre de 1821 rompió con la tradición colonial y permitió la propiedad privada y repartición de los resguardos[28]; este paso de la propiedad comunal a la propiedad privada, le quita la

connotación de territorio a los resguardos y los ubica como simple tierra o propiedad raíz. Décadas más tarde el Código Civil en su artículo 656 definirá que 'Inmuebles o fincas o bienes raíces son las cosas que no pueden transportarse de un lugar a otro, como las tierras [...]'. Este rompimiento de la propiedad comunal de los indígenas tuvo profundas consecuencias calificadas de manera diversa por los estudiosos del tema. Por ejemplo, Nieto Arteta considera que se amplió el mercado libre de trabajo y los indígenas pudieron ser aprendices y obreros y adquirieron capacidad de compra. Liévano Aguirre, por el contrario, opina que el [q]uebrantamiento de los resguardos convirtió a los indígenas en arrendatarios y aparceros y que ese despojo de las tierras de los resguardos "fue uno de los hechos más decisivos en el empobrecimiento y miseria del pueblo colombiano".

La verdad es que los resguardos fueron "tierra", en la naciente época republicana, es decir un simple objeto del derecho. Pero ese concepto se erosionó en la década del sesenta del presente siglo.

[...]

La Carta de 1991 viene a constitucionalizar los resguardos. Es así como en el mencionado Título 'De la organización territorial' los ubica al lado de los territorios indígenas, al decir: 'Los resguardos son de propiedad colectiva y no enajenable' (art. 329), de lo cual se deduce a primera vista que son más que simplemente una tierra o propiedad raíz; aunque la misma Constitución [...] en el artículo 63 habla de 'tierras de resguardo', con la característica de inalienables, imprescriptibles e inembargables.

Como dentro de la juridicidad occidental, es un contrasentido que la tierra sea sujeto del derecho, entonces, hay que inferir que la Constitución le otorga 'derechos' es al territorio del resguardo como una entidad que en su identidad no solo expresa parte de nuestra nacionalidad colombiana, sino que es un concepto que también se ubica en el terreno de la cultura [...] Ese carácter de los resguardos permite una calificación diferente a tierra y territorio y es la de 'ámbito territorial', que aparece en el artículo 246 de la C.P.:|| "Las autoridades de los pueblos indígenas podrán ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial."

16. El reconocimiento constitucional al que se hace referencia en esa narración se encuentra, principalmente, en los artículos 329, 58 y 63 de la Constitución Política, normas

que confieren especial protección a los territorios habitados por los pueblos indígenas, bien como tierra de resguardo, bien al referirse a su potencial constitución en entidades territoriales indígenas, prevén la protección estatal a formas de propiedad diversas a la individual o privada, el carácter imprescriptible, inalienable e inembargable de las tierras de resguardo y proclaman el respeto por la autonomía de las comunidades en el ámbito territorial donde se desenvuelve su cultura y se definen sus intereses políticos, religiosos, económicos y jurídicos.

17. Desde al punto de vista fáctico, el derecho a la propiedad colectiva del territorio se desprende de la especial relación ancestral que mantienen los pueblos indígenas con sus tierras y territorios y a la que se ha hecho referencia en el Convenio 169 de la OIT, en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y en la de esta Corporación. Esa relación involucra a sus antepasados, sus cultivos, sus dioses. La propiedad colectiva del territorio por parte de los pueblos indígenas opone, a la idea del derecho privado que concibe la tierra como objeto de disposición, apropiación, uso y abuso, una concepción de pertenencia mutua entre ser humano y territorio.

18. Así, de acuerdo con el numeral 1° del artículo 13 del Convenio 169 de la OIT, “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”.

19. De igual manera, en la primera decisión en que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) se pronunció sobre la presunta violación de derechos territoriales de una comunidad indígena, expresó:

“[Párrafo 149 ...] Entre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de esta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es

meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras”. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua. Sentencia de 31 de agosto de 2001. (Fondo, Reparaciones y Costas)

20. En sentido similar se pronunció la Corte Constitucional desde la primera ocasión en que abordó un asunto relacionado con el derecho a la propiedad colectiva de los derechos indígenas, en sentencia T-188 de 1993:

“El derecho de propiedad colectiva ejercido sobre los territorios indígenas reviste una importancia esencial para las culturas y valores espirituales de los pueblos aborígenes. Esta circunstancia es reconocida en convenios internacionales aprobados por el Congreso[29], donde se resalta la especial relación de las comunidades indígenas con los territorios que ocupan, no sólo por ser éstos su principal medio de subsistencia sino además porque constituyen un elemento integrante de la cosmovisión y la religiosidad de los pueblos aborígenes. Adicionalmente, el Constituyente resaltó la importancia fundamental del derecho al territorio de las comunidades indígenas. || ‘Sin este derecho los anteriores (derechos a la identidad cultural y a la autonomía) son sólo reconocimientos formales. El grupo étnico requiere para sobrevivir del territorio en el cual está asentado, para desarrollar su cultura. Presupone el reconocimiento al derecho de propiedad sobre los territorios tradicionales ocupados y los que configuran su hábitat’[30]”.

21. De lo expuesto, cabe concluir que la especial relación de los indígenas con su territorio, y la pertenencia mutua de los pueblos a sus tierras y de estas a esos pueblos, es el fundamento esencial del derecho al territorio colectivo, previo a cualquier reconocimiento estatal. Es esa la razón por la cual ha explicado la Corte Constitucional, en armonía con la Corte IDH, que la posesión ancestral del territorio, antes que los títulos que conceden los estados, constituye el fundamento del derecho; que la tardanza en la titulación comporta una violación al derecho (preexistente a esos procedimientos) y que, por otra parte, estas reglas deben aplicarse con especial precaución frente a comunidades que han sido víctimas de despojo y desplazamiento. Es decir, cuya posesión ancestral se ha visto suspendida por motivos ajenos a su voluntad.

22. El concepto de territorio colectivo no se agota en concepciones jurídicas asociadas a la

demarcación de fronteras; ni a los mojones y linderos, 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, como lo ha explicado la jurisprudencia constitucional, puede tener un efecto expansivo, en el que se incluyen espacios de relevancia social, cultural y religiosa para las comunidades.[31]

De acuerdo con la sentencia T-235 de 2011, las notas definitorias del derecho fundamental a la propiedad colectiva del territorio por parte de las comunidades indígenas son el carácter imprescriptible, inalienable e inembargable del territorio; y la ancestralidad de la posesión, como “título” de propiedad[32]. Además, [...] el concepto de territorio no se restringe a la ubicación geográfica de una comunidad o un resguardo indígena, sino que se asocia al concepto de ámbito cultural de la comunidad[33].

23. Así, en las sentencias T-909 de 2009[34] y T-433 de 2011[35], la Corte se refirió a la manera en que la dilación injustificada en la titulación de territorios colectivos de comunidades étnicas (en ese caso, afroamericanas) viola sus derechos fundamentales y genera amenazas adicionales, asociadas a la compraventa de sus tierras, la acumulación de cultivos ilícitos y la consecuente fragmentación de sus territorios y descomposición del tejido social[36].

Los fundamentos centrales acerca de la importancia del territorio colectivo (en ese caso para las comunidades negras, pero predicables también de los pueblos indígenas) se encuentran en los considerandos 5.6 y 5.8 de la decisión:

“5.6. Acerca de los alcances del Convenio 169 de la OIT para delinear los contornos de los derechos de las Comunidades Afrodescendientes [...] destacó especialmente la Corte la obligación en cabeza de las autoridades estatales de preservar “el valor espiritual que para todos los grupos étnicos comporta su relación con la tierra y su territorio, entendido este como lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna u otra manera”[37].

Entre las observaciones que sobre el particular hizo la Corte, cabe resaltar las siguientes que enfatizan lo que la Corporación denominó “génesis del derecho de las comunidades

negras a la propiedad colectiva”[38]:

(i) La piedra de toque del Estado social y pluralista es la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana; ésta no puede existir sin el reconocimiento y la protección de la diversidad étnica y cultural de las Comunidades Afrodescendientes y el consecuente amparo integral de sus territorios colectivos. (ii) La Constitución Nacional protege la propiedad privada pero ampara además “las formas asociativas y solidarias de propiedad, el patrimonio cultural y natural de la nación, las tierras de resguardo y las comunales de los grupos étnicos y la diversidad e integridad del ambiente”. (iii) El multiculturalismo constituye una riqueza que debe ser preservada “mediante la promoción, investigación, la ciencia y el desarrollo de todas las expresiones y valores culturales”. (iv) La propiedad colectiva no puede extenderse a los recursos naturales que la misma Constitución ordena dejar por fuera, como son los recursos no renovables existentes y el subsuelo. Pero incluso en relación con estos recursos, prescribe la Carta Política respetar los “derechos adquiridos y perfeccionados de estos grupos o de sus integrantes, con arreglo a las leyes preexistentes”.

5.8. A partir de lo hasta aquí expuesto sobresale, pues, el nexo estrecho que existe entre el reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural y la necesidad de preservar el territorio ancestral de las comunidades y pueblos tribales. Para el caso de las Comunidades Afrodescendientes resulta importante destacar la vinculación estrecha entre su supervivencia y el derecho al territorio como un lugar de vida, de desarrollo y mantenimiento de lazos culturales. O dicho en otros términos: el territorio como un “universo en el cual se hace posible la existencia misma de las comunidades afrodescendientes”[39]. Con independencia de la relación entre las personas que conforman la Comunidad y la tierra “el territorio recoge la esencia misma de la existencia de un grupo social. Los pobladores hacen parte del territorio, así como la tierra, los ríos, los recursos y la vida”[40].

24. Estas consideraciones fueron reiteradas en la sentencia T-433 de 2011[41], en la que se determinó que la tardanza del Incoder al momento de definir el área correspondiente al territorio colectivo de las comunidades Embera Dobida de Eyakera del Chocó, comportó la violación de sus derechos fundamentales, como pueblos étnicamente diferenciados y, especialmente, una amenaza a la integridad de su territorio[42].

25. A continuación, la Sala hará referencia a dos decisiones en las que se recordaron los casos analizados por la CorteIDH sobre comunidades de la región de El Chaco, en Paraguay que sufrieron el despojo de sus territorios en un proceso social caracterizado por la presencia de intereses económicos privados sobre sus predios, y por el uso del derecho mayoritario para formalizar y legalizar la pérdida de sus tierras.

26. En la sentencia T-235 de 2011, la Corporación se refirió a la grave afectación que enfrentó la comunidad indígena del cañón del río Pepitas a raíz de la intensa ola invernal del año 2009, que afectó viviendas del resguardo, la escuela comunitaria, y anegó los caminos que le permitían acceder a sus cultivos y mantener relaciones comerciales con la población no indígena aledaña. Además de reiterar la jurisprudencia del tribunal interamericano acerca de la especial relación entre los pueblos indígenas y sus territorios, la Corte señaló:

“5.1. En el caso de la Comunidad indígena Yakye Axa Vs. Paraguay, la CorteIDH llamó la atención sobre la forma en que el despojo del territorio amenaza directamente la identidad étnica, en tanto la cultura del pueblo indígena se construye alrededor del mismo; y cómo ese fenómeno pone en peligro la supervivencia del grupo indígena, en tanto sus formas de vida y producción están afianzadas en el ámbito cultural que surge del territorio colectivo o el resguardo. || Recalcó al alto Tribunal que, en la situación en que se encontraba la comunidad de Yakye Axa (al margen de su territorio y en una carretera pública), el Estado se encontraba en posición de garante frente a niños y ancianos, debiendo asegurar adecuadamente su bienestar y seguridad; e hizo referencia al derecho al retorno que surge en cabeza de la comunidad que expulsada violentamente de sus tierras o, de no ser posible este, el derecho al reconocimiento de tierras de igual o superior calidad y estatus jurídico: “217. Por lo expuesto, el Estado deberá identificar ese territorio tradicional y entregarlo de manera gratuita a la Comunidad Yakye Axa, en un plazo máximo de tres años contados a partir de la notificación de la presente Sentencia. En caso de que el territorio tradicional se encuentre en manos privadas, el Estado deberá valorar la legalidad, necesidad y proporcionalidad de la expropiación o no de esas tierras con el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática, conforme a lo expuesto en los párrafos 144 a 154 de esta Sentencia. Para ello, deberá tomar en cuenta las particularidades propias de la Comunidad indígena Yakye Axa, así como sus valores, usos, costumbres y derecho consuetudinario. Si por motivos objetivos y fundamentados, la reivindicación del territorio

ancestral de los miembros de la Comunidad Yakye Axa no fuera posible, el Estado deberá entregarle tierras alternativas, que serán electas de modo consensuado con la Comunidad, conforme a sus propias formas de consulta y decisión, valores, usos y costumbres. En uno u otro caso, la extensión de las tierras deberá ser la suficiente para garantizar el mantenimiento y desarrollo de la propia forma de vida de la Comunidad.

218. A efectos de dar cumplimiento a lo señalado en el párrafo anterior, el Estado, de ser necesario, deberá crear un fondo destinado exclusivamente a la adquisición de las tierras a entregarse a la Comunidad Yakye Axa, en un plazo máximo de un año contado a partir de la notificación de la presente Sentencia, fondo que será destinado bien sea para la compra de la tierra a propietarios particulares o para el pago de una justa indemnización a los perjudicados en caso de expropiación, según corresponda”.

27. De igual forma, en esa decisión, así como en la sentencia T-282 de 2011, se hizo referencia al caso de la comunidad indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguay”, o caso Sawhoyamaxa, en el que la CorteIDH se pronunció sobre una situación similar a la de la comunidad Yakie Axa:

“127. En ejercicio de su competencia contenciosa, la Corte ha tenido la posibilidad de pronunciarse sobre la posesión de tierras indígenas en tres situaciones distintas. Por un lado, en el Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni, el Tribunal señaló que la posesión de la tierra debería bastar para que los miembros de las comunidades indígenas obtengan el reconocimiento oficial de dicha propiedad y el consiguiente registro. Por otro lado, en el Caso de la Comunidad Moiwana, la Corte consideró que los miembros del pueblo N’djuka eran “los dueños legítimos de sus tierras tradicionales” aunque no tenían la posesión de las mismas, porque salieron de ellas a consecuencia de los actos de violencia que se produjo en su contra. En este caso las tierras tradicionales no fueron ocupadas por terceros. Finalmente, en el Caso Comunidad indígena Yakye Axa, el Tribunal consideró que los miembros de la Comunidad estaban facultados, incluso por derecho interno, a presentar solicitudes de reivindicación de tierras tradicionales, y ordenó como medida de reparación que el Estado identifique esas tierras y las entregue de manera gratuita.

128. De lo anterior se concluye que: 1) la posesión tradicional de los indígenas sobre sus tierras tiene efectos equivalentes al título de pleno dominio que otorga el Estado; 2) la

posesión tradicional otorga a los indígenas el derecho a exigir el reconocimiento oficial de propiedad y su registro; 3) los miembros de los pueblos indígenas que por causas ajenas a su voluntad han salido o perdido la posesión de sus tierras tradicionales mantienen el derecho de propiedad sobre las mismas, aún a falta de título legal, salvo cuando las tierras hayan sido legítimamente trasladadas a terceros de buena fe; y 4) los miembros de los pueblos indígenas que involuntariamente han perdido la posesión de sus tierras, y éstas han sido trasladadas legítimamente a terceros inocentes, tienen el derecho de recuperarlas o a obtener otras tierras de igual extensión y calidad. Consecuentemente, la posesión no es un requisito que condicione la existencia del derecho a la recuperación de las tierras indígenas. El presente caso se encuadra dentro del último supuesto”.

28. La Sala considera pertinente, en esta ocasión, recordar el alcance del análisis sobre la violación del artículo 21 que efectuara la Corte Interamericana en el asunto citado:

“136 [...] la Corte no puede decidir que el derecho a la propiedad tradicional de los miembros de la Comunidad [...] está por sobre el derecho a la propiedad privada de los actuales dueños o viceversa, por cuanto la Corte no es un tribunal de derecho interno que dirime las controversias entre particulares [...] No obstante, al Tribunal le compete analizar si el Estado garantizó o no los derechos humanos de los miembros de la comunidad Sawhoyamaxa.

137. En tal sentido, el Tribunal constata que los argumentos que el Estado ha interpuesto para justificar la falta de concreción del derecho a la propiedad de los indígenas no han sido suficientes para relevar su responsabilidad internacional. El estado ha presentado tres argumentos: 1) que las tierras reclamadas han sido trasladadas de propietario en propietario ‘desde hace mucho tiempo’ y están debidamente inscritas; 2) que dichas tierras están siendo debidamente explotadas, y 3) que el propietario de las tierras ‘está amparado por un Tratado entre la República de Paraguay y la República Federal de Alemania[,] el cual [...] es ley de la Nación”.

138. Respecto al primer argumento, la Corte considera que el mero hecho de que las tierras reclamadas estén en manos privadas, no constituye per se un motivo ‘objetivo y fundamentado’ suficiente para denegar prima facie las solicitudes indígenas. En caso concreto, el derecho a la devolución carecería de sentido y no ofrecería la posibilidad real

de recuperar las tierras tradicionales, limitándose únicamente a esperar la voluntad de los tenedores actuales, y forzando a los indígenas a aceptar tierras alternativas o indemnizaciones pecuniarias. Sobre el particular, la Corte ha señalado que cuando existan conflictos de intereses en las reivindicaciones indígenas, habrá de valorarse caso por caso la legalidad, necesidad, proporcionalidad y el logro de un objetivo legítimo en una sociedad democrática (utilidad pública e interés social), para restringir el derecho de propiedad privada, por un lado, o el derecho a las tierras tradicionales, por el otro. El contenido de cada uno de estos parámetros ya fue definido por el Tribunal en el caso Comunidad indígena Yakyé Axa, por lo que hace remisión expresa a lo ya resuelto.

139. El mismo análisis se aplica al segundo argumento del Estado respecto de la productividad de las tierras. Bajo este argumento subyace la idea de que los indígenas no pueden, bajo ninguna circunstancia, reclamar sus tierras tradicionales cuando éstas se encuentren explotadas y en plena productividad, mirándose la cuestión indígena exclusivamente a través de la productividad de la tierra y del régimen agrario, lo que resulta insuficiente a las peculiaridades propias de dichos pueblos.

140. Finalmente, en lo que respecta al tercer argumento estatal, la Corte no cuenta con el mencionado tratado [...] pero según lo dicho por el propio Estado, el referido tratado permite la expropiación o nacionalización de las inversiones de capital de una de las partes contratantes 'por causa de utilidad o interés público', lo cual podría justificar la devolución de tierras a los indígenas".

A continuación, la Sala efectuará una reiteración jurisprudencial sobre el contenido y alcance del derecho fundamental a la consulta previa.

Tercero. Derecho fundamental a la consulta previa

29. La Corporación ha sostenido, en jurisprudencia constante y uniforme, que la consulta previa posee el carácter de derecho fundamental[43]. Primero, en la sentencia de unificación SU-039 de 1997, precisó que tiene esa naturaleza porque implica la concreción de mandatos constitucionales como el principio de participación de grupos particularmente vulnerables, la diversidad e integridad cultural y los compromisos adquiridos por el Estado en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos frente a los pueblos étnica o culturalmente diversos[44].

30. En ese marco, el artículo 40 constitucional[45], en su numeral 2º, establece el derecho de participación de todos los ciudadanos en los asuntos que los afecten, garantía que se ve reforzada en el caso de los pueblos indígenas y las comunidades afrodescendientes, por su relación con otros mandatos superiores. El artículo 330 de la Constitución Política[46] prevé, a su turno, la obligación estatal de garantizar la participación de las comunidades indígenas previa la explotación de recursos naturales en sus territorios[47].

31. El Convenio 169 de la OIT, instrumento cardinal para la interpretación y aplicación de los derechos de los pueblos indígenas, incorporado al bloque de constitucionalidad, así que sus disposiciones son aplicables directamente en el orden interno, con fuerza constitucional, define los lineamientos centrales de la consulta, así:

32. El artículo 6, inciso 1º, literal a) del Convenio 169 de 1989 prevé que “Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán: a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;|| b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan; [y] || c) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin”.

33. Del texto citado, se extrae, en primer término, la regla general de consultar a las comunidades originarias, previa la adopción de medidas administrativas o legislativas que las afecten directamente; en segundo lugar, la definición de los medios para asegurar su participación en instituciones vinculadas con el diseño e implementación de políticas y programas que les conciernan; y finalmente, la destinación y provisión de recursos necesarios para el cumplimiento de esos propósitos. Además, el literal 2º del artículo 6º, plantea elementos centrales de la consulta, como la aplicación del principio de buena fe, la flexibilidad en el modo de realizarla y la finalidad de obtención del consentimiento de los pueblos interesados[48].

34. El artículo 6º del Convenio hace parte de un amplio conjunto de derechos de las comunidades, y obligaciones correlativas de los estados, para asegurar su efectiva participación en toda decisión que les afecte, así como diversas normas destinadas a fomentar el diálogo y la cooperación entre los pueblos interesados y los estados parte del Convenio.

Así, el artículo 5º, ibídem, ordena reconocer y proteger los valores sociales, culturales y religiosos de los pueblos interesados y tomar en consideración sus problemas colectivos e individuales, y adoptar medidas para “allanar” sus dificultades al afrontar nuevas condiciones de vida y de trabajo, con su “participación y cooperación”[49]; el artículo 7º plantea la obligación de garantizar su participación en los planes de desarrollo nacionales y regionales, y de realizar estudios sobre el impacto de las medidas en la forma de vida y el medio ambiente de sus territorios, con la participación y cooperación directa de los pueblos interesados[50]; el artículo 4º establece la obligación genérica de adoptar medidas para la protección de los derechos e intereses de los pueblos interesados, sin contrariar sus deseos “expresados de forma libre”[51].

35. En relación con los territorios indígenas, el artículo 15 hace referencia a la obligación de consultar a los pueblos concernidos, con el propósito de determinar si sus intereses serán perjudicados antes de emprender programas de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras y al derecho a participar de los beneficios que reporten esas actividades, y recibir indemnizaciones equitativas por los daños que les ocasionen[52], en tanto que el artículo 16 establece la obligación de obtener el consentimiento de los pueblos siempre que el Estado pretenda efectuar un traslado desde su territorio ancestral, y de concertar las medidas de reparación adecuadas ante tales eventos.[53]

36. Esa gama de garantías demuestra el papel central de la consulta previa en el Convenio, bajo las formas de participación, consulta previa, cooperación, consentimiento de la comunidad, participación en los beneficios e indemnización, que concurren al momento de asegurar la vinculación de las comunidades étnicas a la definición de las políticas públicas. Estas normas, además, cumplen las funciones de (i) proteger y respetar la autodeterminación de los pueblos; (ii) asegurar que su punto de vista sea escuchado por las autoridades del orden nacional; y (iii) propiciar la defensa de sus demás derechos (especialmente, pero no exclusivamente, los territoriales).[54]

Los ejes centrales de la Declaración son (i) el principio de no discriminación, de acuerdo con el cual (i.1) las personas indígenas gozan de iguales derechos al resto de la población y (i.2) el goce de sus derechos especiales, asociados a la diversidad étnica, no debe convertirse en obstáculo para el ejercicio de los demás derechos humanos[56]; (ii) el derecho a la autodeterminación[57]; (iii) la relevancia del principio de no asimilación[58]; y (iv) la participación[59], la consulta previa y el consentimiento libre e informado de las medidas que los afecten.

En armonía con el artículo 6º del Convenio 169 y la jurisprudencia constitucional, el artículo 19 de la DNUPDI establece la regla general de procedencia de la consulta, previa la adopción de medidas que afecten a los pueblos interesados, con el propósito de obtener su consentimiento libre e informado antes de la implementación de la medida: “los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado”.

38. Además de ello, la Declaración prevé estándares de protección específicos, como el derecho de los pueblos a establecer sus prioridades y estrategias de desarrollo y a participar en la elaboración y determinación de programas de salud, vivienda, y otros de carácter económico y social, así como a la administración de tales programas.[60] El derecho a la reparación por la toma inconsulta y no consentida de sus tierras y recursos naturales[61]. La consulta previa a la utilización de sus tierras o territorios para actividades militares, y la limitación de estas últimas a razones de interés público pertinente, o a un acuerdo libre con los pueblos interesados[62]. La celebración de consultas para obtener el consentimiento libre e informado, antes de aprobar proyectos que afecten sus tierras, territorios y recursos[63]. La obligación de adoptar medidas para alcanzar los fines de la Declaración, en consulta y cooperación con los pueblos indígenas, así como el establecimiento de medios para la movilización de la cooperación internacional y la asistencia técnica, necesarias para la consecución esos propósitos (artículos 38 y 41)[64].

39. El consentimiento libre e informado de las comunidades indígenas es abordado en disposiciones asociadas a (i) la prohibición de desplazamiento de los pueblos indígenas[65]

(ii) la obligación de reparar adecuada y eficazmente a los pueblos indígenas por la privación de bienes “culturales, intelectuales, religiosos y espirituales” o por la privación de tierras y territorios tradicionalmente poseídos y ocupados por los pueblos originarios (artículo 28), privilegiando en ambos casos las medidas de restitución; (iii) la prohibición de almacenar o eliminar materiales peligrosos en tierras y territorios indígenas.[66]

40. En síntesis, la Declaración refuerza el deber de consulta, no sólo recalcando su procedencia general frente a cualquier medida que afecte a los pueblos indígenas, sino previendo su participación y cooperación en todas las decisiones asociadas a los programas que incidan en su forma de vida; precisa algunos eventos en que una medida sólo procede con el consentimiento libre e informado de la comunidad, y desarrolla la obligación de adoptar medidas de reparación e indemnización concertadas con las comunidades en eventos en que se ha presentado una afectación a intereses protegidos de las comunidades sin consulta o, de ser el caso, sin consentimiento expreso[67].

Alcance de la consulta y subreglas aplicables.

41. La jurisprudencia constitucional, así como las normas de derecho internacional relevantes, han definido los contornos de la consulta previa mediante un conjunto de subreglas, principios y criterios que pueden ser concebidos como guías para los órganos competentes de adelantarla, los pueblos interesados y los particulares que se vean inmersos en el proceso consultivo. Así, en la sentencia T-129 de 2011[68] se recogieron las principales subreglas, que pueden sintetizarse así:

42. Criterios generales de aplicación de la consulta: (i) el objetivo de la consulta es alcanzar el consentimiento previo, libre e informado de las comunidades indígenas sobre medidas que las afecten (esto es, normas, políticas, planes, programas, etc.); (ii) el principio de buena fe debe guiar la actuación de las partes, condición imprescindible para su entendimiento y confianza y, por lo tanto para la eficacia de la consulta; (iii) por medio de las consultas se debe asegurar una participación activa y efectiva de los pueblos interesados. Que la participación sea activa significa que no equivale a la simple notificación a los pueblos interesados o a la celebración de reuniones informativas, y que sea efectiva, indica que su punto de vista debe tener incidencia en la decisión que adopten las autoridades concernidas; (iv) la consulta constituye un proceso de diálogo entre iguales; no

constituye, por lo tanto, un derecho de veto de las comunidades destinatarias del Convenio 169 de la OIT. Finalmente, (iv) la consulta debe ser flexible, de manera que se adapte a las necesidades de cada asunto, y a la diversidad de los pueblos indígenas y las comunidades afrodescendientes.

43. Reglas o subreglas específicas para el desarrollo o aplicación de la consulta: (i) la consulta debe ser previa a la medida objeto de examen, pues de otra forma no tendrá incidencia en la planeación e implementación de la medida; (ii) es obligatorio que los estados definan junto con las comunidades el modo de realizarla (preconsulta o consulta de la consulta); (iii) debe adelantarse con los representantes legítimos del pueblo o comunidad concernida; y, (iv) en caso de no llegar a un acuerdo en el proceso consultivo, las decisiones estatales deben estar desprovistas de arbitrariedad, aspecto que debe evaluarse a la luz de los principios de razonabilidad y proporcionalidad; (v) cuando resulte pertinente en virtud de la naturaleza de la medida, es obligatorio realizar estudios sobre su impacto ambiental y social.[69]

Ámbito material de procedencia de la consulta previa.

44. Las primeras decisiones proferidas por la Corte Constitucional en relación con la consulta previa, establecieron su procedencia frente a medidas susceptibles de afectar los territorios de los pueblos indígenas y los recursos naturales ubicados en ellos[70]. En casos posteriores, se consideró que debía realizarse también consulta frente a grandes proyectos de infraestructura[71] y en las sentencias T-129 de 2011[72] y T-693 de 2011[73] la Corporación presentó el conjunto de supuestos en los que se ha considerado obligatorio agotar el trámite participativo: la adopción de medidas legislativas y actos legislativos que afecten directamente a las comunidades originarias, la entrega de concesión en general y de explotación minera o de licencias ambientales para la explotación de recursos en territorios indígenas, y los proyectos de infraestructura o planes y programas de desarrollo que afecten a las comunidades indígenas.

45. A pesar del valor ilustrativo que posee la enumeración de esas hipótesis, es preciso señalar que la consulta no procede única o exclusivamente en supuestos taxativos, previamente construidos en la Constitución, la Ley o la jurisprudencia de esta Corporación, sino antes de implementar cualquier medida susceptible de afectarlas directamente.

46. Ese aspecto fue aclarado por la Sala Plena en sentencia SU-383 de 2003[74], cuando el Tribunal analizó un eventual conflicto entre los intereses de las comunidades indígenas y la defensa de la seguridad nacional, reflejado en la cuestión de si es obligatoria la consulta, previa la aspersión de sustancias químicas para la erradicación de cultivos ilícitos, en el marco de la lucha internacional contra el narcotráfico[75]. Sostuvo entonces la Corte que sí resultaba vinculante y aclaró que su ámbito material de procedencia está dado por la afectación directa de cualquiera de los derechos de las comunidades indígenas y no exclusivamente por la eventual incidencia en los territorios indígenas[76].

47. En consecuencia, el criterio clave para determinar la procedencia de la consulta es la afectación directa, la Sala pasa a precisar su contenido y alcance.

Sentido y alcance del concepto de afectación directa.

48. A continuación se explicará el alcance de la afectación directa con base en dos puntos: primero, se recordará el concepto de consulta establecido en la sentencia de unificación SU-383 de 2003, de manera amplia, a partir del literal a) del artículo 6 del Convenio 169. De otra parte, se hará referencia a las consideraciones vertidas en sentencias de constitucionalidad sobre el concepto, escenario en donde el concepto ha exigido mayores esfuerzos hermenéuticos.

49. En las sentencias hito C-030 de 2008 y C-075 de 2009, la Corte fue demarcando de forma precisa el concepto de afectación directa, a partir de los siguientes criterios de evaluación[77]:

“[...] En principio, las leyes, por su carácter general y abstracto, no generan una afectación directa de sus destinatarios, la cual sólo se materializa en la instancia aplicativa. Sin embargo, puede señalarse que hay una afectación directa cuando la ley altera el estatus de la persona o de la comunidad, bien sea porque le impone restricciones o gravámenes, o, por el contrario, le confiere beneficios. || (...) procede la consulta cuando la ley contenga disposiciones susceptibles de dar lugar a una afectación directa a los destinatarios, independientemente de que tal efecto sea positivo o negativo, aspecto éste que debe ser, precisamente, objeto de la consulta (...) lo que debe ser objeto de consulta son aquellas medidas susceptibles de afectar específicamente a las comunidades indígenas en su calidad de tales, y no aquellas disposiciones que se han previsto de manera uniforme para la

generalidad de los colombianos. [...] puede señalarse que no toda medida legislativa que de alguna manera concierna a los pueblos indígenas y tribales está sujeta al deber de consulta, puesto que como se ha visto, en el propio Convenio se contempla que, cuando no hay una afectación directa, el compromiso de los Estados remite a la promoción de oportunidades de participación que sean, al menos equivalentes a las que están al alcance de otros sectores de la población.

[...]

Con todo, es preciso tener en cuenta que la especificidad que se requiere en una determinada medida legislativa para que en relación con ella resulte predicable el deber de consulta en los términos del literal a) del artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, puede ser el resultado de una decisión expresa de expedir una regulación en el ámbito de las materias previstas en el convenio, o puede provenir del contenido material de la medida como tal, que, aunque concebida con alcance general, repercuta de manera directa sobre las comunidades indígenas y tribales.”[78]

Posteriormente, en el fallo C-175 de 2009[79], la Corporación precisó:

“Según lo expuesto, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que la preservación de la identidad diferenciada de los pueblos indígenas y tribales y, de esta manera, la eficacia del mandato superior de reconocimiento y protección de la diversidad étnica, se logra a través de, entre otros mecanismos, la consulta previa. Para el caso particular de las medidas legislativas, la consulta se predica sólo de aquellas disposiciones legales que tengan la posibilidad de afectar directamente los intereses de las comunidades. Por lo tanto, aquellas medidas legislativas de carácter general, que afectan de forma (...) uniforme a todos los ciudadanos, entre ellos los miembros de las comunidades tradicionales, no están prima facie sujetas al deber de consulta, excepto cuando esa normatividad general tenga previsiones expresas, comprendidas en el ámbito del Convenio 169 de la OIT, que sí interfieran esos intereses”.

50. En similar sentido, el ex Relator Especial de las Naciones Unidas sobre la situación de los indígenas ha explicado el concepto de afectación directa como asociado a afectación diferencial, en estos términos:

“[...] una interpretación de los diversos artículos pertinentes de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas basada en el propósito de dichos artículos, teniendo en cuenta otros instrumentos internacionales y la jurisprudencia conexas, conduce a la siguiente conclusión sobre el ámbito de aplicación del deber de celebrar consultas: es aplicable siempre que una decisión del Estado pueda afectar a los pueblos indígenas en modos no percibidos por otros individuos de la sociedad. Una incidencia diferenciada de esa índole se presenta cuando la decisión se relaciona con los intereses o las condiciones específicos de determinados pueblos indígenas, incluso si la decisión tiene efectos más amplios, como es el caso de ciertas leyes. Por ejemplo, la legislación sobre el uso de la tierra o de los recursos puede tener efecto general pero, al mismo tiempo, puede afectar los intereses de los pueblos indígenas de modos especiales debido a sus modelos tradicionales de tenencia de la tierra o a modelos culturales conexos, lo que, en consecuencia, da lugar al deber de celebrar consultas”. [80]

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

52. Estos criterios de apreciación no eliminan por completo la vaguedad del concepto de afectación directa y mantienen de esa forma la importancia de una evaluación caso a caso sobre la obligatoriedad de la medida. Pero constituyen, sin embargo, una orientación suficiente para el desempeño de esa tarea en términos acordes a los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

Participación, consulta previa y consentimiento desde el punto de vista del principio de proporcionalidad.

53. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en la sentencia del pueblo Saramaka contra el Estado de Surinam, señaló que en aquellos supuestos en que el Estado pretenda implantar una medida que afecte especialmente el derecho territorial de un pueblo indígena debe obtener su consentimiento previo.

54. La Corte Constitucional colombiana, en las sentencias T-769 de 2009[81] (relativa a la explotación minera en territorios colectivos de diversos resguardos ubicados entre los departamentos de Chocó y Antioquia) y T-129 de 2011[82] (sobre la presunta violación al derecho a la consulta de la comunidad de Pescadito y el resguardo de Chidima-Tolo, previa la implantación de diversas medidas de desarrollo, como la construcción de una carretera y el proyecto de conexión eléctrica entre Colombia y Panamá) efectuó similares consideraciones, explicando que, en aquellos eventos en que se presente una afectación especialmente intensa al territorio colectivo, el deber de asegurar la participación de la comunidad no se agota en la consulta, sino que es necesario obtener el consentimiento libre, informado y expreso del grupo afectado, como condición de procedencia de la medida[83].

55. En las sentencias citadas (T-769 de 2009[84] y T-129 de 2011[85]), la Corporación estableció que si bien el deber general del Estado en materia de consulta previa consiste en asegurar una participación activa y efectiva de las comunidades con el objeto de obtener su consentimiento, cuando la medida, además de afectar directamente a una comunidad, la afecta intensamente, es obligatoria la obtención del consentimiento de la comunidad previa la implantación de la medida, política, plan o proyecto[86].

56. La Sala estima que una adecuada comprensión de las reglas sobre el consentimiento previo, libre e informado, requiere algunas consideraciones adicionales, basadas en el principio de proporcionalidad.

57. La consulta previa es un derecho fundamental de los pueblos indígenas, normativamente complejo, condición indispensable para la preservación de las culturas ancestrales, y medio imprescindible para vincular a las comunidades indígenas a la discusión, diseño e implementación de medidas que les atañen, y evitar que sus prioridades sean invisibilizadas por el grupo social mayoritario.

58. Este derecho refleja un equilibrio o ponderación entre el interés general, representado

en los proyectos o medidas que potencialmente pueden incidir en los derechos de los pueblos indígenas, y el goce efectivo de estos últimos, particularmente, en materia de autodeterminación, autonomía, territorio, recursos y participación[87]. La ponderación consiste en determinar si la eficacia que se pretende alcanzar frente a un derecho o principio justifica una restricción de otro principio constitucional determinado[88].

La consulta es entonces un balance adecuado para ese potencial conflicto en la mayoría de los casos. El consentimiento expreso, libre e informado, sin embargo, es un balance constitucionalmente diverso, en el cual los derechos de los pueblos indígenas obtienen una garantía reforzada, debido a que la medida bajo discusión puede afectar más intensamente sus derechos.[89]

59. Por otra parte, en sentencia de constitucionalidad C-030 de 2008, la Sala Plena expresó que (i) la consulta previa procede frente a afectaciones directas de los pueblos indígenas y las comunidades afrodescendientes, en virtud del inciso 1º (literal a) del artículo 6º del Convenio 169 de la OIT, mientras que (ii) cuando se presente una incidencia de menor entidad, es decir, indirecta de los derechos de la comunidad, deben garantizarse espacios adecuados de participación para las comunidades afectadas, al menos de igual naturaleza a los que tiene el resto de la población a disposición. Es decir, que existe un derecho fundamental a la consulta previa frente a medidas que comportan la afectación directa de los pueblos indígenas o comunidades afrocolombianas; y un derecho de participación para aquellas que inciden indirectamente en tales comunidades.

60. Así las cosas, existen tres facetas del derecho de los pueblos originarios a participar en la definición de los asuntos que les interesan: (i) la simple participación, asociada a la intervención de las comunidades en los órganos decisorios de carácter nacional, así como en la incidencia que a través de sus organizaciones pueden ejercer en todos los escenarios que les interesen; (ii) la consulta previa frente a medidas susceptibles de afectarlos directamente; y (iii) el consentimiento previo, libre e informado cuando esa medida (norma, programa, proyecto, plan o política) produzca una afectación intensa de sus derechos, principalmente aquellos de carácter territorial[90].

61. La consulta, como proceso de diálogo, excluye el veto de las comunidades pero, de igual manera, es incompatible con la imposición de las medidas, como forma de gobierno,

aspecto implícito en el concepto de diálogo; en la subregla que establece que la participación debe ser efectiva (literalmente, que tenga efectos), y en la que prohíbe que, ante el fracaso de la consulta, el Estado adopte decisiones irrazonables o desproporcionadas.

Como se sabe, cualquier medida a adoptar en el Estado Constitucional de Derecho, es legítima sólo si respeta los principios de razonabilidad y proporcionalidad. Pues bien, una medida que afecta gravemente intereses y derechos protegidos de las comunidades originarias y se pretende implantar sin la aceptación expresa y libre del pueblo interesado resulta abiertamente irrazonable, puede afectar desproporcionadamente derechos y principios constitucionales y puede, por lo tanto, ser objeto de control judicial de carácter constitucional.

62. El consentimiento libre, expreso e informado, como garantía reforzada del derecho general de participación de las comunidades indígenas, debe producirse al terminar un procedimiento consultivo. Por ello, las reglas de la consulta son también aplicables en estos eventos, pero es importante destacar que algunas adquieren mayor trascendencia, pues son condición de que este sea libre e informado. Entre esas medidas, deben mencionarse: (i) la realización del procedimiento consultivo con representantes legítimos de la comunidad; (ii) la realización de estudios de impacto ambiental y social y su apropiada divulgación y discusión con las comunidades concernidas; (iii) la concertación con las comunidades sobre la participación (utilidad) en los beneficios derivados del proyecto.

Cuarto, derecho fundamental a la autonomía jurisdiccional indígena

63. La autonomía de los pueblos indígenas es un principio esencial para el ejercicio de sus derechos fundamentales y la realización del Estado multicultural y pluralista. La autonomía de los pueblos indígenas se encuentra especialmente desarrollada en los artículos 246, 329 y 330 de la Constitución Política, en los que se prevé su facultad para regirse por normas, procedimientos y autoridades propias; y la de definir sus prioridades en materia política, cultural, religiosa y económica.

64. La Corte ha señalado, sin embargo, que la autonomía puede generar conflictos con otros principios constitucionales y que, en la medida en que los pueblos indígenas también hacen parte del pacto constituyente, no puede concebirse como un derecho absoluto. Por otra

parte, el ejercicio de funciones jurisdiccionales requiere de criterios de coordinación con la justicia del sistema jurídico mayoritario. A continuación, se explican estos aspectos.

a. Límites a la autonomía de los pueblos indígenas. Criterios de interpretación y subreglas aplicables.

La Corte Constitucional ha desarrollado una línea jurisprudencial sólida en relación con los criterios más relevantes para la solución de conflictos entre los derechos de los pueblos indígenas y los derechos individuales de sus miembros[91].

A continuación, se hará referencia a los criterios generales de interpretación que debe observar el juez constitucional en este tipo de trámites; posteriormente, a los límites específicos que enfrenta la autonomía indígena; y finalmente, a las pautas para la definición de la competencia de la jurisdicción especial indígena. Ese será el marco utilizado, tanto para dar respuesta al problema jurídico, como para avanzar una respuesta inicial a las distintas inquietudes surgidas en el proceso participativo iniciado por la demanda de la referencia.

Criterios generales de interpretación, en conflictos constitucionales que involucran la autonomía jurisdiccional indígena.

65. Principio de “maximización de la autonomía de las comunidades indígenas” (o bien, de “minimización de las restricciones a su autonomía”)[92]: de acuerdo con este criterio, las restricciones a la autonomía de las comunidades indígenas solo son admisibles cuando (i) sean necesarias para salvaguardar un interés de mayor jerarquía, en las circunstancias del caso concreto; y (ii) sean las menos gravosas, frente a cualquier medida alternativa, para el ejercicio de esa autonomía[93]. Además, (iii) la evaluación de esos elementos debe llevarse a cabo teniendo en cuenta las particularidades de cada comunidad[94].

66. Principio de “mayor autonomía para la decisión de conflictos internos”: la jurisprudencia de esta Corporación ha establecido que el respeto por la autonomía de los pueblos indígenas es más amplia cuando se trata de conflictos que involucran únicamente a miembros de una comunidad, que cuando afectan a miembros de dos culturas diferentes (o autoridades de dos culturas diferentes), pues en el segundo caso deben armonizarse principios esenciales de cada una de las culturas en tensión (Sentencia T-496 de 1996[95]).

67. Principio “a mayor conservación de la identidad cultural, mayor autonomía” (A mayor conservación, mayor diálogo inter cultural).

Este principio fue formulado por primera vez en la sentencia T-254 de 1994, en los siguientes términos: “La realidad colombiana muestra que las numerosas comunidades indígenas existentes en el territorio nacional han sufrido una mayor o menor destrucción de su cultura por efecto del sometimiento al orden colonial y posterior integración a la “vida civilizada” (Ley 89 de 1890), debilitándose la capacidad de coerción social de las autoridades de algunos pueblos indígenas sobre sus miembros. La necesidad de un marco normativo objetivo que garantice seguridad jurídica y estabilidad social dentro de estas colectividades, hace indispensable distinguir entre los grupos que conservan sus usos y costumbres - los que deben ser, en principio, respetados -, de aquellos que no los conservan, y deben, por lo tanto, regirse en mayor grado por las leyes de la República, ya que repugna al orden constitucional y legal el que una persona pueda quedar relegada a los extramuros del derecho por efecto de una imprecisa o inexistente delimitación de la normatividad llamada a regular sus derechos y obligaciones”.

68. En la sentencia T-514 de 2009,[96] la Corporación consideró pertinente efectuar algunas aclaraciones sobre su alcance, a raíz de la experiencia acumulada desde 1994 en el estudio de casos concretos, y de la constatación de que una interpretación inadecuada de ese principio podría llevar a concebirlo como una autorización para desconocer la autonomía de las comunidades con bajo nivel de conservación cultural, lo que resultaría incompatible con los mandatos de igualdad entre culturas y no discriminación. (Artículos 70 y 13 de la Constitución Política).

69. En tal fallo, se estableció que el principio no puede concebirse como una prescripción dirigida a los jueces para dar mayor protección a la autonomía de ciertos grupos indígenas (los de mayor conservación o aislamiento), sino como una descripción sobre el estado actual de los usos y costumbres de los pueblos originarios, que tiene como consecuencia la mayor o menor necesidad de “traducción de los sistemas jurídicos tradicionales en categorías occidentales o viceversa”.

La expresión traducción puede generar la errónea impresión de que es posible y necesario

traducir sistemas jurídicos y culturales diversos, cuando sus elementos esenciales pueden carecer de equivalentes semánticos en el otro sistema. Resulta, por lo tanto, más apropiado hablar de la intensificación del diálogo, en la medida en que las diferencias culturales se hagan más notorias. Sin embargo, el grado de conservación cultural no puede llevar al operador judicial a desconocer las decisiones autónomas de cada comunidad, incluidas aquellas dirigidas a iniciar un proceso de recuperación de tradiciones, o a separarse de algunas de sus tradiciones.

b. Conflictos normativos o colisiones de principios con la autonomía jurisdiccional indígena.

70. Este acápite retoma la respuesta que este Tribunal Constitucional ha desarrollado en cuanto a la forma de abordar las colisiones entre derechos de los pueblos indígenas y derechos de sus miembros.

71. El artículo 246 de la Constitución Política prevé que la autonomía jurisdiccional comporta la potestad de crear normas y procedimientos para resolver los conflictos de las comunidades, siempre que no se opongan a la Constitución y la Ley. En la primera aproximación que se efectuó al sentido de esa disposición, la Sala Tercera de Revisión estimó que la autonomía jurisdiccional resultaba prevalente frente a normas legales dispositivas; pero en cambio, debía ceder en caso de incompatibilidad con cualquier norma constitucional o legal imperativa. (T-254/94, de Ananías Narváez contra comunidad indígena de El Tambo).

72. En un término relativamente breve, mediante sentencia T-349 de 1996 (caso de Ovidio González Wasorna contra la Asamblea General de Cabildos Indígenas Chamí, Crir), la Corte planteó una posición en buena medida incompatible con la asumida en El Tambo.

Consideró que limitar la autonomía indígena frente a cualquier norma legal o constitucional resultaría inconsistente con la decisión constituyente de elevar la autonomía jurisdiccional indígena a derecho fundamental, pues (i) no puede defenderse la jerarquía y la fuerza normativa de la Constitución si sus normas son desplazadas por todo mandato legal imperativo y (ii) como no existe un orden jerárquico preestablecido entre las cláusulas superiores de la Carta, tampoco puede preverse, en abstracto, que una norma Superior, el artículo 246 en este escenario, puede ser desplazada por cualquier otra cláusula Superior.

73. Consecuentemente, la Sala Cuarta de Revisión planteó que la autonomía de las comunidades debe respetarse al máximo y que solo puede ser limitada frente a lo verdaderamente intolerable, a partir de un consenso intercultural de la mayor amplitud posible. De esa reflexión, nació el principio de maximización de la autonomía, que con el tiempo se convirtió en el criterio de interpretación más relevante en este tipo de procesos.

75. Al momento de hacer explícito cuál es ese contenido de lo verdaderamente intolerable[97], la Sala citada afirmó que existe un consenso lo suficientemente amplio en torno a la inviolabilidad de (i) el derecho a la vida, (ii) la prohibición de tortura, tratos crueles inhumanos y degradantes, (iii) la prohibición de servidumbre y (iv) el debido proceso. Ese conjunto de normas constituyen límites inviolables para cualquier autoridad judicial, incluidas las autoridades tradicionales de los pueblos indígenas, cuando asumen el ejercicio de su jurisdicción.

76. Esas perspectivas encontradas llevaron a la Corte a proferir la decisión de unificación SU-510 de 1998 (Ipuc contra el pueblo arhuaco). Esta sentencia se originó en un conflicto entre indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta del pueblo arhuaco o ika, en el que surgieron divisiones derivadas de la adhesión de un amplio grupo de indígenas de la comunidad al culto cristiano de la Iglesia Pentecostal Unida de Colombia (Ipuc).

77. La queja constitucional fue presentada precisamente por los indígenas arhuacos miembros de la Ipuc y se relacionaba con la presunta existencia de un trato discriminatorio en su contra, y la imposición de castigos por parte de las autoridades tradicionales del resguardo (los mamos), derivada de su decisión de profesar la fe cristiana.

78. La Corte consideró que no se probó la existencia de esas conductas discriminatorias. Señaló que cada uno de los miembros de la comunidad podía ejercer su libertad religiosa, sin hacerse merecedor de una sanción por ese hecho, pero también concedió protección al derecho a la comunidad a la propiedad colectiva sobre su territorio, indicando que sin autorización de la comunidad no podría abrirse un templo de la Ipuc dentro del territorio arhuaco, ni adelantarse las prédicas correspondientes.[98] La Sala Plena decidió acoger entonces las subreglas planteadas en los fallos previos.[99]

“Según la jurisprudencia de la Corte (...), la efectividad de los derechos de los pueblos indígenas, determina que los límites susceptibles de ser impuestos a la autonomía normativa y jurisdiccional de tales comunidades, sólo sean aquellos que se encuentren referidos ‘a lo que verdaderamente resulta intolerable por atentar contra los bienes más preciados del hombre’. || En primer lugar, tales bienes están constituidos por el derecho a la vida (C.P., artículo 11), por las prohibiciones de la tortura (C.P., artículo 12) y la esclavitud (C.P., artículo 17) y por la legalidad del procedimiento y de los delitos y de las penas (C.P., artículo 29). En efecto, como lo ha manifestado la Corte, (1) sobre estos derechos existe verdadero consenso intercultural; (2) los anotados derechos pertenecen al grupo de derechos intangibles que reconocen todos los tratados internacionales de derechos humanos y que no pueden ser suspendidos ni siquiera en situaciones de conflicto armado (Pacto de Derechos Civiles y Políticos [Ley 74 de 1968], artículo 4-1 y 2; Convención Americana de Derechos Humanos [Ley 16 de 1972], artículo 27-1 y 2; Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes [Ley 78 de 1986], artículo 2-2; Convenios de Ginebra [Ley 5 de 1960], artículo 3º; Convención Europea de Derechos Humanos, artículo 15-1 y 2); y, (3) con relación al derecho a la legalidad del procedimiento y de los delitos y de las penas, el artículo 246 de la Constitución hace expresa referencia a que el juzgamiento se hará conforme a las ‘normas y procedimientos’ de la comunidad indígena, lo cual supone la preexistencia de los mismos respecto del juzgamiento de las conductas”.

79. Posteriormente, la Corte recordó en la citada SU-510 de 1998 que los derechos fundamentales son mínimos de convivencia social y que deben estar protegidos de la arbitrariedad de las autoridades[100]:

“La Corporación ha aceptado que se produzcan limitaciones a la autonomía de las autoridades indígenas siempre que estas estén dirigidas a evitar la realización o consumación de actos arbitrarios que lesionen gravemente la dignidad humana al afectar el núcleo esencial de los derechos fundamentales de los miembros de la comunidad”[101]

80. En la sentencia T-514 de 2009,[102] reiterada, la Corporación explicó que esa exposición podría llevar a concluir que los límites a la autonomía están dados, en primer lugar, por un “núcleo duro de derechos humanos”, junto con el principio de legalidad como garantía del debido proceso y, en segundo lugar, por los derechos fundamentales, en tanto mínimos de

convivencia social.

Esta forma de ver las cosas –explicó la Corte–, conduciría a cierta perplejidad, pues los derechos del núcleo duro son también derechos fundamentales (es decir, también hacen parte de los derechos reconocidos en la Constitución Política). Y siendo así, no resultaría clara la presentación de las dos categorías de límites, una definida de manera muy estricta como lo verdaderamente intolerable desde un consenso intercultural de la mayor amplitud posible; y la otra, expuesta de manera más amplia, que asocia el conjunto de derechos fundamentales a mínimos de convivencia.

La Corporación se ocupó entonces (en la misma sentencia T-514 de 2009) de despejar esta dificultad hermenéutica. Explicó que el “núcleo duro” es un límite absoluto, que trasciende cualquier ámbito autonómico de las comunidades indígenas y debe imponerse ante cualquier tipo de decisión que adopten, aunque la evaluación sobre su trasgresión, en cada caso, deba tomar en consideración los aspectos culturales relevantes[103]. Por su parte, los derechos fundamentales son “mínimos de convivencia” que deben ponderarse en cada caso[104].

81. En sentencias recientes (T-1253 de 2008[105] y T-514 de 2009[106]), este Tribunal señaló que existen ámbitos de autonomía en los cuales la intervención de órganos externos a las comunidades indígenas resulta particularmente nociva, pues puede aumentar las tensiones entre las facciones en disputa o generar el rompimiento definitivo de sus relaciones y diálogos.

Esos escenarios se caracterizan por fuertes divisiones dentro de la comunidad, asociadas a la distribución de la tierra o al reparto y manejo de los recursos del Sistema General de Participaciones. En disputas de esa naturaleza, la intervención externa solo tiende a agravar el conflicto, pues supone la imposición del punto de vista de un tercero sobre temas que involucran la cohesión social del grupo.

La Corporación ha optado entonces por proteger la autonomía de las comunidades, sin acoger la posición de una de las partes en conflicto, sino promoviendo el agotamiento de nuevos espacios de participación y solución de conflictos dentro de los pueblos o las comunidades afectadas. Entre esas alternativas puede evaluarse la intervención de comunidades cercanas, concedoras de sistemas de derecho propio similares, asociaciones

de cabildos, escuelas de derecho propio, médicos tradicionales, e incluso autoridades del sistema jurídico mayoritario, siempre que esa mediación sea autorizada por la comunidad y los órganos que contribuyan en ella no pretendan imponer decisiones al grupo, sino facilitar el diálogo[107].

Autonomía jurisdiccional y criterios para resolver eventuales conflictos de competencia entre el sistema jurídico mayoritario y la jurisdicción especial indígena

82. En este acápite la Sala presenta los criterios que la Corte Constitucional ha desarrollado para resolver conflictos de competencia entre la jurisdicción especial indígena y el sistema jurídico nacional. Como consideraciones previas, es oportuno señalar que, junto con el reconocimiento de la autonomía jurisdiccional, el constituyente previó la necesidad de una ley de coordinación entre la jurisdicción especial indígena y los órganos del sistema jurídico mayoritario.

83. La expedición de esa ley ha resultado particularmente difícil, y ello obedece en buena medida al concepto mismo de pluralismo jurídico y diversidad cultural. En Colombia las comunidades indígenas tienen formas muy distintas de concebir el derecho, y su contacto con el derecho no indígena es más o menos amplio, así como las influencias que los órdenes jurídicos proyectan entre sí.

84. Una ley de coordinación supone un acuerdo sobre cómo decidir las controversias acerca de si se presentan o no los elementos necesarios para el ejercicio de la jurisdicción especial indígena; y esos mecanismos deben ser apropiados para todas esas comunidades, y aceptables desde su forma de ver el derecho[108].

Fuero indígena; factores personal y territorial de competencia[110]

86. En las sentencias T-496 de 1996 y T-728 de 2002, la Corte se refirió al fuero indígena, destacando su doble dimensión, en tanto derecho de las personas que reclaman una identidad étnica indígena a ser juzgadas de acuerdo con los sistemas de regulación de las propias comunidades, y garantía institucional de la autonomía indígena, en los siguientes términos: "(...) del reconocimiento constitucional de las jurisdicciones especiales se deriva el derecho de los miembros de las comunidades indígenas a un fuero. En efecto, se concede el derecho a ser juzgado por sus propias autoridades, conforme a sus normas y

procedimientos, dentro de su ámbito territorial, en aras de garantizar el respeto por la particular cosmovisión del individuo”, aspecto que fue reiterado y precisado en la sentencia T-728 de 2002, así: “El fuero indígena es el derecho del que gozan los miembros de las comunidades indígenas, por el hecho de pertenecer a ellas, para ser juzgados por las autoridades indígenas, de acuerdo con sus normas y procedimientos, es decir por un juez diferente del que ordinariamente tiene la competencia para el efecto y cuya finalidad es el juzgamiento acorde con la organización y modo de vida la comunidad. Este reconocimiento se impone dada la imposibilidad de traducción fiel de las normas de los sistemas indígenas al sistema jurídico nacional y viceversa (...)”.

87. La Corte señaló, además, que para la configuración del fuero indígena no era suficiente la identidad étnica indígena del procesado, sino que debían acreditarse un elemento personal, de acuerdo con el cual “el individuo debe ser juzgado de acuerdo con las normas de su comunidad”; y uno geográfico o territorial, “que permite a las comunidades indígenas juzgar conductas cometidas en su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas”.

88. La concurrencia de tales elementos daría lugar al juzgamiento del indígena por parte de las autoridades de su comunidad. Sin embargo, en ausencia de uno de esos factores, el juez encargado de dirimir el conflicto debería tomar en cuenta criterios como el grado de aculturación del sujeto o el nivel de aislamiento de la comunidad para definir a qué jurisdicción asignar la competencia, bajo parámetros de equidad y razonabilidad.

89. En la sentencia T-496 de 1996[111], la Corte se refirió por primera vez al elemento territorial como factor constitutivo del fuero indígena, junto con el personal. Como es previsible, este factor indica que si la conducta objeto de investigación (o el conflicto, en términos más amplios) tuvo lugar dentro del territorio de una comunidad indígena, debe ser conocida por las autoridades de esa comunidad.

90. El factor territorial se desprende de la redacción del artículo 246, CP, que confiere a los pueblos indígenas la potestad de aplicar justicia, normas y procedimientos propios (o los usos y costumbres) dentro de su “ámbito territorial”. Esta consideración se fundamenta en que los derechos territoriales de los pueblos indígenas se basan en el reconocimiento de la especial relación que guardan estos grupos humanos con los territorios que ocupan,

previamente explicada.

91. En cuanto al factor territorial, debe mencionarse que la Corporación también ha hecho referencia al efecto expansivo del territorio, o a la forma en que este no se agota en sus límites geográficos, sino que se extiende a los lugares de relevancia cultural para el pueblo indígena.

En adición a los dos elementos definitorios del fuero, en jurisprudencia más reciente se fueron desarrollando dos factores adicionales de competencia. El elemento institucional, esencial para la defensa de las víctimas y la paz social; y el elemento objetivo, que toma en consideración la naturaleza del conflicto.

El factor institucional

92. En la providencia T-552 de 2003[112], la Corte Constitucional abordó una nueva dimensión de la jurisdicción especial indígena, relacionada con el papel de las víctimas en el proceso penal y el alcance del debido proceso del acusado.

93. El elemento institucional hace referencia al hecho de que la jurisdicción especial indígena se define, también, en función a un conjunto de autoridades tradicionales, sistemas de derecho propio, y procedimientos conocidos y aceptados por la comunidad. Es decir, en torno a una institucionalidad.

Esa institucionalidad es un presupuesto esencial para la eficacia del debido proceso y para la eficacia de los derechos de las víctimas. Este elemento permite conservar la armonía dentro de la comunidad, pues de la aceptación social y efectiva aplicación de las sanciones internas, y de la idoneidad de las medidas de protección y reparación de las víctimas, depende que se restaure el equilibrio interno de la comunidad y que no se produzcan venganzas entre sus miembros o familias.

94. En la sentencia T-552 de 2003 (citada), este Tribunal revisó una acción de tutela interpuesta por el gobernador del cabildo indígena de Caquiona (etnia yanacona), quien alegó que el Consejo Superior de la Judicatura habría incurrido en una “vía de hecho” al decidir el conflicto de competencias entre las autoridades tradicionales y la jurisdicción ordinaria (especialidad penal) en un caso de homicidio y porte ilegal de armas ocurrido

dentro del resguardo, y en el que tanto el agresor como la víctima eran miembros de la comunidad.

Durante el proceso penal el Cabildo del Resguardo caquiona y la Dirección de Etnias del Ministerio del Interior solicitaron remitir las actuaciones al resguardo, en tanto que el representante de la parte civil y los familiares de la víctima se opusieron al traslado del expediente. La participación de estos últimos puso sobre la mesa los derechos de las víctimas y la necesidad de determinar su alcance en el escenario constitucional de la justicia indígena.

95. La Corte consideró que la resolución de conflictos mediante los instrumentos previstos por cada comunidad, como elemento de garantía y conservación de las culturas aborígenes y medio para la satisfacción de los derechos de las víctimas, requiere un mínimo poder de coerción social por parte de las autoridades del resguardo.

96. En lo atinente al contenido de los derechos de las víctimas, recordó que la jurisprudencia constitucional y regional (es decir, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos) ha establecido que estos derechos comprenden la verdad, la justicia y la reparación[113], e indicó que dentro de la jurisdicción especial indígena esos derechos deben entenderse a la luz de criterios de razonabilidad y proporcionalidad[114].

96. Finalmente, en la sentencia T-552 de 2003 la Corte introdujo el factor objetivo de competencia, con fundamento en jurisprudencia del Consejo Superior de la Judicatura: “Pero además de esos factores personal y territorial, en la definición del fuero indígena concurre también el elemento objetivo, referido a la naturaleza del sujeto o el objeto sobre el que recae la conducta” [115]

97. A juicio de la Sala, la definición del elemento objetivo como la naturaleza del objeto o sujeto afectado por una conducta punible o nociva resulta demasiado vaga, pues no específica qué tipo de objetos, o sujetos afectados, determinan la competencia de la jurisdicción especial indígena. En la sentencia T-617 de 2010, la Corporación “rastreó” el origen del principio en la jurisprudencia del Consejo Superior de la Judicatura y su manejo por la Corte Constitucional, y concluyó que su sentido era equívoco en ambas corporaciones, pues mientras el Consejo Superior de la Judicatura lo utilizó de formas muy distintas en sus decisiones, la Corte mantuvo siempre su vaguedad, de manera que su

utilidad para la solución de conflictos de competencia resultaba muy limitada.[116]

98. Tras ese análisis la Corte precisó que este hace referencia a la naturaleza del sujeto o del bien jurídico afectado por una conducta punible, de manera que pueda determinarse si el interés del proceso es de la comunidad indígena o de la cultura mayoritaria. Y aclaró que, más allá de las dificultades que puedan surgir en cada caso para evaluar el elemento objetivo, es evidente que existen alternativas: (i) el bien jurídico afectado o su titular pertenecen a una comunidad indígena; (ii) el bien jurídico lesionado o su titular pertenecen exclusivamente a la cultura mayoritaria; (iii) independientemente de la identidad étnica del titular, el bien jurídico afectado concierne tanto a la comunidad a la que pertenece el actor o sujeto activo de la conducta, como a la cultura mayoritaria.

99. El elemento objetivo es muy relevante en los supuestos (i) y (ii): en el primero, el caso corresponde a la jurisdicción especial indígena; y en el segundo, a la justicia ordinaria. Sin embargo, en el evento (iii) no resulta determinante. Por ese motivo, la decisión del juez deberá pasar por la verificación de todos los elementos del caso concreto y los demás factores tendrán mayor relevancia para definir si la competencia corresponde al sistema jurídico nacional o a las autoridades de los pueblos indígenas.

100. Una vez concluida la sistematización de las reglas referentes a los factores que determinan la competencia de la jurisdicción especial indígena[117], resulta oportuno señalar que estos criterios deben evaluarse de forma ponderada y razonable en las circunstancias de cada caso. La diversidad puede generar situaciones de difícil solución[118]. Por ello, si uno de estos factores no se cumple en el caso concreto, ello no implica que de manera automática el caso corresponda al sistema jurídico nacional. El juez deberá revisar cuál es la decisión que mejor defiende la autonomía indígena, el debido proceso del acusado y los derechos de las víctimas. En cuanto a los dos últimos, deberá estudiarlos bajo la perspectiva de la diversidad cultural.[119]

101. Dada la naturaleza del problema jurídico planteado, resulta oportuno recordar también lo expresado en la sentencia T-1253 de 2008, acerca de los eventos en los que la intervención de órganos internos puede agravar conflictos internos de las comunidades indígenas:

“8. En este punto, la pregunta que debe orientar a la sala de Revisión es desde cuándo y

hasta dónde puede intervenir el juez de tutela en los asuntos y conflictos internos de las comunidades indígenas. Este interrogante se aplica tanto al asunto acerca de si la comunidad puede vincular nuevos miembros al resguardo como al problema de quiénes pueden participar en la elección del cabildo.

Al respecto es preciso anotar que todos los ciudadanos tienen el derecho constitucional de acceder a la justicia, lo cual comprende también el acceso a los jueces de tutela, para solicitar la protección de los derechos fundamentales. Obviamente, este derecho constitucional también se aplica a los miembros de las comunidades indígenas.

Empero, al mismo tiempo, la Constitución reconoce la autonomía de los pueblos indígenas. Estas normas constitucionales se desnaturalizarían en la práctica si toda divergencia dentro de las comunidades indígenas pasa a ser decidida por los jueces de tutela.

Las decisiones de tutela son proferidas a partir de la autoridad con que se ha revestido al juez para solucionar los conflictos concretos que le son presentados. Para dictar su sentencia, el juez recurre a los conceptos propios de la cultura jurídica predominante. De la misma manera, con base en la autoridad que le ha sido conferida, el juez impone su decisión a las partes, sin que para ello tenga que consultar o esperar el resultado de los amplios procesos de diálogo en la búsqueda de la resolución de los conflictos que distingue a las comunidades indígenas. Con ello, puede convertirse en un obstáculo para la recomposición y readaptación de las identidades indígenas y de sus normas comunitarias.

Por ello, con el fin de garantizar la autonomía indígena, es necesario establecer que para los miembros de esas comunidades soliciten la intervención del juez de tutela en sus asuntos internos es preciso demostrar que se han agotado los mecanismos existentes dentro de la misma comunidad para la resolución de los conflictos”.

Del caso concreto.

102. En el marco de las consideraciones normativas expuestas, las subreglas de decisión y criterios de interpretación establecidos en la jurisprudencia constitucional, la Sala abordará el estudio del caso concreto, y dividirá la exposición en cuatro acápite: (i) del contexto; (ii) de la procedibilidad de la acción; y (iii) del fondo del asunto.

Contexto. La situación de vulnerabilidad del pueblo wayúu.

Elementos culturales relevantes para la solución del caso concreto.

La Corte Constitucional, consecuente con el desafío previsto por el Constituyente de 1991, en el sentido de construir un estado pluralista, que refleje los rostros de las distintas personas y culturas que lo componen, ha construido un sólido cuerpo jurisprudencial para resolver los conflictos asociados al estado multicultural e intercultural y al pluralismo jurídico, bajo la premisa esencial de propiciar un diálogo inter cultural.

Ese diálogo, basado en un intercambio de ideas en un plano de igualdad entre los distintos grupos culturales del país, es el mecanismo esencial al que debe acudir el juez constitucional y los demás funcionarios del Estado al acercarse a problemas que involucren a los pueblos indígenas o a otras comunidades étnicamente diversas.

1. De la situación de vulnerabilidad del pueblo wayúu en el marco del estado de cosas inconstitucional del desplazamiento forzado. Auto 004 de 2009[120]:

“[E]l pueblo wayúu está conformado por aproximadamente 144.000 personas, [lo que] representa un alto porcentaje de la población indígena de Colombia. Su territorio tradicional ocupa 1.080.336 hectáreas en el resguardo de la Alta y Media Guajira[, y] hay más resguardos en el sur de la Guajira y en la media Guajira.

[...El pueblo wayúu] ha sido gravemente afectado por el conflicto armado colombiano, principalmente por razón de las características geográficas de su territorio, que lo han hecho atractivo para los grupos armados ilegales, [...dada la] importancia geográfica estratégica de la Guajira por la salida al mar, la frontera con Venezuela, y corredores hacia la Sierra Nevada de Santa Marta y la Serranía del Perijá. Las características naturales del territorio, que implican ventajas para el tráfico de mercancías, vehículos y personas, junto con la precaria presencia estatal, han sido las causas de la presencia de grupos armados ilegales que buscan aprovechar esas ventajas por vía armada y violencia. Los wayúus [...] han sido víctimas [...] de amenazas, principalmente por los paramilitares. La facilidad para el [...] contrabando de bienes y de gasolina en el territorio wayúu, [para el] paso de mercancías, vehículos y personas, hace que los grupos armados ilegales se hagan presentes en la región y busquen canalizar esas ventajas para sus respectivos negocios, por

la vía armada [...]”[121].

La afectación del pueblo wayúu por el conflicto armado ha sido invisibilizada por las características culturales de los wayúu; éstas han dado lugar a malas interpretaciones que, por un lado, subsumen los homicidios y las masacres de los que han sido víctimas a manos de los grupos armados ilegales dentro de los patrones documentados de conflictos y guerras interclaniles y, por el otro, confunden el desplazamiento forzado con la representación social predominante de su estilo de vida polirresidencial o semi-nómada [...] Debe precisarse a este respecto que las denominadas ‘guerras interclaniles’, que están estrictamente reguladas por códigos culturales, han sido cooptadas y pervertidas por los grupos armados en el curso de su expansión territorial.

[...] Otros factores que promueven fuertemente la invisibilización, y por lo tanto hacen más difícil la situación, consisten en que algunos pocos wayúu sí se han involucrado con grupos armados; algunos sí se han desplazado por guerras interclaniles; y algunos sí participan en el contrabando y el narcotráfico. Pero estos son una minoría de casos que generan falsas representaciones sobre la mayoría de las víctimas reales del conflicto armado.”

Como puede verse, la violencia asociada al carácter estratégico de la ubicación geográfica del pueblo wayúu, la invisibilización de las violaciones a sus derechos y una respuesta estatal basada en la negación de los hechos, o la atribución de los mismos a la cultura del pueblo indígena, fueron los factores más relevantes de desplazamiento hallados por la Corte en el auto 004 de 2009.

103. En el año 2014, la Defensoría del Pueblo presentó un informe sobre la crisis humanitaria que enfrenta el Departamento de la Guajira [en lo sucesivo, Informe Defensorial, 2014], dando cuenta de un conjunto de amenazas y violaciones de derechos que concierne a toda la población de la región, pero que afecta de forma diferencial y más intensa al pueblo wayúu.

Además de la persistencia de la violencia contra el pueblo wayúu[122], el ente de control explicó la existencia de una crisis humanitaria en materia alimentaria y de acceso al agua, así como la deficiencia en la prestación de los servicios públicos de educación, salud y de políticas y programas de acceso a una vivienda digna[123]. Al comenzar el relato, el Defensor del Pueblo expresó que, actualmente, en la Guajira “sufre el pueblo wayúu

acorralado por el hambre, la violencia y la corrupción” y puntualizó que “un número significativo de niños y niñas, en su mayor parte del pueblo wayúu, ha muerto en el departamento de La Guajira durante los últimos meses por causas perfectamente evitables”.

El Informe señala, además, que el mayor porcentaje de necesidades básicas insatisfechas se encuentra en la zona norte de la Guajira, donde se ubica la mayor parte de la población indígena y condenó las muertes de menores por desnutrición, circunstancia evitable para el Estado, en concepto del ente de control. Un problema esencial en esta crisis humanitaria es la ausencia de agua, por falta o insuficiencia de pozos de abastecimiento o por la contaminación de los mismos “por animales muertos”, de donde el Defensor concluye que “no se está garantizando a la población el derecho humano al agua, en condiciones de accesibilidad, disponibilidad y calidad” y que existe una violación al mínimo vital de agua, con consecuencias negativas en materia de salubridad y en relación con el pastoreo y otras actividades tradicionales del pueblo citado[124].

Para terminar, el Informe denuncia problemas con la transferencia de recursos del Sistema General de Participaciones, esencialmente, debido a la baja participación de las comunidades en la definición del destino de esos recursos, y la existencia de conflictos originados en proyectos de exploración y explotación de recursos mineros y energéticos.

104. A continuación se hará referencia a algunos aspectos de la cultura wayúu, relevantes para la solución del caso concreto. Sus relaciones de parentesco, su modo de obtener el sustento, las formas de relación con la tierra y los mecanismos internos de solución de conflictos[125]. Al respecto, la Sala tomará como referencia esencial la intervención de la Junta Mayor de Palabrereros (posteriormente, Consejo Superior de Palabrereros) y el Instituto Colombiano de Antropología e Historia – ICANH. Como fuentes de apoyo, la Sala hará referencia a diversos estudios etnográficos del mundo wayúu.

105. En relación con el parentesco, la Junta Mayor de Palabrereros[126] explicó a la Corte que:

La organización social se conforma a partir de grupos familiares o clanes, denominados Eiruku [significa literalmente carne]. Los clanes son unidades de carácter matrilineal. Existe evidencia de la existencia de 30 clanes wayúu en la actualidad, cada uno con una

adscripción territorial definida y sus propias autoridades tradicionales. Las autoridades tradicionales de los clanes wayúu son los tíos maternos o Alaúlayuu, que son como jefes de sus núcleos familiares, quienes asumen la representación política de su clan e intervienen en la resolución de conflictos. Además responden por las obligaciones de manutención y formación en las familias nucleares. Las mujeres tienen un papel importante en la comunidad pues ejercen la educación tradicional, sustentan el linaje y la territorialidad.

Como forma de interrelación familiar, en cada uno de los clanes se distinguen categorías de familiares que se reconocen como parientes uterinos o descendientes por línea materna, los cuales reciben el nombre de Aikeyuu, para diferenciarlos de los parientes de ascendencia paterna, reconocidos como Oupayuu; ambos parientes se consideran como miembros Apüshii (familiares). Bajo estos conceptos se consideran parientes inmediatos a los individuos descendientes por línea materna y se interpretan los datos biológicos a partir de que los hijos se forman a través de la carne de la madre (concarinidad) y la sangre del padre (consanguinidad).

Entre los wayúu, el acto de identificar el parentesco familiar se constituye en un principio de regla general, que funciona adecuadamente en los momentos de establecer grados de responsabilidad entre los miembros de un mismo grupo familiar. A partir del reconocimiento de los parentescos familiares los individuos establecen modos de dirigirse y comportarse ante los demás miembros de la comunidad. De este modo se promueven los valores de respeto entre los individuos adultos y menores y se reconoce el grado de compromiso que le asiste a cada uno de los géneros, tanto masculino como femenino.

El carácter fundamental de identificar los parentescos se expresa en los procedimientos de graves conflictos familiares o interclaniles, donde se contempla, en primera instancia, identificar los grados del parentesco familiar, para efectos de proceder a una acción de reclamo. En este modo los miembros de un clan agraviado, antes de solicitar la intervención de un palabrero, suelen identificar el grado que involucra en forma directa o indirecta a un individuo del clan agresor, esto con el fin de establecer responsabilidades en los instantes de resolver el conflicto [...]"

106. Por otra parte, el Instituto Colombiano de Antropología e Historia explicó a la Sala algunos aspectos relacionados con las relaciones entre los wayúu y sus tierras y territorios,

y con los modos de solución de conflictos del pueblo indígena[127]:

“El conflicto por el uso y la posesión de la tierra y sus recursos entre la gente wayúu no se limita a las comunidades ni eventos señalados en la tutela remitida [...] las disputas inter e intra étnicas en la Baja, Media y Alta Guajira se extienden en una distancia y temporalidad mucho mayor a los actos administrativos que (re)definen los derechos de propiedad territorial por parte del Estado colombiano[128]. Con base en lo anterior consideramos pertinente propugnar porque las acciones institucionales sobre las tierras El Ahumao, en el Corregimiento de Camarones, municipio de Riohacha, reconozcan particularidades muy relevantes dentro del sistema jurídico wayúu, tales como:

La organización matrilineal: Vergara explica que “los Wayúu se encuentran organizados en clanes matrilineales a los cuales se asocia un animal totémico y cuyos miembros se identifican como miembros de agrupaciones de parientes uterinos (apüshis), asociados a un determinado territorio, donde el parentesco es la base de sus relaciones sociales; así, los Wayúu establecen un vínculo con la carne (eirruku) el cual sólo es transmitido por vía materna y que regula los mecanismos de la herencia”[129].

La autoridad tradicional segmentaria: la autoridad wayúu no es centralizada sino que se difunde en los segmentos clánicos y locales, en los cuales Saler (Op. Cit.) y Guerra (Op. Cit. 2002), distinguen en primer lugar a los ‘talaulas’ o jefes tradicionales que reposan en el varón mayor integrante del núcleo uterino de una ranchería grande. Luego, se cuenta con la figura de los ‘palabrereros’ o ‘pütchipü’ü”, encargados de negociar los acuerdos entre distintos clanes. Al respecto, y de acuerdo con los entrevistados, consideramos pertinente hacer un llamado a la cautela frente a la toma de decisiones con base en ‘conceptos’ de la ‘Junta Mayor Autónoma de Palabrereros Wayúu’ [... pues] esta instancia sólo se consolidó hasta el año 2009 tras la declaratoria patrimonial del “sistema normativo wayúu aplicado por la figura del o ‘pütchipü’ü’ (palabrerero)”[130]. En esa medida, su constitución política surge frente y en respuesta al sistema jurídico “occidental” y, por tanto, no corresponde a parámetros organizativos consuetudinarios, por lo cual el alcance de sus argumentaciones carece de poder vinculante dentro del sistema jurídico wayúu “tradicional”.

Los mecanismos de control territorial basados en la precedencia, adyacencia y subsistencia: Guerra identifica que “la precedencia responde a la ocupación continuada por

parte de un grupo familiar en un determinado sitio, considerado como su Woumainpa'a o Patria Guajira, y su manifestación concreta son los cementerios familiares y vestigios materiales que prueben la antigüedad de su asentamiento en esa área. La adyacencia se fundamenta en la cercanía del eje vivienda-cementerio a las zonas de pasturaje, fuentes de agua, áreas de caza, cultivo y recolección entre los pastores y en las cercanías a las salinas, las lagunas litorales y áreas de pesca entre los apalainchi o wayúu de la zona costera. El principio de subsistencia consiste en el reconocimiento social que se le hace a un grupo familiar wayúu como explotador inveterado de unos recursos naturales adyacentes a su territorio tradicional"[131].

A partir de los puntos y fuentes anteriormente señalados, además de considerar que la exposición de fundamentos de derecho de la demanda es procedente, en este caso podemos resaltar la tensión y pugna entre dos sistemas jurídicos que determinan los derechos a la propiedad de la tierra con base en atributos temporales diferenciados: por una parte, la muy posible presencia de un antiguo cementerio matrilocal del clan Epinayú en las inmediaciones de El Ahumao, del cual se pueden desprender derechos exclusivos a este clan dentro del sistema wayúu; y, por otra, la ocupación de hecho por varias décadas de personas y familias que, aunque pertenecientes a otros clanes y a otros grupos poblacionales, puede amparar derechos desde el sistema nacional".

107. La antropóloga Marcela Gutiérrez, en armonía con lo expuesto, destaca los siguientes elementos puntuales sobre los modos de resolver situaciones problemáticas (en adelante, SP) dentro del sistema jurídico wayúu:

"1. La dignidad es la columna vertebral de una sociedad pacífica (en la vida y en la muerte). La sociedad exige respeto entre sus miembros (hombre y mujer) en todas las interacciones sociales. El respeto por la dignidad ayuda a construir una sociedad y una familia pacífica. La mujer tiene un papel fundamental en prevenir y manejar las SP, en aras de la dignidad y del honor [...]

2. El respeto y el manejo de la palabra es sinónimo de comunicación, prudencia y tolerancia. Un buen palabrero es el que recurre a la palabra y no a la fuerza. El que se expresa a través de una palabra, se compromete con ella y con sus consecuencias; y quien da la palabra y no la cumple causa una situación problemática, que debe resolverse

mediante el pago.

3. La vida y la integridad son valores fundamentales para la existencia del indígena y de su colectividad. La vida (sangre), en el sentido más extenso, es un concepto que tiene en cuenta la importancia de que la colectividad viva integralmente y que la respeten en sus valores de cultura y naturaleza. La vida se defiende y se paga en caso de haber sido vulnerada.

4. El territorio y la propiedad colectiva son sagrados para la existencia y la identidad de la comunidad. El territorio existe ancestralmente, por proximidad entre las rancherías y por explotación de los recursos. Las SP no son por la 'propiedad', sino más bien por el valor del territorio ancestral, el control de las tierras y de los puntos de agua. El que atente contra el entorno y sus lugares sagrados compromete la existencia cultural y colectiva de la comunidad [...]

5. La familia y el estatuto social se deben respetar. Se deben venerar sus autoridades, bienes y personas en sus diferentes edades y nexos familiares [...]

6. Por último, el mundo de los espíritus une lo que es para los wayúu el ciclo de la vida y la muerte, el mundo profano y el 'otro mundo' donde reinan muchos espíritus que son los maestros de la tierra, de los animales y de todo el mundo wayúu. La tierra, los cementerios son lugares sagrados; atentar contra ellos es atentar contra el mundo espiritual y eso lleva a exigir una compensación."

108. A su turno, el antropólogo Weildler Guerra Curvelo, describía ya en el año 1997 conflictos similares al que debe resolver la Corte Constitucional[132] en este trámite:

"[...] La población peninsular se encuentra, pues, asociada por la sociedad nacional con la práctica de actividades comerciales ilícitas y con la aplicación generalizada de la justicia privada. No obstante, esta visión etnocéntrica no es adecuada para analizar una subregión heterogénea desde la perspectiva étnica, cuya población ha mantenido históricamente una relativa autonomía política y cultural [...]

Muchos de los conflictos wayúu se encuentran relacionados con la competencia por el control de áreas territoriales entre diferentes grupos familiares indígenas. Los wayúu basan

los mecanismos de control territorial en los principios de precedencia, adyacencia y subsistencia[133] [...]

Usualmente, las fricciones suelen darse cuando dos grupos familiares alegan tener la precedencia en la ocupación de un mismo territorio. Es muy frecuente encontrar un tipo de conflicto ocasionado porque un grupo de parientes uterinos permite que en su territorio tradicional acampe otro grupo familiar que, huyendo de un conflicto armado o migrando debido a los intensos veranos que azotan la península, requiere el acceso a zonas de pastaje y fuentes de agua. Quienes tienen la precedencia en la ocupación del territorio –y por tanto la prioridad en el usufructo de las tierras– acceden, pues, a la situación calamitosa del grupo que solicita con humildad el amparo de sus parientes, y el pastaje de sus animales no parece significar un peligro para su preponderancia política en la zona; por el contrario, podría reforzar el círculo de parientes y allegados que les son partidarios. No obstante, con el transcurrir de los años, los refugiados pueden prosperar y establecer una serie de alianzas matrimoniales con sus benefactores o con otras familias de la zona, hasta sentirse lo suficientemente fuertes como para establecer sus propios cementerios en ella y disputar el liderazgo político y el control del territorio a los primeros. Es posible, también, que su ascenso económico y social pueda ser visto por éstos como una amenaza, lo cual da origen a una serie de incidentes que culminan frecuentemente en el enfrentamiento abierto entre los dos grupos familiares.

[...]

Al contrario de lo que comúnmente creen los miembros de la sociedad nacional, el manejo que los wayúu hacen de sus conflictos se parece muy poco a la llamada “ley del talión” que les atribuyen algunos funcionarios y periodistas colombianos y venezolanos. Cuando un grupo familiar se ve ofendido por la agresión física o la afrenta a uno de sus miembros, sus parientes uterinos suelen ponderar cuidadosamente sus fuerzas y las del grupo agresor, evaluando fríamente las consecuencias de las distintas opciones de acción. De acuerdo con Sahler (1988:116) estas pueden ser tres: 1) abstenerse de culpar a alguien o de tomar medidas contra persona alguna; 2) tratar de vengarse en forma sangrienta de la persona responsable o de sus parientes uterinos cercanos; 3) exigir compensación material. Es posible que luego de este frío cálculo, un grupo familiar se decida por aquella opción que restablezca su dignidad en el escenario social wayúu con el menor costo en vidas y en

recursos [...]

Cuando una familia extensa wayúu decide exigir compensación material, suele recurrir a un intermediario especializado en este tipo de arreglos, llamado en wayunaiki *putchipu'u*, *putchipala* o *putche'ejechi*, al cual suele designársele en español con el nombre de "palabrero". Este puede considerarse un intermediario, en la medida en que solo lleva las palabras y peticiones de la parte ofendida hasta los agresores y aclara, antes de exponerlas, que no se apartará de lo que le fue encargado transmitir [...]

Adicionalmente, muchas familias indígenas solicitan la intervención de funcionarios en los conflictos intraétnicos, especialmente de las oficinas gubernamentales de Asuntos Indígenas, los cuales, de hecho, pueden actuar como mediadores e inclusive como árbitros en las negociaciones".

"Destacados investigadores del universo social wayúu [...] han cuestionado la idea predominante que cataloga de una manera genérica a los wayúu contemporáneos como pastores:

El pastoreo sigue siendo una actividad económica importante, pero, en lugar de definir a los wayúu actuales como pastores, prefiero decir que tienen una propensión pastoril. Esta caracterización surge de dos hechos sobresalientes: 1) el pastoreo no es de ninguna manera la única ocupación de los wayúu, ni su único sustento; y 2) su propensión pastoril abarca otros aspectos que los que incluimos, en un sentido estricto, bajo el término convencional de 'economía'. Encontramos cierta afición a temas y símbolos pastorales, incluso entre los indígenas que tienen poco o ningún ganado.

Gudeman afirma que todos los modelos económicos son extensiones de una o varias metáforas que se intersectan

[...]

Una visión compartida por los pescadores wayúu es la de representar el mar como un corral gigantesco en el que pastan los animales marinos. Estos les pertenecen y, una vez que se haya entregado las correspondientes ofrendas a Pulowi, entre recursos y pescadores solo median la destreza y la voluntad de los segundos. El mar es visto como un corral

invulnerable pues se halla exentos de veranos, pestes, hurtos y de los estragos de las guerras [...]”.

110. A partir del contexto recién presentado, es posible extraer diversas conclusiones.

111. El pueblo wayúu es un grupo humano amenazado por actores violentos, e inmerso en la incomprensión de esas amenazas por la sociedad mayoritaria, la cual les atribuye a ciertas características de su cultura, convertidas en estereotipos por el grupo no indígena. La principal razón de esas amenazas tiene que ver con la ubicación de su territorio, fronterizo, adyacente al mar y cercana a la Sierra Nevada de Santa Marta y la Serranía del Perijá, y por lo tanto estratégico para actores del conflicto e intereses económicos, comerciales e industriales.

112. Además, actualmente, atraviesa por una crisis humanitaria derivada de la ausencia de fuentes de agua adecuada para el consumo humano, la desnutrición de los niños y niñas, un acceso insuficiente a servicios de salud y educación, y la desintegración del tejido social y los territorios, derivada de proyectos de explotación de recursos mineros y energéticos.

113. La organización social wayúu se caracteriza por una división en grupos familiares o claniles, donde los deberes y responsabilidades de sus miembros, así como sus derechos se derivan de un sistema especial de parentesco. Sobre este sistema, los conceptos e informes consultados coinciden en destacar que los derechos sobre los territorios ancestrales se transmiten entre los parientes matrilineales, así como la autoridad que se concreta en la figura del tío materno. Sin embargo, las relaciones derivadas del parentesco patrilineal también poseen relevancia en el pueblo wayúu, lo que puede dar lugar a conflictos como el que ocupa a la Sala.

114. En cuanto al territorio, el Consejo Superior de Palabrereros establece algunas diferencias relevantes entre distintos modos en que los wayúu se relacionan con sus tierras. El territorio ancestral corresponde el ámbito cultural en que cada clan desarrolla su plan de vida, donde se encuentran sus ancestros (cementeros tradicionales) y sobre el que ejerce un derecho perpetuo e irrenunciable, cuya sucesión se produce entre parientes por la vía materna. Existen, sin embargo, otras maneras de relacionarse con el territorio, asociadas a su explotación y otras formas de usufructo, susceptibles de disposición comercial[134].

115. El modo de vida y sustento de los wayúu se asocia al pastoreo; sin embargo, también posee plena relevancia, especialmente para los llamados apalainchii o sujetos del mar, la pesca. Esta relevancia no es solo económica, sino que incorpora un componente cultural. Una cosmogonía asociada al océano y un conjunto de metáforas que lo asimilan a un corral infinito donde los peces son animales de pastoreo.

116. La solución de conflictos se basa principalmente en la composición de los conflictos entre las familias; la figura del putchipu'u, un mediador que lleva la palabra entre las partes y que, por regla general, pretende aproximar sus posiciones para evitar la continuación del conflicto, pero sin imponer decisión alguna, posee gran importancia en el sistema normativo wayúu. El pago o compensación es una de las formas más frecuentes de llegar a un acuerdo, pues a través de esta modalidad de arreglo la parte responsable demuestra su interés por preservar la paz entre las familias y grupos claniles. Recientemente, algunas comunidades solicitan el acompañamiento de órganos de la administración local o regional. En una proporción —que los investigadores citados consideran pequeña— las situaciones problemáticas pueden llegar a actos de sangre o guerras interclaniles.

117. A continuación procede la Sala al análisis del caso concreto. Tanto en el estudio formal de procedencia de la acción, como al abordar el fondo del asunto, se hará referencia a algunas de las características culturales de los wayúu, descritas en este acápite.

Del caso concreto

118. En concepto de la Sala Primera de Revisión los hechos narrados en los antecedentes de esta providencia constituyen una violación a los derechos fundamentales de los peticionarios y reflejan un desconocimiento a la autonomía del pueblo wayúu; de su derecho a participar en las decisiones que los afectan y, particularmente, del derecho que les asiste a que sus modalidades de regulación de derechos sobre las tierras y el territorio sean reconocidas y respetadas por las autoridades estatales[135]. El problema jurídico refleja un asunto más amplio, de especial trascendencia en la defensa de los derechos territoriales del pueblo wayúu, y en el que las actuaciones estatales han contribuido a consolidar la violación y a generar nuevas amenazas en torno a los intereses de las comunidades indígenas involucradas en el conflicto. De igual manera, demuestran errores

del Estado en la faceta de protección de sus derechos frente a terceros.

119. Dado que los derechos de los pueblos indígenas, al igual que todos los derechos humanos guardan relaciones de interdependencia y constituyen un conjunto indivisible de garantías, los hechos generan un desconocimiento transversal de tres de sus derechos esenciales y demuestran también la existencia de actuaciones estatales que son ajenas a los criterios desarrollados por la Corte Constitucional, en materias que conciernen a la construcción del Estado multicultural y pluralista concebido en el año 1991.

De los hechos probados.

121. Los clanes epinayú, de una parte, y epiayú y pushaina, de otra, todos ellos pertenecientes al pueblo wayúu, mantienen una controversia en torno a un lote de terreno denominado El Ahumao, en el corregimiento de Camarones (municipio de Riohacha y Departamento de la Guajira). Aunque el terreno se denomina de formas distintas en el expediente, y la empresa Agromar SAS plantea que El Ahumao no es un predio sino una vereda, los documentos anexos al expediente identifican con claridad el objeto del litigio.

122. Con todo, para la Sala la aclaración presentada por la entidad posee relevancia jurídica, pues permite llevar la argumentación al plano de la distinción entre tierras y territorios, presentada en la sentencia T-634 de 1999. El Ahumao correspondería entonces a una vereda que hace parte del amplio territorio colectivo del pueblo wayúu el cual, de acuerdo con el auto 004 de 2009, posee un área superior a un millón de hectáreas. El predio en conflicto está compuesto, sin embargo, por algo más de 461 hectáreas, en un lugar que el clan epinayú reclama como territorio ancestral.

Como en el pueblo wayúu la propiedad ancestral se asocia a la organización clanil y se construye en torno al lugar donde reposan los antepasados (es decir, el cementerio tradicional o ancestral del clan), es claro que la violación al derecho territorial del clan wayúu se refiere a la desintegración de ese espacio cultural. Pero, en la medida en que ese predio hace parte de un espacio más amplio, donde la presencia del pueblo wayúu es conocida por el Estado, ello implica la existencia de deberes de protección, cuidado y garantía especiales, que no han sido adecuadamente asumidos por las autoridades, como se explicará en párrafos posteriores.

123. En ese orden de ideas, la Sala considera que el argumento de Agromar SAS, en el sentido de que El Ahumao no es territorio indígena, sino tierras de campesinos, no es aceptable. La presencia del pueblo wayúu en la Guajira es un hecho notorio, conocido no solo por los órganos gubernamentales, sino también por la sociedad colombiana. Si bien en el Departamento convive la población indígena con individuos de la población mayoritaria, el intento por dividir la región entre indígenas y no indígenas, con el fin de no enfrentar así los deberes de protección a los pueblos indígenas es inaceptable para esta Corporación.

124. Por otra parte, existe un conjunto de elementos que llevan a concluir que, en principio, la disputa sí atañe a la pertenencia de un territorio ancestral. En primer término, tanto quienes reivindican su titularidad como posesión ancestral (clan epinayú), como quienes solicitaron su adjudicación en el año 2002 (personas de los clanes epiayú y pushaina) se identifican y auto reconocen como indígenas wayúu.

125. En segundo lugar, entre ellos existen relaciones de parentesco. Los primeros afirman que hacen parte de la línea matrilineal fundada hace más de doscientos años por la matrona Olimpia Epinayú y entre cuyos descendientes se encuentra Aníbal Epinayú, padre de los adjudicatarios. Estos hechos, narrados en la tutela no fueron objeto de controversia y coinciden con la versión de los hechos vertida en un documento privado por los adjudicatarios de los predios. Ocurre, sin embargo, que existe una discusión jurídica sobre la titularidad del bien, en razón a la línea materna o paterna de descendencia.

126. En tercer término, la Junta Mayor de Palabrereros ha considerado veraces los hechos mencionados y, concretamente, la identidad étnica diferenciada de las partes. A nivel indiciario, el Icanh afirma que, si bien no conoce a profundidad el conflicto, sí “resulta probable la presencia de un cementerio ancestral wayúu en cercanías de El Ahumao”.

127. Para terminar, tanto los indígenas que reclaman la propiedad colectiva sobre los predios, como aquellos que solicitaron su titulación en el año 2002 han acudido al sistema de derecho wayúu, es decir, a la mediación de palabrereros para intentar una solución negociada de la situación, lo que demuestra que acogen la cultura wayúu.

128. En concepto de la Sala, esos elementos probatorios aportan información suficiente para concluir que (i) los predios en disputa sí hacen parte del territorio colectivo wayúu o del ámbito cultural del pueblo wayúu; y (ii) la porción de tierra efectivamente reclamada

interesa a tres clanes del mismo pueblo.

De los actos jurídicos relevantes, en torno a los predios de El Ahumao

129. De acuerdo con la narración de la demanda, en los predios objeto de disputa de El Ahumao, el clan epinayú consintió la existencia de un asentamiento de familiares de los clanes epinayú y pushaina, por ser hijos de un miembro del primer clan, el señor Aníbal Epinayú.

130. Con el paso del tiempo, estos últimos solicitaron al Estado la adjudicación de los predios ocupados, en calidad de baldíos de la Nación. El Incora, en el año 2002, respondió favorablemente esa petición, y adjudicó entonces cinco predios, con un área promedio de 92 hectáreas. Estos predios se denominan aralia 1, putsimalu 1, patka 1, putsimalu y patka[136].

131. Posteriormente, los adjudicatarios iniciaron relaciones comerciales con empresarios que no pertenecen al pueblo wayúu y constituyeron la sociedad Agromar Ltda, a la cual aportaron los derechos que el Incora les confirió sobre los cinco predios citados. Cada uno de esos bienes representó, en el capital social de Agromar Ltda, un promedio de once millones de pesos (aunque varios de esos predios habían sido adjudicados a dos personas, de manera que cada una es registrada con un aporte de aproximadamente 5.500.000), como puede verse en el siguiente cuadro, donde aparecen los accionistas de Agromar Ltda.

Socio

Cuota

Aporte

Porcentaje

Ángel Pushaina

5.353

\$5.353.000

7.7

María Teresa Pushaina

5.353

\$5.353.000

7.7

Iván Epinayú

5.520

\$5.520.000

8.0

Jorge Epinayú

5.520

\$5.520.000

8.0

Jesualdo Epinayú

11.040

\$11.040.000

16.0

Julio Pushaina

11.040

16.0

Pepe Pushaina

5.789

\$5.789.000

8.3

Luz M. Epinayú

5.788

\$5.789.000

8.3

Wilmer Zubiría

13.850

\$13.850.000

20.0

Totales

69.253

\$69.254.000

100

132. Posteriormente, Agromar Ltda procedió a realizar el englobe de los predios, tal como se indica en el folio de matrícula 210-43987, de la Oficina de Registro de Instrumentos públicos de Riohacha:

“Agromar Ltda adquirió los predios que engloba así: el predio identificado con la matrícula

No 210-41040, por compra Jorge Epiayú y Iván José Epiayú, por medio de la escritura No 010 de 08-01-2003, Notaría 1ª de Riohacha, registrada el 03-02-2003, y ellos adquirieron a su vez por adjudicación que les hizo el Incora-Riohacha, según resolución no. 00123 de 31-05-2002, registrado el 17-09-2002, el predio con la matrícula 210-41042, por compra que hizo a Jesualdo Epiayú, por la escritura 010 de 08-01-2003, notaría 1ª, de Riohacha, registrada el 03-02-2003. El predio con la matrícula No 210-041041, adquirido por compra a Ángel Pushaina y María Teresa Pushaina, por la escritura No. 010 relacionada anteriormente, y ellos adquirieron a su vez por adjudicación que les hizo el Incora, según resolución No.00123 de 31 de mayo de 2002, registrado el 17-09-2002. El predio con la matrícula No. 210-41045, por compra que hizo a Luz Marina Epiayú y Pepe Pushaina, por medio de la escritura No 010 ya relacionada anteriormente, y ellos adquirieron a su vez por adjudicación que le hizo el Incora, según resolución No. 00121 de 01-05-2002, registrado el 17-09/-2002” (Folio 35).

133. Tiempo después, Agromar Ltda modificó sus estatutos; cambió su razón social a Agromar SAS; trasladó su domicilio a Envigado, Antioquia, y alteró su composición accionaria, como consta en el Acta 000005 de junta de socios llevada a cabo en Medellín, el 30 de octubre de 2012. En cuanto a la composición de las acciones y capital social, esta fue la nueva conformación:

Socio

Cuota

Aporte

Porcentaje

Aníbal Epiayú

7.920

\$7.920.000

5%

Ángel Pushaina

7.500

\$7.500.000

5%

Pepe Pushaina

7.500

\$7.500.000

5%

Jesualdo Epinayú

11.040

\$11.040.000

7%

Julio Remero Alandete

6.000

\$6.000.000

4%

Julio Pushaina

\$11.040.000

7%

Jorge Epinayú

7.500

\$7.500.000

5%

Shirley Judith del Carmen Niebles Pupo

30.000

\$30.000.000

20%

María Teresa Pushaina

7.500

\$7.500.000

5%

Elizabethn Viecco de Zubiría

9.000

\$9.000.000

6%

Luz M. Epinayú

7.500

\$7.500.000

5%

Wilmer Zubiría Viecco

30.000

\$30.000.000

20%

Iván José Epinayú

7.500

5%

Totales

150.000

\$150.000.000

100%

134. Finalmente, obran en el expediente folios de matrícula de los que se infiere que los predios han sido objeto de nuevas negociaciones, en las que Agromar SAS ha transferido su dominio a otros inversionistas, por varios miles de millones de pesos[137]. Si bien no es posible para la Sala determinar si estos predios coinciden plenamente con los que inicialmente fueron adjudicados a miembros de los clanes pushaina y epiayú, sí existen indicios de que se trata del mismo lugar. Con todo, lo que sí resulta claro es que hacen parte de la misma área geográfica y que esta es de relevancia cultural para el pueblo wayúu.

135. Finalmente, está probado en el expediente que los indígenas adjudicatarios (de los clanes epiayú y pushaina) iniciaron un proceso policivo contra los peticionarios (epinayú), que culminó con una orden de desalojo, la cual fue a la postre cuestionada y privada de efectos ante la justicia constitucional.

La violación de los derechos fundamentales del pueblo wayúu.

136. Como cuestión previa, la Sala comienza por señalar que la situación de especial vulnerabilidad del pueblo wayúu supone para los órganos del Estado asumir deberes especiales de protección. Su condición es especialmente delicada por dos razones. La primera es que su ubicación geográfica, estratégica tanto para actores al margen de la ley, como para agentes con intereses económicos y comerciales. La segunda es la crisis humanitaria que actualmente atraviesan y que afecta con especial intensidad a los niños y las niñas del pueblo wayúu.

137. En ese contexto, las autoridades de los distintos órdenes territoriales deben abstenerse de adelantar actuaciones que agraven su situación, respetar su autonomía y preservar al máximo sus derechos territoriales.

138. En este caso, la Sala toma nota, con preocupación, de la actuación desarrollada por la inspección de policía, cuando ordenó el desalojo de los accionantes, a pesar de conocer la existencia de un conflicto interclanil por esas tierras. Si bien la actuación fue posteriormente privada de efectos, el desalojo se realizó. Una medida de esta naturaleza lesiona con intensidad los derechos de una de las partes, dentro de un conflicto que no le corresponde decidir a las autoridades de policía. Además, intensifica el distanciamiento entre ellas, convirtiéndose en un obstáculo para la composición interna de la situación problemática.

139. En consecuencia, este Tribunal prevendrá a las autoridades locales para que se abstengan de adelantar diligencias que puedan afectar el curso de un conflicto o situación problemática que involucre distintos clanes del pueblo wayúu.

Violación del derecho fundamental al territorio colectivo.

140. Como se desprende de las consideraciones normativas de esta providencia el derecho al territorio colectivo es uno de los ejes esenciales en las reivindicaciones de los pueblos indígenas. El territorio es el ámbito cultural de la comunidad indígena, donde desarrolla su cultura, sus creencias religiosas y sus prioridades políticas, económicas y sociales, bajo una relación especial, reconocida y respetada por el Estado colombiano y el derecho internacional de los derechos humanos.

141. Sobre el territorio colectivo de los pueblos indígenas existe un derecho de naturaleza imprescriptible, inalienable e inembargable. Es decir, se trata de lugares excluidos del

mercado de bienes y no susceptibles de apropiación privada, aunque la Corte Constitucional conoce y respeta la posibilidad de que cada comunidad entregue entre sus miembros parcelas específicas para sus cultivos y residencia.

142. Este derecho tiene su fundamento fáctico esencial en la especial relación que los pueblos indígenas tienen con sus tierras y territorios, de manera que precede al reconocimiento estatal, a la constitución de un resguardo, o a la delimitación de sus linderos por parte de los órganos administrativos competentes. Ahora bien, aunque esas actuaciones no definen la existencia del derecho, sí son importantes mecanismos para su defensa, y elementos probatorios relevantes para determinar las eventuales violaciones del derecho.

143. El pueblo wayúu posee la mayor población indígena del país y, geográficamente, sus miembros encuentran sus lugares de residencia tradicional entre el Departamento de La Guajira, en Colombia, y el Estado de Zulia, en Venezuela. El pueblo wayúu, considerado en su totalidad, posee una población de más de 600.000 personas y se estima que en la Guajira colombiana el número total supera los 200.000 habitantes. La Corte Constitucional fue clara en el auto 004 de 2009, pieza fundamental de la jurisprudencia constitucional en el desarrollo de medidas protección para los pueblos indígenas, en señalar la forma en que los wayúu se encuentran a lo largo del Departamento, en los términos ya descritos[138].

El Departamento, sin embargo, presenta una situación muy particular, pues al concentrar la mayor parte de población indígena (principalmente, pero no exclusivamente del pueblo wayúu) del país, no resulta muy preciso referirse a los wayúu como una minoría, sino como a una población que, a pesar de no ser minoritaria en su Departamento, enfrenta condiciones de vulnerabilidad y dificultades de acceso a los servicios del Estado derivadas, tanto de los patrones históricos de discriminación, como de problemas concretos en el cubrimiento de la oferta de servicios estatales y satisfacción de derechos fundamentales por parte del Estado, a quienes habitan en las zonas periféricas del país.

En ese contexto, la Corte considera que todos los problemas que involucren al pueblo wayúu a lo largo de la Guajira exigen deberes calificados de cuidado, respeto y protección a todas las autoridades. Así, las certificaciones en cuanto a la presencia de comunidades indígenas, los problemas territoriales o los conflictos en cuanto a la administración de

justicia deben ser resueltos tomando en consideración esa característica del pueblo wayúu (es decir, el hecho de que se encuentran en toda la Guajira colombiana y son parte preponderante de su población), lo que constituye además un hecho reconocido para autoridades y particulares.

Por supuesto, ello no significa que la totalidad de la Guajira sea territorio colectivo de una u otra comunidad del pueblo wayúu. La organización social de los wayúu es compleja, según se ha explicado, y la relación de cada comunidad con su territorio se define a partir de diversos factores, como la presencia de un cementerio, de una fuente de agua, la explotación continua de un espacio determinado y la transmisión de derechos entre las unidades claniles por la vía materna. En los asuntos en que se discuta específicamente los conflictos por territorios indígenas de una comunidad wayúu deben tomarse en cuenta esos factores, así como las principales subreglas jurisprudenciales que (i) dan prevalencia a la relación fáctica entre la comunidad y el territorio, como fundamento de la titularidad (posesión ancestral o permanencia en el mismo); (ii) exigen al Estado la titulación de los territorios colectivos, no como fundamento del derecho, sino como herramienta para su protección; y (iii) establecen el carácter imprescriptible, inembargable e inalienable de sus territorios.

144. Los elementos de juicio aportados al expediente permiten concluir que el Incora (hoy Incoder), en el año 2002, procedió a adjudicar a título individual, terrenos que plausiblemente correspondían a un territorio indígena. A pesar de los requerimientos efectuados por la Corte Constitucional al Incoder, no fue aportado al proceso un registro de las diligencias realizadas por el Instituto antes de proceder a la adjudicación de esos predios, ni tampoco una actividad destinada a determinar si los lugares eran de relevancia para el pueblo indígena wayúu. En cuanto a las resoluciones de adjudicación, no existe en su motivación referencia alguna a la posible relación de los predios con comunidades indígenas. Esta se limita a reproducir contenidos normativos de orden legal y a señalar las condiciones que deben cumplir los adjudicatarios.

145. De lo expuesto se desprenden tres elementos que concurren en la violación de los derechos territoriales objeto de estudio: (i) declaración como “baldíos” de predios situados en una zona de reconocida presencia indígena, sin una verificación previa de su situación jurídica y de su pertenencia a territorio wayúu; (ii) omisión de toda consideración sobre el

carácter indígena de los solicitantes, pese a que para la Regional de la Guajira debería resultar claro que sus apellidos indican su ascendencia wayúu; (iii) expedición de los actos administrativos de adjudicación, sin consulta previa o ningún ejercicio de coordinación con las autoridades indígenas de lugar.

146. Ello supone la violación de derechos del pueblo indígena, por dos razones. La primera es la entrega individual de parcelas de terreno, sin un trámite previo, destinado a verificar la relevancia de los mismos para un pueblo indígena. La segunda, la ausencia de motivación en esas decisiones.

147. Estas adjudicaciones no se realizaron en un lugar de la geografía nacional carente de significados culturales latentes, y de conocimiento de las autoridades. Se trata de lugares ubicados en la Guajira, lugar donde existe notable presencia del pueblo wayúu, circunstancia que por sí sola generaba en los órganos estatales y, en este caso en el Incora, la obligación de actuar con especial cuidado al momento de calificar un predio como “baldío” y proceder a su adjudicación. El Incora, sin embargo, no da cuenta de la manera en que comprobó el carácter de baldío del predio, ni demuestra haber acudido a otros órganos del Estado, como la Dirección de Etnias del Ministerio del Interior para confirmar la presencia de comunidades indígenas en el lugar.

148. En contra de esta conclusión, podría argumentarse que el Incoder le adjudicó el predio a personas que pertenecen al pueblo wayúu, con lo que antes que desconocer, estaría protegiendo los derechos del pueblo indígena. Esta posibilidad no puede aceptarse, pues implicaría una lesión a la autonomía de las autoridades propias del pueblo wayúu y una vía abierta para la desintegración de sus territorios colectivos, lo que supone un claro desconocimiento del artículo 17 del Convenio 169 de la OIT.

149. Dado que este primer acto jurídico estatal sobre los predios de El Ahumao violó los derechos fundamentales de un pueblo indígena, sujeto de especial protección constitucional, todos los negocios y actuaciones administrativas posteriores carecen de validez, pues su objeto está prohibido por la Constitución y la Ley. Sin embargo, es importante referirse a esas transacciones, en la medida en que constituyen un dramático ejemplo de las consecuencias que acarrea el incumplimiento de los deberes de protección de los territorios indígenas por parte del Estado.

150. La Sala ha explicado (repetidamente) que el territorio ancestral indígena es su ámbito cultural y uno de los ejes esenciales de sus derechos fundamentales. Esas características, así como las luchas de los pueblos indígenas por preservar la integridad de sus territorios y perseguir la recuperación de los que les fueron despojados, llevaron al constituyente a declarar su carácter inalienable, imprescriptible e inembargable. Es decir, a excluirlos del mercado y de ciertas transacciones jurídicas.

151. La decisión obedece también a la toma de conciencia histórica, en la que la experiencia demostró que la incorporación de las tierras de los indígenas al comercio, bajo las banderas de la libertad económica, llevó a la desintegración de los mismos, a la erosión del tejido social de las comunidades y al sucesivo despojo de sus tierras.

152. El orden jurídico actual demuestra que los mecanismos legales han sido utilizados por los actores armados para ocultar nuevos actos de despojo de las tierras, y que en ello, las notarías, las oficinas de registro de instrumentos públicos e incluso los órganos estatales que tienen a su cargo la aplicación inicial de las leyes de reforma agraria han resultado útiles a esos fines, lo que explica que en la reciente ley de restitución de tierras se hayan creado presunciones sobre la ilegalidad de determinados negocios jurídicos celebrados con víctimas de la violencia, y se haya previsto la existencia de un registro para determinados predios, limitando así la disposición de los mismos. (Al respecto, cfr. los artículos 76 a 79 de la Ley 1448 de 2011, artículos 76 a 78).

153. Así las cosas, el territorio y la cultura de los pueblos indígenas son interdependientes y la desintegración del primero implica la de la cultura y por lo tanto del pueblo indígena. En el caso del pueblo wayúu genera consecuencias directas en las actividades de pastoreo y pesca y en el acceso a los pozos y las fuentes de agua.

154. En este trámite, un conjunto de tierras que ocupan 461 hectáreas del territorio colectivo wayúu se convirtió en algo más de 50 millones de pesos, al momento de la constitución de Agromar Ltda. Ese dinero, a su vez, se tradujo en un determinado porcentaje dentro de las acciones de la entidad y, posteriormente, según parece, en un bien transable por montos inmensamente superiores para el desarrollo de un proyecto industrial, comercial y turístico a gran escala.

155. Dos clanes del pueblo wayúu, entretanto, entre quienes existen diversas relaciones de

parentesco, según los antecedentes del caso, no logran conciliar sus diferencias, ni mantener la cohesión social y territorial, a raíz de esos negocios. El bien se torna valioso en términos monetarios. El hecho de tasar el valor del bien en términos monetarios, y su inmersión en ese conjunto de transacciones mercantiles, que involucran tanto a indígenas como a no-indígenas, favoreció que su valor y significado cultural fuera en alguna medida desplazado por el económico.

156. Ahora bien, los empresarios que adquirieron estos predios alegan su buena fe y la conformidad de esos actos con las normas jurídicas que les corresponden.

157. En concepto de la Sala, siguiendo en este punto la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los conflictos que se susciten entre la propiedad privada y la propiedad colectiva de los pueblos indígenas deben resolverse a partir de criterios adecuados de ponderación, en los que se definan vías para la protección de los terceros de buena fe, en los términos que lo permita el orden jurídico de cada país y, eventualmente, previendo las medidas de compensación necesarias para los afectados.

158. Sin embargo, esos criterios de ponderación, en el orden jurídico colombiano, deben basarse en dos principios esenciales: la prevalencia, prima facie, del derecho de los pueblos indígenas, por tratarse de sujetos de especial protección constitucional y por la importancia del territorio para la subsistencia de cada pueblo o comunidad, y la imposibilidad de aceptar una regla a partir de la cual el despojo sucesivo de los territorios termine por generar un derecho fundamental en cabeza de los responsables.

En lugar de ello, la entidad Agromar SAS ha utilizado los medios del derecho ordinario para imponerse a uno de los clanes en conflicto; englobó los predios aportados como capital social por los indígenas, desconociendo así el fin distributivo de la reforma agraria; decidió trasladar su domicilio a Envigado previendo la venta de los predios a inversionistas, y se vinculó así a un proyecto de infraestructura que se caracteriza tanto por sus altas aspiraciones económicas, como por la ausencia de participación del pueblo wayúu[139].

160. Dada la evidencia de que no todo el espacio reconocido como territorio del pueblo wayúu está titulado como resguardo indígena, los particulares que pretendan hacer inversiones en zonas de reconocida presencia indígena, tienen un deber particular de diligencia, el cual se halla implícito en el contenido de la buena fe. El hecho de que los

predios objeto de transacción no estén titulados como resguardo no exime a los terceros de la verificación sobre la posible pertenencia de estos a un territorio indígena.

161. En virtud de lo expuesto, la Sala de Revisión (i) dejará sin efectos las resoluciones 001210, 001230, 001231, 001238 y 001239 de 2002, por las cuales el Incoder adjudicó un conjunto de predios dentro de El Ahumao; (ii) ordenará al Incoder que expida las resoluciones correspondientes y en su lugar reconozca el carácter del territorio indígena, ya sea a través de la figura del resguardo o reserva indígena, y se inscriba dicha resolución en el folio de matrícula inmobiliaria del predio El Ahumao, para efectos de garantizar la no repetición de la vulneración territorial; (iii) remitirá copias del expediente a las autoridades disciplinarias y penales competentes para que determinen si los funcionarios que intervinieron en la declaratoria de baldío y adjudicación incurrieron en responsabilidades penales o disciplinarias.

La Sala debe advertir que no se pronunciará sobre cada uno de los negocios posteriormente efectuados sobre esos predios, pues el asunto constitucional tiene que ver, directamente, con las actuaciones del Incora (hoy Incoder) al momento de titular individualmente predios comprendidos dentro de un territorio colectivo indígena, y con la posibilidad de establecer mecanismos para reiniciar el diálogo entre los clanes del pueblo wayúu acerca de los derechos que, en el marco del derecho propio, les asisten. Las consecuencias que, en el marco del derecho civil, se desprendan del problema constitucional deberán ser discutidas directamente por los interesados, es decir, por los inversionistas no-indígenas que han iniciado proyectos productivos en torno a esos terrenos, bajo la doctrina de la venta de cosa ajena.

De la presunta violación al derecho fundamental a la consulta previa.

162. La consulta previa es un derecho fundamental autónomo de los pueblos indígenas; supone la concreción de otros derechos constitucionales, como la participación, la autodeterminación y la autonomía de los pueblos; y opera como la principal herramienta de defensa de los demás derechos de los grupos étnicamente diversos. Esa es la razón por la cual muchas amenazas a los derechos territoriales de las comunidades indígenas o afrodescendientes se resuelven mediante la protección del derecho a la consulta, previa la adopción de decisiones que puedan afectarlos.

163. La consulta, de acuerdo con la exposición presentada en los fundamentos normativos de esta providencia, la consulta previa es un derecho complejo, del que se desprenden un conjunto de garantías, que involucran distintos niveles de participación, entre los que se destacan (i) la posibilidad de intervenir en los asuntos que de alguna manera indirecta puedan interesarles, (ii) el derecho a ser consultados antes de la adopción de medidas susceptibles de afectarlos directamente, y (iii) la obligación del Estado de obtener el consentimiento previo, libre e informado, antes de adelantar medidas que los afecten directa e intensamente.

164. En el caso concreto, la adjudicación de parcelas en un territorio con evidente incidencia de tres clanes del pueblo wayúu, que sostienen un conflicto por sus parcelas, supuso la violación del derecho fundamental a la consulta previa. Evidentemente, como se explicó en el acápite anterior, esa adjudicación está prohibida desde los mandatos constitucionales y el derecho internacional de los derechos humanos, que protegen los derechos que los pueblos indígenas poseen sobre sus tierras y territorios. Sin embargo, dado el carácter instrumental de la consulta, resulta claro que si el Incora hubiera sido diligente al momento de determinar la presencia de grupos indígenas en la zona, hubiera concluido que no podría adoptar ninguna decisión sobre esas tierras, salvo aquella que se dirigiera a la adjudicación colectiva de las tierras, previa participación del pueblo wayúu o, específicamente, de los clanes interesados en la decisión.

165. Con posterioridad a ese hecho, según se ha explicado, existen indicios acerca del desarrollo de un proyecto portuario, turístico e industrial en la zona. Debido a la importancia del territorio para los pueblos indígenas; a la forma en que la ubicación geográfica del pueblo wayúu ha generado presiones particularmente intensas sobre sus miembros; a la crisis humanitaria que enfrenta actualmente el Departamento de la Guajira y que atañe con mayor fuerza a las comunidades étnicas de la zona, y a la importancia económica y cultural que poseen la pesca y el océano para el pueblo wayúu, es para la Sala indiscutible que esta medida afecta directamente sus intereses.

166. Por otra parte, en el expediente se encuentran indicios acerca de la posibilidad de que actualmente se pretenda desarrollar un proyecto productivo de amplio alcance en la zona, por parte de inversionistas privados. Así, la Dirección de Etnias del Ministerio del Interior, por resolución 2106 de 8 de noviembre de 2012 certificó que en el área donde pretende

adelantarse el proyecto “portuario del complejo agropecuario, industrial y turístico José Prudencio Padilla, existe presencia o incidencia de los pueblos wayúu, arhuaco, wiwa, kogui y kankuamo”.

167. En esa área, se refirió a los sectores Ahumao 1, Ahumao 2 (arralia), que podrían coincidir con los predios que generaron la controversia bajo estudio por parte de la Sala Primera:

“El 28 de septiembre de 2012, el geógrafo Carlos Andrés Ochoa Villa, contratista del Ministerio del Interior, presentó el informe de verificación técnico acompañado del respectivo concepto geográfico, en el cual conceptuó que: existe registro y se identifica la presencia de la parcialidad indígena wayúu de Ocho Palmas, Colorado, El Estero, El Puy, Ahumao 1, Ahumao 2 (Arralia), La Macoya, Sirapumana y el Resguardo Indígena de Perratpu. Igualmente [...] existe registro y se identifica la presencia de la Línea Negra de los cuatro (4) pueblos indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta (Kogui, Wiwa, Arhuaco y Kankuamo).

168. En consecuencia, la Corte advertirá al Ministerio que deberá adoptar las medidas necesarias para que no se inicie ningún proyecto de esa naturaleza en la zona, sin el desarrollo de un trámite de consulta previa con esas comunidades.

Del presunto desconocimiento a la autonomía jurisdiccional indígena.

169. De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, las reglas para definir la competencia, cuando existen controversias entre la jurisdicción especial indígena y la justicia ordinaria, se remiten a los elementos personal (que la persona juzgada pertenezca a una comunidad étnicamente diferenciada); territorial (que los hechos hayan ocurrido dentro del ámbito territorial de un pueblo indígena, tomando en consideración su efecto expansivo); objetivo (que se refiere a la naturaleza o relevancia cultural del bien jurídico objeto del conflicto), e institucional (el cual se concreta en la existencia de normas, procedimientos y autoridades propias dentro de la comunidad para la solución de la controversia).

170. La Sala reitera que estos elementos son principios o criterios que orientan la decisión del juez y no reglas de aplicación estricta, cuya concurrencia sea imprescindible para la definición de la competencia. Esto quiere decir que si, por ejemplo, en un caso se

configuran los elementos territorial e institucional, pero no el personal y el objetivo, el juez se enfrentaría a dos conjuntos de razones que, por una parte, aconsejan la remisión del asunto a la justicia ordinaria mientras que, por otra, sugieren que debe mantenerse bajo la jurisdicción indígena. Frente a esas razones, deberá el funcionario encargado de dirimir el conflicto ponderar a cuáles debe dar más peso, de manera que satisfaga en la mayor medida posible los principios jurídicos en conflicto.

171. Esa ponderación debe guiarse por los principios y criterios de interpretación sentados por la Corte en su jurisprudencia, y entre los cuales vale la pena destacar los siguientes: (i) la maximización de la autonomía de las comunidades indígenas; (ii) la prevalencia de la jurisdicción indígena cuando se trata de disputas internas; y (iii) la incidencia negativa que puede tener la injerencia de los órganos de derecho mayoritarios, incluido el juez de tutela, cuando existe una disputa entre distintas facciones de un solo pueblo o comunidad indígena, y cuando esta controversia se refiere a aspectos centrales del pueblo en conflicto.

172. En párrafos precedentes, la Corte se pronunció acerca de la validez de las adjudicaciones realizadas por el Incora, en relación con predios de El Ahumao, en el año 2002. En otros términos, tácitamente, la Corporación consideró que este asunto podía ser resuelto en el marco de la justicia constitucional y no en el de la justicia interna del pueblo wayúu, debido a que las adjudicaciones son un modo de adquisición del dominio propio de las leyes de tierras del grupo mayoritario y a que, en principio, el derecho propio wayúu no contaría con los mecanismos necesarios para privarlas de efectos.

173. Sin embargo, lo expresado en esos considerandos no debe interpretarse como una decisión de la Corte Constitucional acerca de la pertenencia de los predios que componen El Ahumao, y que fueron adjudicados irregularmente por el Incora, en el año 2002. Ese conflicto involucra a tres clanes del pueblo wayúu, en disputa por un territorio ancestral. Estos clanes han intentado en diversas oportunidades alcanzar acuerdos mediante el sistema de derecho propio y, concretamente, de la mediación de los palabreros.

174. Sin embargo, cuando las partes se reunieron para discutir el problema, la existencia de presiones externas sobre ese terreno, originadas en las adjudicaciones irregulares del Incora, daban al conflicto unos tintes distintos a los que caracterizan una disputa

interclanil. Concretamente, generaban estímulos económicos o comerciales, y amenazaban los acuerdos alcanzado por usos y costumbres, a través del sinnúmero de recursos propios de la justicia ordinaria. Por eso, resulta plausible suponer que no debe descartarse la capacidad del derecho propio para alcanzar un acuerdo o una solución adecuada a la situación problemática estudiada.

176. Por otra parte, una discusión como la que mantienen los clanes epinayú, epiayú y pushaina requiere un profundo conocimiento acerca del sistema normativo wayúu, de la forma en que se entiende culturalmente el parentesco, y de las diversas formas en que los wayúu se relacionan con sus territorios. La Corte Constitucional no posee ese conocimiento, ni es la intérprete autorizada del derecho wayúu.

177. Consideraciones muy distintas a las recién expresadas llevaron a que la justicia ordinaria asumiera el conocimiento de acciones de naturaleza civil y contenciosa; así como trámites administrativos, incluido un proceso de desalojo, en el que uno de los clanes fue expulsado del territorio en disputa. Precisamente ese tipo de situaciones son las que deben preverse y a la postre erradicarse, mediante el respeto por la autonomía jurisdiccional y política de los pueblos indígenas.

178. Para terminar, tal como lo hizo la Sala Plena de la Corporación en la sentencia SU-510 de 1998, se ordenará al Ministerio del Interior que, en ejercicio de sus facultades legales, y en particular las funciones que le atribuye el artículo 5° de la ley 199 de 1995, disponga los trámites necesarios para traducir, en el término de un mes y en coordinación con expertos en el derecho wayúu, la presente decisión a la lengua wayuunaiki.

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

RESUELVE

Primero.- Levantar los términos suspendidos dentro del trámite de la referencia.

Segundo.- Revocar las sentencias proferidas en primera instancia por el Juzgado Penal del Circuito Especializado de Riohacha, La Guajira, el treinta y uno (31) de octubre de dos mil

trece (2013), en primera instancia, que negó el amparo solicitado por Luis Geronel Quintana y Jacinto Epinayú, y por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de La Guajira, Sala de Decisión Penal, el diecinueve (19) de diciembre de dos mil trece (2013), que confirmó el fallo de primera instancia para, en su lugar, conceder el amparo a los derechos fundamentales al territorio colectivo, la consulta previa y la autonomía jurisdiccional del pueblo wayúu, clanes epinayú, epiayú y pushaina.

Tercero.- Dejar sin efectos las resoluciones 001210, 001230, 001231, 001238 y 001239 de 2002, del Instituto Colombiano de Reforma Agraria, hoy Instituto de Desarrollo Rural.

Cuarto.- Solicitar al Ministerio del Interior, Dirección de Etnias, que adopte las medidas necesarias para determinar si actualmente se desarrolla un proyecto portuario, turístico e industrial en los predios objeto de disputa entre los clanes epinayú, epiayú y pushaina, y para evitar que en ese lugar se adelanten medidas, programas o proyectos sin la participación efectiva del pueblo wayúu y las demás comunidades indígenas interesadas, mediante el procedimiento de consulta previa.

Quinto.- Informar a las comunidades indígenas interesadas y, especialmente, a los clanes epinayú, epiayú y pushaina, que la Corte Constitucional no considera pertinente la intervención de la justicia ordinaria para decidir, actualmente, acerca de cuál de ellos posee mejores derechos sobre los predios de El Ahumao, o bien, sobre el territorio ancestral.

Dada la naturaleza del conflicto y las decisiones adoptadas en esta providencia, la Sala sugiere a las comunidades retomar el diálogo, a través de los palabreros del pueblo wayúu y, si lo consideran necesario, con el acompañamiento de la Dirección de Etnias Departamental, y del Ministerio del Interior. Además, si las comunidades lo consideran pertinente, podrán solicitar el acompañamiento del Incoder.

Sexto.- Prevenir a la Alcaldía de Riohacha, y a través de ella a las autoridades de policía del municipio para que, en lo sucesivo, se abstengan de adelantar diligencias que puedan afectar el curso de un conflicto que involucre a distintos clanes del pueblo wayúu.

Séptimo.- Ordenar al Incoder que expida las resoluciones correspondientes al reconocimiento del carácter indígena del territorio El Ahumao, y adelante su inscripción en el folio de matrícula de ese bien.

Octavo.- Remitir copias del expediente a la Procuraduría General de la Nación, la Fiscalía General de la Nación y la Superintendencia de Notariado y Registro para que determinen si los funcionarios que intervinieron en la declaratoria de baldío y adjudicación incurrieron en conductas que puedan configurar responsabilidad disciplinaria o penal.

Noveno.- Ordenar al Ministerio del Interior que, en ejercicio de sus facultades legales, y en particular de las funciones que le atribuye el artículo 5° de la ley 199 de 1995, disponga los trámites necesarios para traducir, en el término de un mes y en coordinación con expertos en el derecho wayúu, la presente decisión a la lengua wayuunaiki.

Décimo.- Solicitar a la Defensoría del Pueblo que determine el modo de acompañamiento más apropiado, para asegurar el cumplimiento de las órdenes de esta providencia.

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

Notifíquese, Comuníquese y Cúmplase.

MARIA VICTORIA CALLE CORREA

Magistrada

MYRIAM ÁVILA ROLDAN

Magistrada (E)

LUIS GUILLERMO GUERRERO PEREZ

Magistrado

Con salvamento de voto

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ

Secretaria General

SALVAMENTO DE VOTO DEL MAGISTRADO

LUIS GUILLERMO GUERRERO PEREZ

A LA SENTENCIA T-661/15

Referencia: Expediente T-4.259.238

Magistrada ponente:

María Victoria Calle Correa

Con el acostumbrado respeto por las decisiones de esta Corporación, expongo a continuación las razones que me llevan a salvar mi voto frente a la decisión mayoritaria de la Sala Primera de Revisión dentro del proceso de la referencia.

Estimo que en este caso, la Corte, no obstante que en la sentencia se afirma que "... una decisión que, desde el derecho mayoritario le dé la razón a uno de los grupos en disputa, intensificaría el conflicto", adoptó una decisión en la que, precisamente, sin consultar las pautas del derecho tradicional, se resuelve la controversia en favor de uno de los extremos de la controversia, al disponer que el INCODER expida las resoluciones que reconozcan el carácter indígena del territorio en cuestión.

Para llegar a la anterior decisión, en primer lugar, en la providencia no se efectuó un análisis fáctico que soporte la conclusión atinente a que los predios en disputa hacían parte del territorio de la comunidad indígena. Por el contrario, de manera errada y desde un principio, se dio por establecido que el predio se encontraba en territorio indígena y que se encontraba, por tanto, sujeto al régimen especial que gobierna tales territorios. Tal era, sin embargo, precisamente, el objeto de la controversia que se suscitaba entre dos grupos de indígenas.

En este sentido, se echa de menos una actuación probatoria orientada a obtener una descripción de la exacta ubicación del predio en conflicto, su referencia con zonas de resguardo, la presencia de personas no indígenas, entre otros aspectos determinantes. Esta valoración fáctica resultaba esencial para esclarecer la naturaleza del territorio, ya que no es dable considerar que la totalidad de la Guajira deba considerarse territorio ancestral de

las comunidades Wayuu. Aunque en la sentencia se admite esto último, en la decisión del caso se obró a partir del supuesto contrario, esto es, de la consideración de que por encontrarse en la Guajira y de tratarse de un conflicto entre integrantes de la etnia Wayuu, el territorio debía reputarse indígena, y por consiguiente sujeto, por una parte, a la jurisdicción indígena, y por otra, al trámite de consulta previa para cualquier intervención de la autoridad nacional, la cual, a la postre se excluye para disponer la Corte Constitucional que no considera pertinente la intervención de la justicia ordinaria para decidir la controversia en torno a los predios objeto del proceso.

En este contexto y frente a una aproximación al concepto de territorio indígena tan amplia como la que se propone en la sentencia, resulta necesario enfatizar que la ancestralidad de la posesión no puede tenerse como una especie de título sobre los territorios que ocupan las comunidades. Si bien esa fue la pretensión que esbozaron varios de los voceros indígenas en la Asamblea Nacional Constituyente de 1991, la misma no fue acogida en la Constitución. Algo muy distinto es aceptar que, más allá de los territorios que sean oficialmente reconocidos y demarcados, sea posible, por razones tradicionales, una proyección de las comunidades hacia las áreas adyacentes, lo que, si bien puede producir ciertos impactos, en materia de consulta previa, por ejemplo, no necesariamente caracteriza esas zonas como territorios colectivos.

Lo anterior, por cuanto resulta diferente la dimensión cultural del territorio, del concepto jurídico del mismo, hasta el punto de que sólo frente a este último se predicen características como la imprescriptibilidad e inenajenabilidad.

En segundo lugar, considero que, pese a que se reconoce en la sentencia la existencia de terceros adquirentes, los mismos no fueron vinculados al proceso, a pesar de que la decisión que se adopta conduce a que se tenga por extinguido su derecho. De hecho, de cierta manera, se asume que obraron de mala fe, al menos porque, no obstante la existencia de documento de registro público, no se habrían adelantado gestiones o averiguaciones sobre la presencia de las comunidades Wayuu en la zona.

En este mismo sentido, la sentencia soslayó el análisis del impacto que la situación pudo tener en la consolidación de los derechos de estos terceros, máxime cuando lo que se observa es una controversia entre integrantes de las comunidades y la pretensión de aplicar

el derecho nacional o el indígena.

En tercer lugar, si bien se hace un completo e interesante recuento del marco teórico en materia de consulta y jurisdicción indígena, no es clara la razón por la cual, desde el principio, se asume que se está ante un caso que exigía la consulta previa, cuando la pretensión de una de las partes es la de que recibió en adjudicación unos terrenos baldíos que no se encontraban en territorio indígena. Por ello, no se advierte la relevancia, en general, del capítulo sobre la consulta previa y, en particular del acápite sobre consulta de medidas legislativas, a pesar de que se refiera, sin sustento probatorio, la existencia de una afectación intensa de los derechos en materia territorial.

En cuarto lugar, considero que hubo un déficit analítico en torno al contenido y alcance de la acción de tutela que impidió el desalojo de miembros de una de las comunidades involucradas en el conflicto. Por ello, no puede descartarse que se presentaran presupuestos comunes entre esta última y la presente causa. En este sentido, también me resulta insuficiente el análisis en torno al principio de inmediatez. Igualmente, me parecen endeble las razones que se esgrimen para superar el tema de la caducidad de la acción de nulidad y la subsidiariedad.

Por las razones anteriores, considero que la decisión mayoritaria resolvió, en el escenario constitucional, una controversia en torno a la cual ya habían obrado las instancias que el ordenamiento jurídico contempla para estos supuestos, sin que se hubiesen acreditado las condiciones que abriesen el paso a la jurisdicción constitucional.

Fecha ut supra,

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Magistrado

[1] El expediente de la referencia fue escogido para revisión por auto de dieciocho (18) de marzo de dos mil catorce (2014), proferido por la Sala de Selección Número Tres de la Corte Constitucional integrada en ese momento por los Magistrados Jorge Iván Palacio Palacio y Luis Ernesto Vargas Silva.

[2] La narración que se realiza en este punto se basa en el escrito de demanda. Lo que se

diga en este acápite será contrastado posteriormente con la versión de la contraparte y las pruebas incorporadas al proceso, de manera que la exposición inicial no compromete conclusiones de naturaleza probatoria, que solo se obtendrán al iniciar el estudio del caso concreto.

[3] El predio es nombrado, indistintamente, como El Ahumao, El Ahumao o El ajumao. La Sala se referirá al mismo como “El Ahumao”, nombre que parecen compartir los miembros del pueblo wayúu que intervienen en el trámite.

[4] El señor Wilmer Zubiría Viecco.

[5] La decisión se produce una vez saneada una nulidad por indebida integración del contradictorio. Mediante auto 019 de 9 de octubre de 2013, el Juez de segunda instancia declaró la nulidad de lo actuado y en consecuencia ordenó dar traslado al Incoder, como parte del trámite. El 21 de octubre de 2013, el Juzgado Penal del Circuito Especializado inició nuevamente el trámite y vinculó al Incoder para el ejercicio de su derecho a la defensa.

[6] Radicado 44-001-31-07-001-2013-00029-01.

[7] Sentencia de segunda instancia dictada dentro de este Trámite por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de la Guajira, Sala de Decisión Penal, el 19 de diciembre de 2013. Folio 12.

[8] MP Rodrigo Uprimny Yepes.

[9] MP Luis Ernesto Vargas Silva.

[10] T-677 de 2011, T-114 de 2008. T-737 de 2013; en temas asociados a la protección de derechos de los pueblos indígenas, esta forma de estudiar la inmediatez ha sido aplicada, entre otras, en las sentencias T-009 de 2013, T-387 de 2013 y T-379 de 2014.

[11] La diversidad de culturas en Colombia es, ante todo, un hecho que hace parte de su historia y de la construcción de la Nación. La referencia a la Constitución Política de 1991 tiene que ver en realidad con el momento en que esa realidad social y cultural se convierte en un entramado de principios constitucionales, a través de los cuales se encauzan

[12] De forma similar actuó la Corte, por ejemplo, en un caso que involucraba los intereses del pueblo kankuamo, en la sentencia T-903 de 2009 y en la sentencia hito SU-510 de 2010, en el conflicto que se suscitó en el pueblo arhuaco, entre indígenas decididos a preservar sus tradiciones culturales y religiosas, e indígenas que adhirieron al culto de la Iglesia Pentecostal Unida de Colombia.

[13] No sobra recordar que otros grupos humanos son considerados titulares de derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico colombiano. Así ocurre con las comunidades afrodescendientes, raizales, palenqueras y romaji o gitanas. En esta oportunidad, por economía expositiva, solo se hará referencia a los pueblos indígenas, dejando en claro que en muchas oportunidades la Corte Constitucional ha desarrollado el tema de los derechos de otros pueblos, especialmente, al territorio colectivo, la consulta previa, la diversidad e integridad cultural y la autonomía.

[14] Estas consideraciones hacen parte de jurisprudencia reiterada de la Corte Constitucional, cuyos principales fallos serán referidos en el cuerpo de la argumentación. Sobre la naturaleza fundamental de los derechos de los pueblos indígenas, pueden verse, entre muchas otras, las sentencias T-380 de 1993 (MP Eduardo Cifuentes Muñoz) y T-235 de 2011 (MP Luis Ernesto Vargas Silva). Sobre su carácter de sujetos de especial protección constitucional, resulta especialmente ilustrativo el auto 004 de 2009 (MP Manuel José Cepeda Espinosa).

[15] M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

[16] Ver, entre muchas otras, la reciente sentencia T-680 de 2012[16], relativa a la protección de los derechos territoriales de una comunidad negra, residente en las Islas del Rosario, del Caribe colombiano.

[17] Al respecto, ver sentencias T-282 de 2011 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva), Autos 004 y 005 de 2009 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).

[18] Los derechos de los pueblos indígenas tocan diversas esferas del principio de igualdad: así, los mandatos de igualdad formal e igualdad de derechos para toda la población, propios del inciso primero del artículo 13; la igualdad material, en atención a los diversos factores de vulnerabilidad que enfrentan los pueblos indígenas y las comunidades

afrodescendientes (13.2 y 13.3), el respeto por la igualdad en las diferencias, derivado de los principios de diversidad cultural e igualdad entre culturas (arts. 7º y 70 CP).

[20] Al respecto, en la sentencia C-461 de 2008 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa. S.V. Jaime Araújo Rentería) expresó la Corte: “4.3. Es importante precisar en esta oportunidad que los grupos étnicos titulares del derecho a la consulta previa cobijan, en Colombia, tanto a los grupos indígenas como a las comunidades afrodescendientes constituidas como tal bajo el régimen legal que les es propio. Las comunidades negras son grupos étnicos titulares de los derechos constitucionales fundamentales a la propiedad colectiva de sus territorios ancestrales, al uso, conservación y administración de sus recursos naturales, y a la realización de la consulta previa en caso de medidas que les afecten directa y específicamente.” Ver también, sentencia T-129 de 2011 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio), Auto 005 de 2009 (M.P. Manuel José Cepeda Espinosa).

[21] El enfoque del Convenio 169 plantea un abierto contraste con el modelo asimilacionista, previamente defendido por el Convenio 107 de 1957 de la OIT, caracterizado por el propósito de igualar las condiciones de los pueblos indígenas con las de la sociedad mayoritaria para una paulatina integración de las comunidades originarias a las formas de vida dominantes, como lo señaló la Corte en la sentencia de unificación SU-383 de 2003 (M.P. Álvaro Tafur Galvis. SPV Alfredo Beltrán Sierra y Clara Inés Vargas Hernández. SPV Jaime Araújo Rentería). Al respecto, en el preámbulo del Convenio, se expresa: “Considerando que la evolución de 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.”

[22] SU-383 de 2003, citada.

[23] Ver, especialmente, Comunidades indígenas, espacios políticos y movilización electoral en Colombia, 1990-1998. Motivaciones, campos de acción e impactos. Virginie Laurent. Páginas 43 y 44) Instituto Colombiano de Antropología e Historia - Icanh e Instituto Francés de Estudios Andinos - Ifea. Bogotá, 2005. Los pueblos indígenas de Colombia; Raúl Arango y Enrique Sánchez; 1998; páginas 213-214. Departamento Nacional de Planeación, Unidad Administrativa Especial de Desarrollo Territorial, 1998

[24] José María Samper consideró a los resguardos indígenas como una de las expresiones del régimen feudal respecto a la propiedad raíz.

[25] Economía y cultura en la historia de Colombia, de Luis Eduardo Nieto Arteta, página 160. Este autor considera en la misma obra que 'La economía manufacturera de la Nueva Granada encontraba un poderoso obstáculo en los resguardos indígenas', 'ellos eran igualmente un obstáculo para la ampliación del progreso de la economía agrícola' y, de manera descarnada opinaba: 'Es una ley histórica que se ha realizado en muchas economías nacionales, que el desarrollo de las manufacturas y aún del capitalismo, está precedido por la desaparición de la economía colectiva agrícola. Así se suprimen las 'marcas' en Alemania, el 'mir' en la vieja y santa Rusia y la 'zadruga' en Servia. También en Inglaterra el temprano desarrollo capitalista está precedido por la extinción de la economía colectiva agrícola.

[26] Indalecio Liévano Aguirre, El proceso de Mosquera ante el Senado, págs. 22 y ss.

[27] El régimen agrario durante el siglo XX en Colombia, de Salomón Kalmanovitz, en Manual de Historia de Colombia No. 2, pág 221 y ss.

[28] El artículo 3º de la Ley 11 de octubre de 1921 dijo 'los resguardos de tierras asignados a los indígenas por las leyes españolas, y que hasta ahora han poseído en común, o en porciones distribuidas a sus familias sólo para su cultivo, según el Reglamento del Libertador Presidente de 20 de mayo de 1820, se les repartirán en pleno dominio y propiedad, luego que lo permitan las circunstancias y antes de cumplirse cinco años de que habla el artículo 2º'. Posteriormente, en 1832 y 1843, prohibieron en cierta forma la enajenabilidad 'de las tierras de los resguardos', medida derogada en 1850.

[29] Ley 21 de 1991 aprobatoria del Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, aprobado por la 76a reunión de la Conferencia General de la O.I.T., Ginebra 1989

[30] Asamblea Nacional Constituyente. Ponencia Los Derechos de los Grupos Étnicos. Constituyente Francisco Rojas Birry. Gaceta Constitucional No. 67. Pág. 18.

[31] Consideraciones similares han sido reiteradas por la Corte en un amplio número de

decisiones, relativas al derecho a la propiedad colectiva de las comunidades indígenas, las comunidades afrocolombianas, palenqueras o raizales. Así, en la sentencia SU-039 de 1997, la Corporación protegió el derecho a la consulta previa de la comunidad u'wa, frente a la exploración petrolera que adelantaba la corporación Oxy de Colombia; En la sentencia T-514 de 2009 la Corporación abordó el estudio de un conflicto suscitado en el resguardo chenche buenos aires, de Coyaima, por el reparto de recursos del Sistema General de Participaciones (SGP), y destinados a la implementación de proyectos productivos por parte de los residentes del resguardo. La Corporación destacó una vez más la naturaleza cultural del territorio, como espacio donde la comunidad desenvuelve su vida social y decide sus prioridades. Fue, precisamente, la importancia que la jurisprudencia ha reconocido a la relación entre los pueblos indígenas y sus territorios el elemento central de la decisión.

En efecto, el peticionario hacía parte de la comunidad, pero residía hacía muchos años en Bogotá, razón por la cual el resguardo de chenche buenos aires lo excluyó de los recursos mencionados. La Corporación encontró que esa decisión era razonable, debido a que los recursos del SGP se reparten en proporción al número de habitantes en cada resguardo, y a que los proyectos que desarrollaba la comunidad tenían por objeto alcanzar fines propios de la vida comunitaria, dentro del resguardo. En la sentencia T-652 de 1998 la Corte se pronunció acerca de la violación a los derechos fundamentales de la comunidad indígena embera-katía, que habitaba un territorio al margen del río Sinú, ante la construcción de una represa, sin haber asegurado su participación, mediante el trámite de la consulta previa. La Corporación recordó importancia del territorio para los pueblos originarios, y la especial relación entre estos, sus tierras y los recursos naturales que se encuentran en ellas. En las sentencias T-693 y 698 de 2011, ambas dictadas en el escenario de la consulta previa, la Corporación resaltó la importancia de que la consulta previa se adelante no sólo cuando una medida afecte el territorio colectivo, sino también cuando la medida afecta lugares adyacentes al territorio, y de importancia cultural para las comunidades. En la sentencia T-376 de 2012 se protegió el derecho a la consulta previa de la comunidad negra de la Boquilla, afectada por concesiones turísticas en la playa adyacente a su territorio; en la providencia T-652 de 1998, relativa a la construcción de una represa en territorio colectivo del pueblo indígena emberá - katío, ubicada al margen del río Sinú, la Corporación defendió el derecho a la consulta y declaró la violación al derecho al territorio colectivo de la comunidad, debido a que la construcción de la represa supuso el desvío del cauce del río, con trascendentales consecuencias en el modo de vida de la comunidad accionante. En

ese marco, expresó la Corte: ““Siendo este el caso de la mayoría de las comunidades indígenas en el país, la Corte Constitucional ha reiterado el carácter fundamental del derecho a la propiedad colectiva de los grupos étnicos sobre sus territorios, no sólo por lo que significa para la supervivencia de los pueblos indígenas y raizales el derecho de dominio sobre el territorio que habitan, sino porque él hace parte de las cosmogonías amerindias y es substrato material necesario para el desarrollo de sus formas culturales características”. de 2012, relacionada con la protección de los derechos territoriales de una comunidad residente en las Islas del Rosario, la Corporación recordó la titularidad de los derechos previstos en el Convenio 169 de la OIT por parte de las comunidades étnicamente diferenciales y ordenó al Incoder ponderar, al momento de decidir sobre la viabilidad de adjudicaciones de terrenos fiscales de la Nación, los principios constitucionales en conflicto y, de hallarlo necesario para asegurar el goce efectivo de los derechos de los pueblos indígenas y las comunidades afrodescendientes, inaplicar la ley. Estas providencias constituyen un ejemplo de la manera en que la Corte ha relacionado los derechos de los pueblos indígenas a la

[32] Se utiliza el término “título” entre comillas porque no es del todo posible categorizar la propiedad del territorio colectivo con un vocablo propio del derecho civil de corte romano; en realidad, los atributos del territorio colectivo se derivan de ese continuum entre cultura, autonomía y territorio que ha sido puesto de presente en los apartes jurisprudenciales citados.

[33] “Al respecto, en sentencia T-617 de 2010, explicó la Sala Novena: “(...) el factor territorial [de la jurisdicción especial indígena] debe entenderse en armonía con la idea de ámbito territorial de la comunidad, definida por la Corte Constitucional en otras providencias, de acuerdo con el cual el territorio es el lugar en donde se desarrolla la vida social de la comunidad indígena: “Como dentro de la juridicidad occidental, es un contrasentido que la tierra sea sujeto del derecho, entonces, hay que inferir que la Constitución le otorga “derechos” es al territorio del resguardo como una entidad que en su identidad no solo expresa parte de nuestra nacionalidad colombiana, sino que es un concepto que también se ubica en el terreno de la cultura. [...] es importante resaltar que el ámbito territorial de una comunidad es el espacio donde se ejercen la mayor parte de los derechos de autonomía de las comunidades indígenas; que la titularidad de ese territorio, de acuerdo con jurisprudencia de la Corporación y de la Corte Interamericana de Derechos

Humanos, deriva de la posesión ancestral por parte de las comunidades y no de un reconocimiento estatal; y que, de conformidad con el fallo citado, el territorio debe considerarse tanto desde el punto de vista físico-geográfico como desde el punto de vista cultural, lo que implica que, excepcionalmente, puede tener un efecto expansivo, lo que ocurriría cuando una conducta punible ocurre por fuera del espacio físico que demarca el territorio colectivo, pero puede ser remitida a él en virtud de sus connotaciones culturales”.

[34] Embera Dobida de Eyakera del Chocó contra los Ministerios de Agricultura, del Interior, Medio Ambiente e Instituto Colombiano de Desarrollo Rural -INCODER- la demora del Incoder en definir el número de hectáreas que le corresponde a su territorio ancestral. “4.1. Los accionantes hacen un recuento de los diferentes hechos acaecidos desde el año 1997 hasta la fecha, e indican que debido a diferentes factores como el fenómeno del desplazamiento, engaños por parte de colonos y el presunto desconocimiento por parte del INCODER sobre las hectáreas reales que se reclaman, no se ha definido el proceso de constitución del territorio ancestral y colectivo de la comunidad Embera Dobida de Eyakera del Chocó. Igualmente manifiestan que actualmente, ninguno de los estudios topográficos y socioeconómicos realizados por el INCODER registra de manera completa y adecuada las condiciones del territorio y demás elementos constitutivos de la comunidad de Eyakera, circunstancia que según se afirma en la demanda, ha retrasado el proceso de reconocimiento de titulación colectiva y ha ocasionado la invasión de colonos [...]

“En suma, el derecho al debido proceso administrativo puede verse infringido ante dilaciones administrativas que perpetúen la incertidumbre de los derechos fundamentales de la comunidad indígena, por la indefinición de la titulación que les corresponde culminar. Recuérdese que al tenor de la jurisprudencia de esta Corporación, el debido proceso administrativo puede verse alterado, en su arista de “dilaciones injustificadas” en la toma de decisiones que como en este caso, competen al Estado. Por ello, es imperioso ordenarle al INCODER que agilice el trámite de titulación sobre el resguardo “Embera Dobida de Eyakera, debido a que las demoras en la culminación del proceso les ocasionaría perjuicios irremediables, como ya se indicó.”

[35] Embera Dobida de Eyakera del Chocó contra los Ministerios de Agricultura, del Interior, Medio Ambiente e Instituto Colombiano de Desarrollo Rural -INCODER- la demora del

Incoder en definir el número de hectáreas que le corresponde a su territorio ancestral. “4.1. Los accionantes hacen un recuento de los diferentes hechos acaecidos desde el año 1997 hasta la fecha, e indican que debido a diferentes factores como el fenómeno del desplazamiento, engaños por parte de colonos y el presunto desconocimiento por parte del INCODER sobre las hectáreas reales que se reclaman, no se ha definido el proceso de constitución del territorio ancestral y colectivo de la comunidad Embera Dobida de Eyakera del Chocó. Igualmente manifiestan que actualmente, ninguno de los estudios topográficos y socioeconómicos realizados por el INCODER registra de manera completa y adecuada las condiciones del territorio y demás elementos constitutivos de la comunidad de Eyakera, circunstancia que según se afirma en la demanda, ha retrasado el proceso de reconocimiento de titulación colectiva y ha ocasionado la invasión de colonos.

[...]

En suma, el derecho al debido proceso administrativo puede verse infringido ante dilaciones administrativas que perpetúen la incertidumbre de los derechos fundamentales de la comunidad indígena, por la indefinición de la titulación que les corresponde culminar. Recuérdese que al tenor de la jurisprudencia de esta Corporación, el debido proceso administrativo puede verse alterado, en su arista de “dilaciones injustificadas” en la toma de decisiones que como en este caso, competen al Estado. Por ello, es imperioso ordenarle al INCODER que agilice el trámite de titulación sobre el resguardo “Embera Dobida de Eyakera, debido a que las demoras en la culminación del proceso les ocasionaría perjuicios irremediables, como ya se indicó.”

[36] T-909 de 2009 (MP Mauricio González Cuervo) Acción de tutela del Consejo Comunitario del Río Naya contra el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural. La Sala Segunda de Revisión dirigió su argumentación a establecer si el tiempo transcurrido entre la solicitud de titulación colectiva elevada por el señor Isabelino Valencia Rodallega en calidad de representante legal del Consejo Comunitario del Río Naya el día 23 de diciembre de 1999 y que aún se encuentra pendiente de decisión en el año 2009, esto es, si el lapso de diez años contados a partir del instante en que se presentó el requerimiento, hasta la fecha, constituye un término razonable y proporcionado para que el asunto bajo examen permanezca todavía sin solución o si al haber dilatado el pronunciamiento de una decisión de fondo en el asunto bajo examen, incurrieron las instancias estatales competentes para

adoptarla, en una dilación injustificada que viola el derecho constitucional fundamental al debido proceso administrativo (artículo 29 C. N.).

[37] Resaltó la Corte sobre el particular que si los Estados Parte no pueden por motivo justificado “reconocer a los grupos étnicos derechos sobre los recursos naturales de sus territorios colectivos, se prevé el establecimiento de procedimientos “con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades”.

[38] Artículos 1°, 7°, 8°, 10, 13, 63, 67, 68 y 333 C. N.

[39] Cfr. Sergio Andrés Coronado Delgado El Territorio: derecho fundamental de las comunidades afrodescendientes en Colombia, www.iidh.ed.cr

[40] T-909 de 2009 (MP Mauricio González Cuervo). En ese marco, la Corte solicitó al Consejo de Estado dar trámite preferente a la revisión de la acción de revisión presentada por la Universidad del Cauca, sobre la clarificación de la propiedad y, al Incoder, adoptar una decisión definitiva sobre la titulación solicitada por el Consejo del Río Naya.

En la sentencia T-680 de 2012, la Corporación precisó[40]: “3.4. Derecho a la propiedad colectiva de la tierra

En directa conexión con los derechos hasta ahora estudiados, especialmente aquellos relacionados con la subsistencia y con la integridad de la identidad étnica y cultural, aparece lo atinente a la propiedad colectiva de la tierra por parte de los pueblos indígenas y/o afrodescendientes y de las organizaciones que agrupan a sus miembros, bajo formas jurídicas parcialmente distintas a los modelos clásicos de dominio individual desarrollados muchos años atrás por el Código Civil y sus normas complementarias.

Este derecho, reconocido tanto por la actual Constitución Política como por instrumentos internacionales admitidos como parte integrante del bloque de constitucionalidad, sobre

todo el referido Convenio 169 de la OIT, responde a una circunstancia propia que, aunque con matices, se encuentra presente en la mayor parte de los pueblos indígenas y tribales, entre ellos los grupos y comunidades afrodescendientes existentes en Colombia. Se trata de la gran importancia que todos ellos atribuyen a los territorios en los que se encuentran asentados y a su permanencia en los mismos, la cual supera ampliamente el normal apego que la generalidad de los seres humanos siente en relación con los lugares en los que ha crecido y pasado los más importantes momentos y experiencias de sus vidas, o en aquellos en los cuales habitaron sus ancestros.

Este sólido vínculo de pertenencia se explica además en otras circunstancias propias y frecuentes en estas poblaciones, entre ellas el sentido de comunidad, así mismo fuerte, y en cualquier caso superior al que suelen experimentar los miembros de los grupos humanos que habrían de considerarse mayoritarios o predominantes en muchos países occidentales, la presencia de factores relacionados con la espiritualidad y la cosmovisión propias de tales comunidades, así como la existencia de prácticas de subsistencia caracterizadas por la autosuficiencia alimentaria asociada al aprovechamiento del territorio, igualmente típicas y frecuentes en estos grupos étnicos más que en otros. Todo lo anterior justifica entonces que las normas antes referidas, tanto constitucionales como internacionales, hayan reconocido este derecho, que para nuestro caso tiene categoría de derecho fundamental, estableciendo además mecanismos adecuados para su defensa y efectividad”.

“A partir de lo hasta aquí expuesto sobresale, pues, el nexo estrecho que existe entre el reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural y la necesidad de preservar el territorio ancestral de las comunidades y pueblos tribales. Para el caso de las comunidades afrodescendientes resulta importante destacar la vinculación estrecha entre su supervivencia y el derecho al territorio como un lugar de vida, de desarrollo y mantenimiento de lazos culturales. O dicho en otros términos: el territorio como un ‘universo en el cual se hace posible la existencia misma de las comunidades afrodescendientes’. Con independencia de la relación entre las personas que conforman la comunidad y la tierra ‘el territorio recoge la esencia misma de la existencia de un grupo social. Los pobladores hacen parte del territorio, así como la tierra, los ríos, los recursos y la vida’.” [T-680 de 2012]

[41] “Así la jurisprudencia de esta Corporación, articulando los preceptos 1º, 7º, 8º, 10,

13, 63, 67, 68 y 333 de la Carta a fin de establecer la génesis del derecho de los indígenas a la propiedad colectiva y sus alcances, ha puntualizado lo siguiente:

- Que en la base de nuestro Estado Social de Derecho se encuentra la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana, y que ésta no puede concebirse sin el reconocimiento integral del derecho territorial de los grupos étnicos a las tierras que tradicionalmente ocupan.
- Que la Carta Política, a la par que garantiza la propiedad privada, protege las formas asociativas y solidarias de propiedad, el patrimonio cultural y natural de la nación, las tierras de resguardo y las comunales de los grupos étnicos y la diversidad e integridad del ambiente.
- Que el ordenamiento constitucional entiende la cultura pluralista de la nación colombiana como una riqueza que se debe conservar, mediante la promoción, investigación, la ciencia y el desarrollo de todas las expresiones y valores culturales.
- Que el derecho de las comunidades indígenas sobre su territorio colectivo se funda en la Carta Política y en el Convenio 169 de la OIT”.

[42] El conflicto fue descrito de la siguiente manera por la Sala Quinta de Revisión: “Los accionantes solicitan el amparo a la integridad, identidad y autonomía cultural, así como a la propiedad colectiva de la comunidad indígena “Embera Dobida de Eyakera”. Corresponde a la Corte determinar si tales derechos han sido vulnerados como consecuencia de la demora en la culminación del proceso de constitución, ampliación, saneamiento y reestructuración del resguardo indígena de ésta comunidad. Tal dilación se centra en la discrepancia de las partes respecto al área de terreno a adjudicar, ya que la comunidad solicita que sea de 5.000 hectáreas correspondiente a su territorio ancestral, en tanto, el INCODER basado en los estudios realizados sólo asigna 500 hectáreas”.

[43] Lo que a su vez implica que es una norma de la mayor jerarquía constitucional, cuya protección puede exigirse por vía de la acción de tutela, tema que se abordará nuevamente al analizar la procedencia formal de la acción.

[44] “Con fundamento en los arts. 40-2, 330 parágrafo de la Constitución y las normas del

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

[45] Artículo 40. “Todo ciudadano tiene derecho a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político. Para hacer efectivo este derecho puede: 1. Elegir y ser elegido. || 2. Tomar parte en elecciones, plebiscitos, referendos, consultas populares y otras formas de participación democrática. || 3. Constituir partidos, movimientos y agrupaciones políticas sin limitación alguna; formar parte de ellos libremente y difundir sus ideas y programas. || 4. Revocar el mandato de los elegidos en los casos y en la forma que establecen la Constitución y la ley. || 5. Tener iniciativa en las corporaciones públicas. || 6. Interponer acciones públicas en defensa de la Constitución y de la ley. || 7. Acceder al desempeño de funciones y cargos públicos, salvo los colombianos, por nacimiento o por adopción, que tengan doble nacionalidad. La ley reglamentará esta excepción y determinará los casos a los cuales ha de aplicarse. || Las autoridades garantizarán la adecuada y efectiva participación de la mujer en los niveles decisorios de la Administración Pública.

[46] Constitución Política. Artículo 330: “De conformidad con la Constitución y las leyes, los territorios indígenas estarán gobernados por consejos conformados y reglamentados según los usos y costumbres de sus comunidades y ejercerán las siguientes funciones: (...) Parágrafo. La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin

desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. En las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación, el Gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades.”

[47] En concordancia con esas disposiciones, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 55 transitorio de la Constitución Política, el Legislador expidió la Ley 70 de 1993[47], donde estableció el derecho de las comunidades negras a ser consultadas previa la adopción de las siguientes medidas:[47]

[48] Convenio 169. Artículo 6º. Numeral 2º. “Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas”.

[49] Artículo 5. “Al aplicar las disposiciones del presente Convenio: a) deberán reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales propios de dichos pueblos y deberá tomarse debidamente en consideración la índole de los problemas que se les plantean tanto colectiva como individualmente; || d) deberá respetarse la integridad de los valores, prácticos e instituciones de esos pueblos; || c) deberán adoptarse, con la participación y cooperación de los pueblos interesados, medidas encaminadas a allanar las dificultades que experimenten dichos pueblos al afrontar nuevas condiciones de vida y de trabajo.

[50] , numeral 1º, prescribe que “(l)os 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. || 2. El mejoramiento de las condiciones de vida y de trabajo y del nivel de salud y educación de los pueblos interesados, con su participación y cooperación, deberá ser prioritario en los planes de desarrollo económico global de las regiones donde habitan. Los proyectos especiales de desarrollo para estas regiones deberán también elaborarse de modo que promuevan dicho mejoramiento. || 3.

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|| 4. Los gobiernos deberán tomar medidas, en cooperación con los pueblos interesados, para proteger y preservar el medio ambiente de los territorios que habitan”.

[51] Artículo 4º, Convenio 169 de la OIT: “1. Deberán adoptarse las medidas especiales que se precisen para salvaguardar las personas, las instituciones, los bienes, el trabajo, las culturas y el medio ambiente de los pueblos interesados. || 2. Tales medidas especiales no deberán ser contrarias a los deseos expresados libremente por los pueblos interesados. || 3. El goce sin discriminación de los derechos generales de ciudadanía no deberá sufrir menoscabo alguno como consecuencia de tales medidas especiales”.

[52] Ver, Artículo 15, ibídem.

[53] Ver, Artículo 16, ibídem.

[54] Otras disposiciones relevantes en la materia son el artículo 8º, referente al respeto por sus costumbres y derecho propio, y a la obligación de establecer mecanismos de coordinación en caso de que ello suscite conflictos (pluralismo jurídico); el artículo 13, sobre la obligación de respetar los territorios indígenas y la relación espiritual entre los pueblos y sus territorios, en la medida en que la consulta es un medio de protección al territorio colectivo y a los recursos naturales de sus territorios; el artículo 17, numeral segundo, que dispone “Deberá consultarse a los pueblos interesados siempre que se considere su capacidad de enajenar sus tierras o de transmitir de otra forma sus derechos sobre estas tierras fuera de su comunidad.” El artículo 20, numeral 1º, atinente a la protección laboral de las personas indígenas; el artículo 22, concerniente a la creación de programas de formación profesional que promuevan la participación voluntaria de los miembros de los pueblos interesados. El artículo 25, sobre los sistemas de seguridad social, y concretamente, los planes de salud y educación que deberán diseñarse con base en la participación y cooperación de las comunidades indígenas, de donde se infiere que la participación de los pueblos se prevé como medio de implantación del Convenio, no frente a

asuntos específicos, sino como condición de un adecuado desarrollo y comprensión de los derechos allí previstos, entre otros.

[55] Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el trece (13) de septiembre de dos mil siete (2007).

[56] Afirmando que los pueblos indígenas son iguales a todos los demás pueblos y reconociendo al mismo tiempo el derecho de todos los pueblos a ser diferentes, a considerarse a sí mismos diferentes y a ser respetados como tales (...) Afirmando_ que los pueblos indígenas son iguales a todos los demás pueblos y reconociendo al mismo tiempo el derecho de todos los pueblos a ser diferentes, a considerarse a sí mismos diferentes y a ser respetados como tales, (...) Reconociendo y reafirmando que los indígenas tienen sin discriminación todos los derechos humanos reconocidos en el derecho internacional, y que los pueblos indígenas poseen derechos colectivos que son indispensables para su existencia, bienestar y desarrollo integral

como pueblos, (Preámbulo), así como los artículos 1º y 2º

[57] Reconociendo que la Carta de las Naciones Unidas, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales² y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos², así como la Declaración y el Programa de Acción de Viena³ afirman la importancia fundamental del derecho de todos los pueblos a la libre determinación, en virtud del cual éstos determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural, Teniendo presente que nada de lo contenido en la presente Declaración podrá utilizarse para negar a ningún pueblo su derecho a la libre determinación, ejercido de conformidad con el derecho internacional, (Preámbulo). Artículo 3º: “Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural”. Artículo 4. “Los pueblos indígenas, en ejercicio de su derecho a la libre determinación, tienen derecho a la autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como a disponer de medios para financiar sus funciones autónomas”.

[58] “Artículo 5. Los pueblos indígenas tienen derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales, manteniendo a la vez su

derecho a participar plenamente, si lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado.” “Artículo 8: 1. Los pueblos y los individuos indígenas tienen derecho a no ser sometidos a una asimilación forzada ni a la destrucción de su cultura. || 2. Los Estados establecerán mecanismos eficaces para la prevención y el resarcimiento de: a) Todo acto que tenga por objeto o consecuencia privarlos de su integridad como pueblos distintos o de sus valores culturales o su identidad étnica; b) Todo acto que tenga por objeto o consecuencia desposeerlos de sus tierras, territorios o recursos; c) Toda forma de traslado forzado de población que tenga por objeto o consecuencia la violación o el menoscabo de cualquiera de sus derechos; d) Toda forma de asimilación o integración forzada; e) Toda forma de propaganda que tenga como fin promover o incitar a la discriminación racial o étnica dirigida contra ellos.

[59] Artículo 18. Los pueblos indígenas tienen derecho a participar en la adopción de decisiones en las cuestiones que afecten a sus derechos, por conducto de representantes elegidos por ellos de conformidad con sus propios procedimientos, así como a mantener y desarrollar sus propias instituciones de adopción de decisiones.

[60] Ver, Artículo 23, Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

[61] Ver, Artículo 28.1, *Ibídem*.

[62] Ver, Artículo 30.1. *Ibídem*.

[63] Ver, Artículo 32.1. *Ibídem*.

[64] Ver, artículos 38 y 41, *Ibídem*. Otras disposiciones relevantes son el artículo 11.1 sobre el derecho a practicar y revitalizar sus culturas y la reparación por la privación de bienes culturales, intelectuales, religiosos y espirituales sin su consentimiento libre, previo e informado o en violación de sus leyes, tradiciones y costumbres. El artículo 12 sobre la repatriación de objetos de culto mediante mecanismos establecidos con los pueblos interesados. El artículo | Artículo 17. 1. Sobre la protección de los niños indígenas de la explotación laboral, mediante medias consultadas y construidas con la cooperación de los pueblos interesados; el artículo 22 sobre la adopción de medidas para erradicar la violencia y discriminación que afecta a mujeres y niños indígenas, definidas conjuntamente con los

pueblos concernidos; el artículo 27 sobre el derecho de los pueblos indígenas a participar en la creación de medidas para el reconocimiento de sus sistemas de tenencia de la tierra, incluso de carácter legislativo, entre otros.

[65] 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.

[66] Artículo 29. 1. Los pueblos indígenas tienen derecho a la conservación y protección del medio ambiente y de la capacidad productiva de sus tierras o territorios y recursos. Los Estados deberán establecer y ejecutar programas de asistencia a los pueblos indígenas para asegurar esa conservación y protección, sin discriminación. || 2. Los Estados adoptarán medidas eficaces para asegurar que no se almacenen ni eliminen materiales peligrosos en las tierras o territorios de los pueblos indígenas sin su consentimiento libre, previo e informado.|| 3. Los Estados también adoptarán medidas eficaces para asegurar, según sea necesario, que se apliquen debidamente programas de control, mantenimiento y restablecimiento de la salud de los pueblos indígenas afectados por esos materiales, programas que serán elaborados y ejecutados por esos pueblos.

[67] 9. Para finalizar esta breve alusión a la Declaración, resulta relevante para la Sala adelantar algunas precisiones sobre su valor como fuente de derecho (o de obligaciones concretas para el Estado).

En primer término, la Declaración, por su naturaleza, no posee en el marco del derecho internacional la misma fuerza normativa que los tratados[67]. Sin embargo, esta Corporación ha defendido su aplicación directa y, especialmente, la obligación de tomarla en consideración por el intérprete al momento de establecer el alcance de los derechos de los pueblos indígenas, con base en las siguientes consideraciones[67]:

(i) La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas precisa el contenido de un cuerpo normativo ya existente en el Convenio 169 de la OIT, otras normas de derechos internacionales, y el orden constitucional colombiano[67], a la vez que perfecciona y fortalece los estándares de protección de sus derechos.

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

(ii) La Declaración contiene, así mismo, la opinión autorizada de la comunidad internacional sobre los derechos de los pueblos indígenas, y fue construida en un proceso de diálogo con los pueblos interesados. El Estado colombiano es parte de tratados y convenios internacionales asociados a la protección de los pueblos indígenas y las comunidades afrodescendientes (especialmente el Convenio 169 de la OIT[67]), y la Constitución Política de 1991 reconoce y valora el pluralismo y multiculturalismo. Por lo tanto, el cumplimiento de las obligaciones internacionales contraídas por el Estado en esos tratados y la eficacia de las normas constitucionales concordantes, requiere el seguimiento de sus disposiciones.

(iii) El principio de no discriminación (segundo pilar de la Declaración, junto con la autodeterminación de los pueblos), es considerado una norma imperativa del derecho internacional de los derechos humanos[67]. La Declaración explica plenamente el alcance de este principio en relación con los derechos de los pueblos indígenas. Por ello, su eficacia plena requiere la aplicación de las normas internas de forma concordante con la Declaración.

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

La aplicación de las normas asociadas al pluralismo y la diversidad constitucional está permeada de razones éticas y políticas de las que el juez constitucional no puede prescindir al fallar, si pretende alcanzar un equilibrio adecuado entre intereses de grupos humanos que pueden sostener diferencias sensibles entre sus formas de vida. Por lo tanto, desconocer la Declaración podría llevar a decisiones irrazonables o arbitrarias, en oposición

al principio de interdicción de la arbitrariedad, propio del Estado Constitucional de Derecho.

(v) Finalmente, las normas jurídicas son concebidas, desde ciertas orientaciones teóricas, como razones para la acción. Las fuentes de derecho son, desde ese punto de vista, razones especiales, en tanto se encuentran dotadas de autoridad. La Discusión sobre el carácter vinculante de la Declaración en el orden interno puede concebirse entonces como una discusión sobre si se trata de razones con autoridad o razones desprovistas de autoridad. Por supuesto, las segundas pueden ser utilizadas por las autoridades judiciales cuando contribuyen a solucionar un problema de discusión e interpretación normativa, siempre que ello no esté prohibido explícitamente. Las primeras, en cambio, tienen que o deberían ser atendidas por los jueces[67].

Las razones (i) a (iv) llevan a la Sala a concebir las disposiciones de la Declaración como razones para la acción dotadas de autoridad, algunas de las cuales tienen que ser tomadas en cuenta por los operadores jurídicos; mientras que otras deberían ser consideradas en sus decisiones. Las primeras son aquellas que desarrollan el principio de no discriminación frente a pueblos indígenas, así como las que precisan el alcance de derechos ya reconocidos en el orden interno. Las segundas, aquellas que amplían los estándares de protección alcanzados en el orden interno a través de las normas constitucionales citadas, la jurisprudencia de este Tribunal, la Ley o el Reglamento.

La omisión en la aplicación de las primeras puede dar lugar a una intervención directa del juez de tutela, puesto que comporta la violación de principios que ya hacen parte del orden interno, con jerarquía constitucional. La omisión en la aplicación de las segundas podrá ser objeto de aplicación indirecta, en tanto incidirá negativamente en el examen de razonabilidad y proporcionalidad de las decisiones de todas las autoridades. Por último, como criterio de interpretación, en virtud de lo expresado, la declaración resulta imprescindible para una adecuada comprensión de las normas que consagran los derechos de los pueblos indígenas y tribales (especialmente, por las razones (ii) y (iii), supra).

[68] M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

[69] Esta síntesis se basa en las sentencias T-693 de 2011 (M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub) y T-129 de 2011 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio), fallos recientes en los que se

reiteraron y sistematizaron las reglas concretas para el desarrollo de la consulta.

[70] Así, en las sentencias T-428 de 1992[70], T-380 de 1993[70] y el primer fallo de unificación en la materia, SU-039 de 1997[70], la Corporación abordó casos sobre el eventual desconocimiento del derecho a la consulta, previa la construcción de una carretera por territorio colectivo de una comunidad indígena o la explotación de recursos en los territorios indígenas, tales como la madera de árboles nativos o la exploración y explotación de petróleo.

[71] como represas (T-652 de 1998[71]), concesiones de explotación minera (T-769 de 2009[71]) y construcción de puertos (T-547 de 2010)[71], entre otros.

[72] M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.

[73] M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

[74] M.P. Álvaro Tafur Galvis.

[75] Posteriormente, en la sentencia de unificación SU-383 de 2003 (citada), la Sala Plena analizó la procedencia de la consulta a un grupo de comunidades indígenas del Amazonas, frente a la aspersion de productos químicos para la erradicación de cultivos ilícitos en amplias zonas del departamento. La Corporación debió evaluar una tensión entre el interés del Estado en la defensa del territorio y al cumplimiento de compromisos adquiridos en el ámbito internacional para enfrentar el negocio ilícito del tráfico de estupefacientes, de una parte; y la protección de la autonomía y el derecho a participación de las comunidades indígenas, mediante la consulta previa, de otra.

[76] “[...] de conformidad con lo previsto en el artículo 94 constitucional, la participación prevista en el artículo 330 de la Carta Política es un desarrollo de la consulta previa establecida en el Convenio 169 de la OIT, comoquiera que este mecanismo, por ser inherente a la existencia misma de los pueblos indígenas y tribales, se entiende enunciado en todos los derechos y garantías que el ordenamiento constitucional les reconoció a estos pueblos, toda vez que sólo escuchándolos, con la finalidad de llegar a un acuerdo, o de lograr su consentimiento de las medidas propuestas, se puede proteger el carácter pluricultural y multiétnico del Estado colombiano –artículos 6 del Convenio, 1° y 7° C.P.

[...]”Acto seguido, aclaró la Corte: “No implica lo anterior que la Corte esté desconociendo el derecho de los pueblos indígenas y tribales a ser previamente consultados cuando se adelanten proyectos de explotación de los recursos naturales en sus territorios ancestrales, por el contrario i) la Carta destaca esta modalidad de consulta, ii) la trascendencia de la misma ha sido reconocida por la jurisprudencia constitucional[76], y iii) la observancia estricta de esta modalidad de participación preocupa a la comunidad internacional, en razón de que los efectos de la minería y de los grandes proyectos inconsultos que se adelantan en los territorios indígenas “(..) amenazan con desplazar o ya han desplazado a cientos de miles de indígenas y tribus (..)” de su hábitat. || Lo que acontece es que el derecho fundamental de los pueblos indígenas y tribales a ser consultados sobre las decisiones legislativas y administrativas que puedan afectarlos directamente, en cuanto propende por la integridad cultural, social y económica de las culturas indígenas, es una modalidad de participación de amplio espectro, como viene a serlo la protección de la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana, en la que la especificidad del mecanismo para decisiones atinentes a la explotación de recursos naturales en los territorios indígenas está comprendida.” Ibídem. La posición sostenida por la Sala Plena de la Corte Constitucional es coincidente con los artículos 6º del Convenio 169 de la OIT y 19 de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, de acuerdo con los cuales la consulta procede frente a cualquier medida de carácter legislativo o administrativo que las afecte. Además, resulta relevante indicar que las normas del DIDH plantean el contenido mínimo de protección, razón por la cual la jurisprudencia colombiana ha ampliado el alcance de la obligación, al plantear que la consulta procede frente a medidas de cualquier índole, incluyendo normas, programas, proyectos o políticas públicas que afecten directamente a las comunidades originarias o afrodescendientes.

[77] Ver sentencias C-030 de 2008 (M.P. Rodrigo Escobar Gil) y C-175 de 2009 (M.P. Luis Ernesto Vargas Silva. SV Nilson Pinilla Pinilla, Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Cristina Pardo Schlesinger y Humberto Antonio Sierra Porto).

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

(C-175 de 2009. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva).

[79] M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

[80] Ver, Informe del Relator Especial de Naciones Unidas sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, (A/HRC/12/34. 15 de julio de 2009). Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo.

[82] M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

[83] “[...] esta corporación aclara que cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala, que tengan mayor impacto dentro del territorio de afrodescendientes e indígenas, es deber del Estado no sólo consultar a dichas comunidades, sino también obtener su consentimiento libre, informado y previo, según sus costumbres y tradiciones, dado que esas poblaciones, al ejecutarse planes e inversiones de exploración y explotación en su hábitat, pueden llegar a atravesar cambios sociales y económicos profundos, como la pérdida de sus tierras tradicionales, el desalojo, la migración, el agotamiento de recursos necesarios para la subsistencia física y cultural, la destrucción y contaminación del ambiente tradicional, entre otras consecuencias; por lo que en estos casos las decisiones de las comunidades pueden llegar a considerarse vinculantes, debido al grave nivel de afectación que les acarrea.” Estos fueron los fundamentos de la decisión: “Sin embargo, es importante precisar que antes de realizarse dicha consulta previa, esta corporación señala que el Ministerio de Medio Ambiente, deberá realizar un estudio detallado frente a la explotación y exploración de la naturaleza en los territorios nativos, y así verificar dos aspectos: i) si existe una vulneración de los derechos de los indígenas y afrodescendientes en su territorio; y ii) determinar el impacto ambiental que se genera en dichas zonas. Por ende, si esa cartera informa al ministerio del Interior y de Justicia que no se cumple algunos de estos dos requisitos, ello será vinculante y el Ministerio del Interior y de Justicia no podrá iniciar la consulta previa” (T-129 de 2011. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio).

[84] M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

[85] Magistrados ponentes: Nilson Pinilla Pinilla y Jorge Iván Palacio Palacio, respectivamente.

[86] El Ministerio del Interior y el apoderado de la Muriel Mining Co. interpusieron incidente de nulidad de nulidad contra la sentencia T-769 de 2009, considerando que la Corporación habría modificado su jurisprudencia al introducir el concepto de consentimiento previo, libre e informado. La Sala Plena negó el incidente y aclaró que el consentimiento hace parte de las reglas sobre consulta previa, pues así se desprende del Convenio 169 de la OIT y de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, explícitamente citada en aquella oportunidad[86].

[87] Este aspecto fue ampliamente explicado en la sentencia SU-383 de 2003 (M.P. Álvaro Tafur Galvis).

[88] Dentro de la dogmática del principio de proporcionalidad, la ponderación coincide con el último nivel de análisis, donde se evalúan los límites jurídicos que los principios se imponen entre sí, al buscar simultáneamente su máxima eficacia.

[89] Sentencia T-129 de 2011 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio), ya citada: “(...) no se puede obligar a una comunidad étnica a renunciar a su forma de vida y cultura por la mera llegada de una obra de infraestructura o proyecto de explotación y viceversa. En virtud de ello, en casos excepcionales o límite los organismos del Estado y de forma residual el juez constitucional, si los elementos probatorios y de juicio indican la necesidad de que el consentimiento de las comunidades pueda determinar la alternativa menos lesiva, así deberá ser”.

[90] “Bajo criterios similares, ha expresado el Relator de Naciones Unidas sobre la situación de los derechos de los indígenas: “47. Necesariamente, la solidez o importancia de la finalidad de lograr el consentimiento varía según las circunstancias y los intereses indígenas que estén en juego. Un efecto directo y considerable en la vida o los territorios de los pueblos indígenas establece una presunción sólida de que la medida propuesta no deberá adoptarse sin el consentimiento de los pueblos indígenas. En determinados contextos, la presunción puede convertirse en una prohibición de la medida o el proyecto si no existe el consentimiento de los indígenas. La Declaración reconoce dos situaciones en que el Estado tiene la obligación de obtener el consentimiento de los pueblos indígenas interesados, fuera de la obligación general de que las consultas tengan por finalidad procurar el consentimiento. Esas situaciones incluyen el caso en que el proyecto dé lugar al traslado del

grupo fuera de sus tierras tradicionales y los casos relacionados con el almacenamiento o vertimiento de desechos tóxicos en las tierras indígenas (arts. 10 y 29, párr. 2, respectivamente)” [... El Relator Especial lamenta que en muchas situaciones el debate sobre el deber de celebrar consultas y el principio conexo del consentimiento libre, previo e informado se haya planteado en torno a si los pueblos indígenas tienen o no un poder de veto que pueden esgrimir para detener los proyectos de desarrollo. El Relator Especial considera que plantear de esa manera el debate no se ajusta al espíritu ni al carácter de los principios de consulta y consentimiento según se han desarrollado en las normas internacionales de derechos humanos y se han incorporado en la Declaración.” (Naciones Unidas. A/HRC/12/34. 15 de julio de 2009).

[91] En esta oportunidad, la exposición gira en torno a tres fallos en los que, recientemente, se han efectuado reiteraciones con ánimo sistemático de las subreglas desarrolladas por la Corporación. Estas sentencias son la T-514 de 2009,[91] en la que se efectúa una actualización de la jurisprudencia unificada ya en la decisión SU-510 de 1998,[91] T-617 de 2010,[91] sobre los factores para decidir conflictos de competencia entre autoridades del sistema jurídico nacional y la jurisdicción indígena, y T-1253 de 2008,[91] en la que se discutió la pertinencia de la intervención del juez de tutela en conflictos particularmente intensos, que amenazan con la división de las comunidades indígenas.

[92] Este principio fue planteado por primera vez en las sentencias T-254 de 1994 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz) y T-349 de 1996 (MP. Carlos Gaviria Díaz), y ha sido reiterado en numerosas oportunidades como el criterio esencial para el estudio de casos relacionados con la autonomía de las comunidades indígenas. En la T-349 de 1996 expresó la Corporación: “... el desarrollo del principio de la diversidad cultural en las normas constitucionales citadas, y considerando que sólo con un alto grado de autonomía es posible la supervivencia cultural, puede concluirse como regla para el intérprete la de la maximización de la autonomía de las comunidades indígenas y, por lo tanto, la de la minimización de las restricciones a las indispensables para salvaguardar intereses de superior jerarquía”. sentencia SU-510 de 1998, señaló la Corporación: “En la esfera de las libertades, las soluciones dadas por la Corte a los problemas a que da lugar su ejercicio se han resuelto dentro de una línea que privilegia su máximo despliegue posible (principio pro libertate), también la doctrina de la Corte se ha inclinado por maximizar su radio de acción, claro está, dentro de los límites trazados por la Constitución (principio pro communitas)”.

[93] “Esta regla supone que al ponderar los intereses que puedan enfrentarse en un caso concreto al interés de la preservación de la diversidad étnica de la Nación, sólo serán admisibles las restricciones a la autonomía de las comunidades, cuando se cumplan las siguientes condiciones: a. Que se trate de una medida necesaria para salvaguardar un interés de superior jerarquía (v.g. la seguridad interna) [y] b. Que se trate de la medida menos gravosa para la autonomía que se les reconoce a las comunidades étnicas”. T-254 de 1994 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz), T-349 de 1996 (Carlos Gaviria Díaz) y SU-510 de 1998 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz. SV. José Gregorio Hernández Galindo. SPV. Hernando Herrera Vergara y Vladimiro Naranjo Mesa).

[94] *Ibídem.*

[95] “(...) Es preciso distinguir dos situaciones que deben ser objeto de una regulación diferente. Una es aquella en la que la comunidad juzga comportamientos en los que se ven involucrados miembros de comunidades distintas (...) La otra es la situación típicamente interna, es decir, una situación en la que todos los elementos definitorios pertenecen a la comunidad: el autor de la conducta pertenece a la comunidad que juzga, el sujeto (u objeto) pasivo de la conducta pertenece también a la comunidad y los hechos ocurrieron en el territorio de la misma (...) El principio de maximización de la autonomía adquiere gran relevancia en este punto por tratarse de relaciones puramente internas, de cuya regulación depende en gran parte la subsistencia de la identidad cultural y la cohesión del grupo” Sentencia T-496 de 1996. M.P. Carlos Gaviria Díaz.

[96] MP. Luis Ernesto Vargas Silva.

[97] La Corte justifica ese consenso así: PIDCP, artículos 1º, y 2º; CEDH, Artículos 1º, 2º; CADH, Artículo 27; Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes Artículo 2º, Parágrafo 2; artículo 3º común a los 4 Convenios de Ginebra. Cfr. Sentencia T-349 de 1996.

[98] Posteriormente, se hará referencia nuevamente a este caso, por tratarse de una de las sentencias más relevantes de la línea jurisprudencial que se reitera.

[99] En la sentencia T-349 de 1996 (MP. Carlos Gaviria Díaz) se expresó, además: “Los límites a las formas en las que se ejerce este control interno deben ser, entonces, los

mínimos aceptables, por lo que sólo pueden estar referidos a lo que verdaderamente resulta intolerable por atentar contra los bienes más preciados del hombre || [E]ste núcleo de derechos intangibles incluiría solamente el derecho a la vida, la prohibición de la esclavitud y la prohibición de la tortura. Dos son las razones que llevan a esta conclusión: en primer lugar, el reconocimiento de que únicamente respecto de ellos puede predicarse la existencia de un verdadero consenso intercultural. En segundo lugar, la verificación de que este grupo de derechos se encuentra dentro del núcleo de derechos intangibles que reconocen todos los tratados de derechos humanos, derechos que no pueden ser suspendidos ni siquiera en las situaciones de conflicto armado. || A este conjunto de derechos habría que agregar, sin embargo, el de la legalidad en el procedimiento y, en materia penal, la legalidad de los delitos y de las penas, por expresa exigencia constitucional, ya que el artículo 246 taxativamente se refiere a que el juzgamiento deberá hacerse conforme a las “normas y procedimientos” de la comunidad indígena, lo que presupone la existencia de las mismas con anterioridad al juzgamiento de las conductas.”

[100] SU-510 de 1998, reiterando lo establecido en el fallo T-254 de 1994 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz).

[101] SU-510 de 1998 y T-349 de 1996 (MP. Carlos Gaviria Díaz).

[102] MP. Luis Ernesto Vargas Silva.

[103] Por ello, la Corte ha recurrido en múltiples oportunidades al concepto de antropólogos expertos para determinar si una conducta determinada, a la luz del derecho y un orden social indígena determinado implica una lesión a la integridad; o si una figura como el trabajo comunitario puede asociarse en alguna medida a la servidumbre.

[104] Cfr., sobre la ponderación como método de aplicación de los derechos fundamentales, entre otras, las sentencias C-1287 de 2001 (MP: Marco Gerardo Monroy Cabra), C-210 de 2007 (MP. Marco Gerardo Monroy Cabra; AV Nilson Pinilla Pinilla), C-417 de 2009 (MP. Juan Carlos Henao Pérez. SV Jorge Ignacio Pretelt Chaljub, SV Manuel S. Urueta, Conjuez, SV Luis Ernesto Vargas Silva), T-023 de 2006 (MP. Alfredo Beltrán Sierra). El uso de la ponderación obedece, primero, a la ausencia de una jerarquía entre derechos fundamentales (los individuales y los de la comunidad); segundo, plantea la necesidad de analizar los límites entre unos y otros solo en el marco de las circunstancias de cada caso, lo que resulta

particularmente útil en materia de diversidad, donde las diferencias entre cada pueblo y cultura pueden adquirir relevancia; y, tercero, permite establecer reglas jurisprudenciales de decisión (subreglas), que pueden servir de guía a los jueces constitucionales que aborden colisiones normativas semejantes[104]. Además, el principio interpretativo de maximización de la autonomía de las comunidades opera en la ponderación como un factor que aumenta el “peso en abstracto” de la autonomía indígena. Esa atribución de un peso superior prima facie puede asimilarse, mutatis mutandi, al “peso” asignado a la libertad de expresión en los conflictos que suelen suscitarse entre esta y el derecho a la intimidad, en consideración a su relevancia para la vigencia de la democracia representativa; o a la preferencia normativa otorgada por la Constitución a los derechos de los niños. Ciertamente, estos derechos pueden ser derrotados en ejercicios de ponderación, pero al suscitarse conflicto con otros principios parten con un plus que debe ser tenido en cuenta por el juez al momento de resolver la eventual colisión de principios.

[105] Caso relativo a la división territorial del resguardo Potrerito, en Coyaima, Tolima.

[106] Sobre el reparto de recursos del sistema general de participaciones en el resguardo de chenche buenos aires, Coyaima (Tolima) y la situación de los indígenas que hacían parte del censo de la comunidad pero no residían en el territorio colectivo

[107] La Jurisprudencia de la Corte ha considerado que la autonomía es especialmente amplia en temas como la elección de las autoridades propias del resguardo, (T-1258 de 2008 (MP. Mauricio González Cuervo), T-979 de 2006 (MP. Nilson Pinilla Pinilla) y T-737 de 2005 (MP. Álvaro Tafur Galvis), la elección y traslado de ARS o EPS, C-088 de 2001 (MP. Martha Victoria Sáchica Méndez. SPV. Martha Victoria Sáchica Méndez) T-379 de 2003 (MP. Clara Inés Vargas Hernández), la destinación de los recursos que reciben los resguardos del Sistema General de Participaciones (T-704 de 2006 (MP. Humberto Antonio Sierra Porto), SU-510 de 1998 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz. SV. José Gregorio Hernández Galindo. SPV. Hernando Herrera Vergara y Vladimiro Naranjo Mesa), C-921 de 2007 MP. Clara Inés Vargas Hernández SV. Jaime Araujo Rentería), el ejercicio del derecho fundamental a la propiedad colectiva del territorio T-188 de 1993 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz), T-380 de 1993 (MP. Eduardo Cifuentes Muñoz), T-428 de 1992 (MP. Ciro Angarita Barón), T-652 de 1998 (MP. Carlos Gaviria Díaz), entre otros.

[108] La Sala Plena sentenció, desde la sentencia C-139 de 1996,[108] que la expedición de esa ley no es una condición para el ejercicio de la jurisdicción por parte de las autoridades tradicionales. Y en ese orden de ideas ha desarrollado en su jurisprudencia diversos criterios para la interpretación del artículo 246, en lo atinente a la coordinación ínter jurisdiccional. Estos criterios no son categorías excluyentes, aplicables en una lógica de “todo o nada”. Son elementos para una valoración judicial adecuada que, en cualquier caso debe tener en cuenta los fines que persigue cada criterio y las subreglas desarrolladas por la Corte Constitucional en la materia.

[109] MP. Luis Ernesto Vargas Silva.

[111] MP Carlos Gaviria Díaz.

[112] MP. Rodrigo Escobar Gil.

[113] Sobre los derechos de las víctimas, la Sala remite a las sentencias C-228 de 2002 (MMPP Manuel José Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre Lynett. APV Jaime Araújo Rentería), C-578 de 2002 (MP Manuel José Cepeda Espinosa. AV Rodrigo Escobar Gil), C-370 de 2006 (MMPP Manuel José Cepeda Espinosa, Jaime Córdoba Triviño, Rodrigo Escobar Gil, Marco Gerardo Monroy Cabra, Álvaro Tafur Galvis, Clara Inés Vargas Hernández. SV Humberto Antonio Sierra Porto. SV Alfredo Beltrán Sierra. SV Jaime Araújo Rentería), C-823 de 2005 (MP Álvaro Tafur Galvis. Unánime), C-979 de 2005 (MP Jaime Córdoba Triviño. AV Jaime Araújo Rentería), SU-254 de 2013 (MP Luis Ernesto Vargas Silva. AV Mauricio González Cuervo. SPV Luis Guillermo Guerrero Pérez) y C-579 de 2013 (MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. AV Jorge Iván Palacio Palacio, AV María Victoria Calle Correa, SPV Mauricio González Cuervo. AV Luis Guillermo Guerrero Pérez. AV Alberto Rojas Ríos. SPV Nilson Pinilla Pinilla. AV Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

[114] Explicó, además la Corte, en la sentencia T-617 de 2010: “En atención a lo expresado, al respeto por el principio de maximización de la autonomía, y al amplio número de culturas diversas y de formas jurídicas que en ellas se desenvuelven, el control (del juez de tutela o del juez encargado de dirimir el conflicto) sobre el respeto por los derechos de las víctimas debe orientarse, en principio, a constatar la existencia de una institucionalidad que permita la participación de la víctima en la determinación de la verdad, la sanción del responsable, y en la definición de las formas de reparación a sus derechos o bienes jurídicos

vulnerados. La verificación de conformidad entre el contenido del derecho propio y la Constitución escaparía entonces a una evaluación previa por un órgano externo. Una verificación de tal entidad, según se explicó en las sentencias T-552 de 2003[114] y T-514 de 2009[114] solo sería procedente ex post[114].

b. Un primer paso para establecer esa institucionalidad se concreta en la manifestación de la comunidad sobre su intención de conocer y aplicar sus procedimientos y normas tradicionales al asunto en cuestión[114].

c. Sin embargo, después de que una comunidad manifiesta que está en capacidad de adelantar un tipo de juicio determinado no puede renunciar a llevar casos semejantes, sin que medien razones poderosas para ello, en consideración al principio constitucional de igualdad.

d. En casos que puedan considerarse como de “extrema gravedad” (crímenes de lesa humanidad, violencia sistemática u organizada), o cuando la víctima se encuentre en situación de indefensión o especial vulnerabilidad, la verificación sobre la vigencia del factor institucional de competencia debe ser más rigurosa, acudiendo, por ejemplo, a la práctica de pruebas técnicas, pero manteniendo presente que el objeto de esta verificación consiste en asegurarse de que existan autoridades internas competentes para adelantar el juzgamiento; normas y procedimientos propios que aseguren el principio de legalidad en términos de previsibilidad, y medidas de protección de las víctimas.

e. Por otra parte, la Corte acepta que el derecho propio no se limita a la conservación de sistemas ancestrales de regulación social, sino que permite la constante reconfiguración de esas formas jurídicas, la reconstrucción o la incorporación de elementos del derecho mayoritario, pues esas circunstancias son propias del dinamismo de toda sociedad, y se hallan amparadas también por la autonomía de los pueblos originarios.”

[115] Posteriormente, en las sentencias T-811 de 2004, T-1238 de 2004 y T-1026 de 2008, se reiteró la necesidad de acreditar el elemento “objetivo referido a la calidad del sujeto o del objeto sobre los que recae la conducta delictiva”. En el fallo reiterado (sentencia T-552 de 2003) agregó la Corte: “...la progresiva asunción de responsabilidad o de opciones de autonomía implica también la adquisición de deberes y responsabilidades conforme a los cuales el carácter potestativo de la jurisdicción deja de ser una opción abierta a la

comunidad para convertirse en un elemento objetivo vinculado a la existencia de la organización". Dado que la segunda formulación se encuentra ya delimitada dentro del elemento institucional, y que las posteriores reiteraciones de esa sentencia se refieren solo a la primera definición, la Sala se concentrará en ella: el elemento objetivo como entendido como la naturaleza del objeto o sujeto afectado por una conducta punible o nociva.

[116] La Sala Plena consideró, en relación con el factor objetivo de competencia en la sentencia T-617 de 2010: "Con el fin de precisar ese criterio, resulta útil tomar en cuenta algunas formulaciones propuestas por el Consejo Superior de la Judicatura en las que explica que ese elemento hace referencia a la pertenencia de la comunidad indígena del sujeto pasivo o el objeto material objeto de la conducta; o en otros términos, del bien jurídico afectado. Puede, entonces, definirse el elemento objetivo como la condición de indígena del sujeto afectado, o del titular del bien jurídico ofendido; o, la naturaleza cultural del bien jurídico afectado. A pesar de la precisión obtenida a partir de las consideraciones de la autoridad judicial citada, una revisión somera de su jurisprudencia permite concluir que del elemento objetivo han surgido más inquietudes que certezas. || Así, en algunos fallos proferidos por el Consejo Superior de la Judicatura en el escenario que nos ocupa, la competencia se definió exclusivamente con base en los factores personal y territorial; en otras sentencias, la pertenencia de la víctima al resguardo se estableció como requisito de procedencia del fuero, en atención al elemento objetivo; en algunos pronunciamientos, la Corporación sostuvo una posición un poco más débil, señalando que si bien es relevante determinar la pertenencia de la víctima a la comunidad, de ahí no se deriva una regla definitiva de exclusión de la competencia de la jurisdicción especial indígena; lo anterior, dejando de lado que la identidad étnica de la víctima en ocasiones se ha ubicado como parte del elemento personal.

Una última formulación, cuya relevancia parece aumentar en el Consejo Superior de la Judicatura, presenta el elemento objetivo en función de la gravedad de la conducta. De acuerdo con esta posición, existiría un umbral de nocividad, a partir del cual un asunto trasciende los intereses de la comunidad por tratarse de un bien jurídico universal y, por lo tanto, es excluido de la competencia de la jurisdicción especial indígena. Esa posición ha llevado al Consejo Superior de la Judicatura a sustraer a la jurisdicción especial indígena del conocimiento de asuntos relativos a tráfico de estupefacientes, secuestro, abuso de menores, y a plantear a manera de regla general la exclusión de la JEI de delitos o crímenes

de lesa humanidad de manera general.

Esa formulación establece un notable énfasis en el carácter excepcional de las jurisdicciones especiales, y parte de premisas adicionales que vale la pena mencionar: (i) el fin de la jurisdicción especial indígena es resolver conflictos internos de las comunidades aborígenes para que, en su ámbito territorial interno, se preserve su cosmovisión o forma de vida; (ii) el campo de aplicación de un fuero especial se centra en los fines que persigue su consagración. (iii) Haciendo una analogía con la jurisdicción penal militar, si en ese ámbito el fuero debe aplicarse exclusivamente a las conductas que pueden perjudicar la prestación del servicio, en la jurisdicción especial indígena, el fuero debe limitarse a los asuntos que conciernen únicamente a la comunidad. Por lo tanto [iv - concluye la Sala el argumento], el fuero no procede para delitos de especial gravedad que deben ser reprimidos más allá de consideraciones culturales, especialmente tomando en cuenta que la interpretación de las normas que habilitan la procedencia de las jurisdicciones debe efectuarse de manera restrictiva.

Para determinar el alcance que debe tener el elemento objetivo en la jurisprudencia constitucional, la Sala considera pertinente evaluar la validez de esas premisas, pues tocan aspectos de indudable relevancia constitucional. Primero, es cierto que, de acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación, las jurisdicciones especiales tienen un carácter excepcional, y que este Tribunal ha sostenido explícitamente que las normas que confieren competencia a la justicia penal militar deben ser interpretadas restrictivamente[116]. Esta posición, empero, debe ser matizada en el caso de la jurisdicción especial indígena, debido a la necesidad de armonizar el carácter excepcional de la jurisdicción indígena con el principio de maximización de la autonomía de las comunidades aborígenes, asociado a su supervivencia como grupos culturales.

Así pues, es claro que para extraer un caso de la justicia ordinaria y remitirlo a la jurisdicción especial indígena deben configurarse todos los elementos que aseguren el ejercicio efectivo de la coerción social en el ámbito territorial de la comunidad o resguardo concernido, en virtud del carácter excepcional de las jurisdicciones especiales. Sin embargo, frente a la jurisdicción especial indígena, al hacer la evaluación específica de cada uno de los elementos definitorios del fuero, el juez puede adoptar una forma de interpretación más amplia, orientada a garantizar al máximo la vigencia de los derechos

colectivos de la comunidad.

Segundo, el Consejo Superior de la Judicatura, como juez natural de los conflictos de competencia entre jurisdicciones puede aplicar, por analogía, criterios que ha desarrollado al definir diversos tipos de conflicto. Sin embargo, al hacerlo, debe respetar el principio de igualdad, eje axiológico y normativo de nuestra Carta Política.

(...) Para la Sala, la analogía entre el fuero militar y el fuero indígena resulta injustificada si se basa únicamente en el carácter excepcional de los fueros o en los fines de cada una de las jurisdicciones. Lo primero porque, como se expresó, la excepcionalidad de los fueros especiales no acarrea necesariamente una concepción restringida de la jurisdicción especial indígena debido al principio de maximización de la autonomía; lo segundo porque los fines de la justicia penal militar están definidos con precisión en los artículos 122 y 216 a 218 de la Fuerza Pública (atañen a la conservación de la seguridad y soberanía nacional, y la protección del ejercicio de los derechos y libertades públicas), en tanto que la diversidad cultural, por definición, presenta una multiplicidad de facetas y fines, dentro de los cuales resultaría difícil establecer el alcance específico de la jurisdicción especial indígena.

Por ello, si bien resulta plausible partir de las funciones y fines de la Fuerza Pública para determinar el alcance de la justicia penal militar, esta operación puede resultar insuficiente en el caso de la jurisdicción especial indígena, asociada a la garantía de una gama de intereses diversos que pueden tener un contenido variable, en un país en el que conviven aproximadamente un centenar de culturas diferentes: a manera enunciativa, entre ellos se encuentran, la supervivencia de formas de vida diversas; la igualdad entre culturas; el pluralismo como principio fundante del Estado; la participación de todos los sectores de la nación; la garantía de la igualdad frente a sectores histórica, social y geográfica marginados; la especial relación de los pueblos aborígenes con la tierra y el medio ambiente; el juzgamiento por parte de personas con las mismas ideas y concepciones; el respeto por las minorías étnicas, etc.

[117] Como anexo de la sentencia, se presenta un compendio de las subreglas y criterios mencionados.

[118] Lo anterior, sin perjuicio de que en determinados casos el examen de un factor sea de menor dificultad: por ejemplo, en un caso que no sea “penal” no habría una víctima, así

que el examen de institucionalidad, en principio, se limitaría a la existencia de usos y costumbres, procedimientos y autoridades propias con la disposición para adelantar el conocimiento del caso.

[119] Finalmente, en la citada sentencia T-617 de 2010 (MP Luis Ernesto Vargas Silva).

[120] MP Manuel José Cepeda Espinosa.

[121] En los años noventa, la violencia en la Guajira fue causada principalmente por las actividades de narcotraficantes; en la segunda mitad de los 90s, por el combate entre las estructuras del narcotráfico y las Fuerzas Armadas; y desde 2001, especialmente por las confrontaciones entre las Fuerzas Armadas, los paramilitares, grupos de narcotraficantes y la guerrilla. Según reportan las comunidades wayúu, la entrada de los grupos paramilitares a la Guajira en los años 90 produjo una grave violencia de cuyas víctimas no hay registro. Entre 2001 y 2004, se reporta una etapa de expansión del conflicto armado por el territorio; y desde 2005 hasta la fecha, una grave disputa armada territorial, por el control de los recursos y de la población, que ha generado una nueva dinámica de violencia, exacerbada por el narcotráfico y el comercio ilegal de armas y de gasolina. Sin embargo, el contrabando, que en amplias partes de la Guajira es usual, es secundario frente al problema del narcotráfico, en el que participan muy pocos wayúu.

[122] Adicionalmente, el informe analiza el impacto del conflicto armado en el departamento de La Guajira por parte de diversos actores armados principalmente las Farc, el Eln y las Auc, quienes en el proceso de control territorial de la zona cometieron actos de violencia contra las comunidades wayúu la que tradicionalmente comercializaban en la zona; por esta razón los indígenas realizaron acciones de resistencia armada para hacerle frente a estos grupos. Se generaron graves infracciones al DIH, como masacres, desapariciones, homicidios selectivos, desplazamientos forzados, enfrentamientos con la población wayúu, destrucción de bienes civiles y de bienes indispensables para la supervivencia y ataque contra las familias wayúu que se opusieron al control de las autodefensas en varios municipios de alta Guajira y en la Serranía de la Macuira. Adicionalmente, la Defensoría analiza el proceso de desmovilización de las autodefensas en el 2006 y la presencia de bandas criminales en la región.

[123] “Buena parte del presente informe se ocupa de las problemáticas que aquejan a

nuestros hermanos mayores: desnutrición, analfabetismo, carencia de agua potable y la acción de grupos armados ilegales amenazan seriamente, tal vez como nunca antes en nuestra historia, la existencia del pueblo wayúu”. Defensoría, Informe, 2014.

[124] “En ese sentido, señaló la Corporación: “[en cuanto al agua] la situación de abastecimiento es crítica, ya que [...] este aspecto influye negativamente en la realización de otros derechos como la seguridad y salubridad pública, la seguridad alimentaria, la salud, la vivienda, la educación, el desarrollo y la vida de los sujetos de especial protección que son los niños y adultos de las comunidad étnicas y, en general, de toda la población [...] Los sistemas de almacenamiento de agua y los arroyos que la proveían a las comunidades de la Guajira están completamente secos, por lo tanto la mayor parte de las comunidades étnicas en La Guajira no cuenta con acceso al agua para consumo humano, ni tampoco para realizar las actividades que constituyen su sustento básico [...]” Informe Defensorial, 2014.

[125] Siguiendo a una de las fuentes consultadas, Marcela Gutiérrez Quevedo, se hará referencia a estos conflictos como situaciones problemáticas o SP, concepto que gracias a su vaguedad permite concebir un amplio conjunto de circunstancias, a la vez que se aparta del concepto de infracción penal o delito, propio del derecho mayoritario.

[126] Los párrafos que siguen son tomados literalmente del informe presentado por la Junta Mayor de Palabrerros. Dado que la extensión de la transcripción supera el promedio de las citas incorporadas en el texto de la decisión, se omitirán las comillas, con el único fin de mantener un formato que facilite su lectura.

[127] Nuevamente, se omiten las comillas. El texto que sigue es, sin embargo, transcripción literal de algunos apartes del concepto del Icanh.

[128] Remítase, por ejemplo, a la sección 6.1. del informe del Grupo de Memoria Histórica de la Comisión Nacional de Reparación y Reconciliación sobre la Masacre de Bahía Portete, (Op. Cit.: 137-143).

[129] Vergara (Op. Cit.: 33-34).

[130] Inscrita en la Lista Representativa del Patrimonio Cultural Inmaterial de Colombia en

2009 e incluida en la Lista Representativa del patrimonio Cultural de la Humanidad de la UNESCO en 2010.

[131] Guerra (Op. Cit. 1990; 89).

[132] Weildler Guerra Cúvelo; 1997 Conflictos Interfamiliares wayúu.

[133] La descripción que realiza Guerra sobre estas relaciones con la tierra fue previamente citada, en el concepto del Icanh: “La precedencia se observa en la ocupación continuada por parte de un grupo familiar de un determinado territorio considerado como su Wommainpaa, o patria guajira, y se manifiesta en forma concreta en los cementerios familiares y vestigios materiales de corrales antiguos y postes de domar animales que comprueben la antigüedad de su asentamiento en esa área. La adyacencia se fundamenta en la cercanía del eje vivienda-cementerio a las zonas de pastaje, fuentes de agua, áreas de cultivo y recolección entre los pastores, y en la cercanía a las salinas, lagunas litorales y áreas de pesca entre los apalaanch o wayúu de la zona costera. El principio de subsistencia consiste en el reconocimiento social hacia un grupo familiar wayúu como explotador inveterado de unos recursos naturales adyacentes a su territorio tradicional”.

[134] El Consejo Superior de Palabrereros, explica, en concepto remitido a la Corte Constitucional lo siguiente: “Territorio ancestral: es aquel donde un determinado clan posee su derecho perpetuo y eterno porque en él nace y se encuentra sembrada su generación y lo representan sus tumbas ancestrales o cementerios, donde están enterrados en su última morada sus muertos. El cementerio es para el wayúu el título de propiedad de su territorio, cuyo derecho no tiene prescripción en el tiempo y el espacio así lo abandone por muchos años y no se puede enajenar bajo ninguna circunstancia por ningún miembro de la familia porque significa acabar con un legado, con su existencia y con su historia. Un wayúu podrá perder su identidad, su lengua, su tradición, pero jamás su derecho al territorio (númain) (tierra que Dios le dio), porque este es la puerta para su paso a jepirra (entrada al cielo). Este territorio es de derecho colectivo para el propio clan o apushi (familia materna) y sobre este ningún otro tiene derecho, como por ejemplo, los hijos hombres (achonurú) que por el hecho de pertenecer a la familia de su padre y compartan en el mismo espacio territorial, siempre pertenecerá al clan dominado.

2. Territorio de asentamiento: es aquel que un wayúu o su familia conquistó producto de la

permanencia en él, donde adelanta labores cotidianas y obtiene su diario vivir y que otra familia o clan no lo reclame como suyo como territorio ancestral debiendo demostrar su cementerio o vestigios de este y otros elementos o componentes. En este, por los años de su explotación, la familia o clan poseedor puede o establecer su cementerio de paso donde entierra sus muertos mientras los prepara para su traslado a su última morada en el cementerio de su territorio ancestral. Estos territorios pueden ser vendidos, cedidos, repartidos a la familia del poseedor, incluidos a los hijos del hombre (aiqueyu o achonuru) ya que este es producto de su fruto y sudor. Y cuando eso es la voluntad del mayor debe ponerlo en conocimiento de su clan para que respeten su decisión, cuyo propósito busca evitar conflictos a futuro. De lo contrario son los (oriwous), sobrinos maternos quienes poseen el derecho de herencia.

3. Territorio colectivo: La colectividad del derecho al territorio en el pueblo wayúu, no pasa más allá del derecho respectivo que poseen los miembros maternos de un clan dominante y ello por la simplísima razón de evitar pleitos con otros clanes, así convivan con ellos, eso es la esposa de un hombre, sus hijos y los frutos que de ellos se deriven; siempre serán clanes dominados y no poseen ningún derecho al territorio, más allá del uso y la explotación que por consentimiento del jefe familiar materno dominante, este les permita”.

[135] Al respecto, resultan de especial relevancia los artículos 13 a 18 del Convenio 169 de 1989, que hacen referencia a las tierras de los pueblos indígenas. En particular, el artículo 17 que establece:

Artículo 17.

2. Deberá consultarse a los pueblos interesados siempre que se considere su capacidad de enajenar sus tierras o de transmitir de otra forma sus derechos sobre estas tierras fuera de su comunidad.

3. Deberá impedirse que personas extrañas a esos pueblos puedan aprovecharse de las costumbres de esos pueblos o de su desconocimiento de las leyes por parte de sus miembros para arrogarse la propiedad, la posesión o el uso de las tierras pertenecientes a ellos.

[136] Esta es la descripción de los predios: Aralia 1, adjudicado a Ángel Pushaina y María

Teresa Pushaina, con un área de 89 hectáreas por resolución 001230 de 31 de mayo de 2002. Límites: norte, con Jesualdo Epinayú; oriente, con Aníbal Epinayú; Sur, con Iván José Epinayú; y Occidente, con Julio Pushaina. Nro Matrícula 41031, certificado de la supernotariado y registro. “formulario de calificación constancia de inscripción”, de la Supernotariado y Registro. 2. Putsimalu 1, adjudicado a Iván José Epinayú y Jorge Epinayú, con un área de 92 Hectáreas por resolución 001231 de 2002. límites al norte, con Julio Pushaina y baldíos nacionales; oriente, con Ender Benjumea; sur, con la carretera Nacional Troncal del Caribe; y Occidente, con Ender Benjumea. Nro Matrícula 41040, formulario de calificación constancia de inscripción”, de la Supernotariado y Registro. 3. Terrero Patka 1, adjudicado a Jesualdo Epinayú, con una extensión de 92 hectáreas, adjudicado por resolución 001233 de 2002. límites: norte, Mar Caribe; Oriente, Aníbal Epinayú; Sur, Ángel Pushaina y Julio Pushaina. Nro Matrícula 41042, formulario de calificación constancia de inscripción”, de la Supernotariado y Registro. 4. Terreno Putsimalu, adjudicado a Julio Pushaina, con extensión de 92 Hectáreas. límites al norte, con Jesualdo Epinayú, al Oriente, con Ángel Pushaina, al Sur, con Iván José Epinayú y al Occidente con Ender Benjumea, Pablo Martínez y Pepe Pushaina, formulario de calificación constancia de inscripción, de la Supernotariado y Registro. Nro Matrícula 41044, formulario de calificación constancia de inscripción”, de la Supernotariado y Registro. 5. Terreno Patka, adjudicado a Pepe Pushaina y Luz Marina Epiayú, con extensión de límites al Norte con el Mar Caribe; al Oriente, con Jesualdo Epinayú; y al Suroccidente, con Pablo Martínez

[137] Folios 266 a 280.

[138] El Censo DANE 2005 reportó 270.413 personas que se reconocen como pertenecientes a pueblo Wayuú, cifra que posiciona a este pueblo indígena como el de mayor cantidad de población del país. El 48,88% son hombres (132.180 personas) y el 51,12% mujeres (138.233 personas). (Fuente, Ministerio de Cultura y censo de 2005. Disponible en Internet.

<http://www.mincultura.gov.co/areas/poblaciones/noticias/Documents/Caracterizaci%C3%B3n%20del%20pueblo%20Wayu%C3%BA.pdf>). Según al mismo censo del año 2005, el 44% de la población de la Guajira se denomina indígena.

[139] A folios 266 a 280 obran copias de certificados de tradición de los siguientes predios:

(i) "Nro matrícula; 57696. "Lote Aralia. Lote 1 Vereda El Ahumao, Corregimiento de Camarones", donde consta un negocio de compraventa de Agromar SAS a Abundantia Business Center SAS, por valor de 90 millones de pesos [Fl. 266]; (ii) "Nro de matrícula 57697. "Lote 2. Aralia. Vereda El Ahumao. Lote 2, Corregimiento de Camarones". Consta negocio de compraventa de Agromar SAS a Abundantia Bussines Center SAS, por valor de 1.250 millones de pesos; (iii) "Nro de matrícula 57698. Lote 3. Aralia. Vereda El Ahumao", en la que consta un negocio de compraventa de Agromar SAS y Abundantia Business Center, por valor de 1.250 millones de pesos; (iv) "Nro. de matrícula 210-57699", cuya primera anotación corresponde al "englobe" de los predios efectuada por Agromar Ltda., al asociarse con los adjudicatarios de los predios Aralia 1, Patka, Patka 1, Putsimalu y Pustimalu 1. Posteriormente, consta un acto de "desenglobe" y un negocio de compraventa de Agromar SAS a Proalimentos SAS, por valor de 1.385 millones. (v) "Nro matrícula 57700. Lote No. 5. Aralia. Vereda El Ahumao. Lote 5, Corregimiento de Camarones" [Fl. 271]; (vi) "Lote 6. Aralia, Vereda El Ahumao. Lote 6, Corregimientos de Camarones", donde consta negocio de compraventa de Agromar SAS a Abundantia Business Center SAS, por valor de \$1.440.000 [Fl. 271]; (vii) "Nro Matrícula 57702. Folio No. 7. Vereda El Ahumao, Lote 7. Corregimiento de Camarones" Compraventa de Agromas SAS y Abundantia Business Center, por 630 millones; [Fl. 272] (viii) Nro matrícula 57703. Lote 8, Vereda El Ahumao. Lote 8, Corregimiento de Camarones. Compravenda de Agromar SAS y Abundantia Business Center SAS, por valor de 1.386 millones [Fl. 273]; (ix) "Nro matrícula 57704. Lotee 9. Vereda El Ahumao, Corregimiento de Camarones", consta negocio de compraventa de Agromar SAS a Abundantia Business Center, por valor de 11.340.000 [Fl. 272]; (x) "Nro Matrícula 57705. Lote 1'. Vereda El Ahumao. Lote 10, Corregimiento de Camarones", consta compraventa por valor de 277 millones [Fl 275]. (xi) "Nro matrícula 57706 Lote 11, Vereda El Ahumao. Lote 11, Corregimiento de Camarones. Contsta compravente de Agromar SAS a Abundantia Business Center, por valor de \$3.690.000 [Fl. 276]"; (xii) "Nro de matrícula 57707. Lote No 12, Aralia, Vereda El Ahumao", consta compraventa de Agromar SAS y Abundantia Business Center SAS, por valor de 495 millones; (xiv) Lote 13, Aralia, Vereda El Ahumao, lote 13 Corregimiento de Camarones. Consta compraventa de Agromar SAS a Abundantia Business Center SAS" por valor de \$3.690.000; (xv) "Nro matrícula 210-57709. Lote 14, Aralia, Vereda El Ahumao. Lote 14, Corregimiento de Camarones, donde se registra como última transacción la compraventa de Agromar SAS a Abundantia Business Center SAS, por valor de \$104.680.000