

Sentencia T-634/99

ENTIDADES TERRITORIALES-Características

TERRITORIOS INDIGENAS-Principios aplicables

PRINCIPIO DE DIVERSIDAD ETNICA Y CULTURAL-Protección constitucional

RESGUARDOS-Son ámbito territorial

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. En consecuencia, los resguardos son algo más que simple "tierra" y algo menos que "Territorio indígena"; es decir, que no son términos iguales en la conceptualización constitucional, aunque, en una ley de ordenamiento territorial, geográficamente podrían coincidir. Pero, actualmente, todavía no se puede decir que un resguardo es una Entidad Territorial. 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.

CULTURA INDIGENA-Connotación de la naturaleza/**CULTURA INDIGENA**-Afectación conlleva menoscabo de un derecho colectivo

MUNICIPIO-Creación sin previa consulta de pueblo arhuaco

DERECHO DE PARTICIPACION DE COMUNIDAD INDIGENA-Población y territorio

COMUNIDAD INDIGENA-Consulta previa

ACCION POPULAR-Derecho a la consulta de comunidades indígenas

Referencia: Expediente T-180391

Solicitante: Procuraduría Delegada para Asuntos Etnicos

Procedencia: Tribunal Superior de Valledupar Sala Civil

Temas:

Territorio indígena, ámbito territorial

Resguardos indígenas

Acciones populares

Magistrado Ponente:
Dr. ALEJANDRO MARTÍNEZ
CABALLERO

Santa Fe de Bogotá D.C., treinta (30) de agosto de mil novecientos noventa y nueve (1999).

La Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados doctores Fabio Morón Díaz, Vladimiro Naranjo Mesa y Alejandro Martínez Caballero, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales,

EN NOMBRE DEL PUEBLO

Y

POR MANDATO DE LA CONSTITUCIÓN

Ha pronunciado la siguiente

SENTENCIA

Dentro de la tutela interpuesta por Marta Lucía Giraldo Restrepo, en su condición de Procuradora Delegada para Asuntos Etnicos, quien ejercita la facultad asignada por el artículo 66 literal F de la ley 201 de 1995 y pide que se respeten los derechos fundamentales del pueblo arhuaco, en cuanto éste no fue tenido en cuenta en la reciente creación del municipio de Pueblo Bello (Cesar). La acción estuvo dirigida contra el Gobernador del Departamento del Cesar, el Registrador Nacional del Estado Civil y el Registrador Departamental del Cesar. La Corte Constitucional por auto de 22 de febrero del presente año ordenó que la solicitud de tutela y el fallo de instancia también se pusieran en conocimiento del Alcalde de Pueblo Bello y del Concejo del mismo municipio, lo cual ya se hizo. Ha llegado el momento de proferir la sentencia de revisión, anotándose que por decisión de la Sala Plena los términos estuvieron suspendidos desde el 21 de junio hasta el 2 de julio de 1999.

ANTECEDENTES

1. La Procuradora Delegada para Asuntos Etnicos presentó la tutela, ante el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, para que “*como mecanismo transitorio.... Se tutelen los derechos fundamentales del Pueblo Indígena Arhuaco a la autonomía, a la identidad e integridad étnica y cultural y a la participación*” y en consecuencia pide que mientras decide la jurisdicción Contencioso Administrativa una acción de nulidad interpuesta contra la ordenanza 037 que creó el municipio de Pueblo Bello, se suspendan los

efectos de tal ordenanza al igual que los efectos de los decretos gubernamentales que desarrollaron la mencionada norma. Como la solicitud de tutela fue presentada el 17 de julio de 1998, también se pidió que la Registraduría del Estado Civil se abstuviera de declarar la elección del alcalde y los concejales elegidos en Pueblo Bello el 5 de julio de 1998, o si ello hubiere ocurrido, no se les diera ni credenciales ni posesión.

2. Considera la solicitante, como aspecto central, que la creación del municipio de Pueblo Bello, con base en la ordenanza N° 037 de 1997, atenta contra derechos fundamentales del pueblo indígena Arhuaco, porque para la conformación del municipio de Pueblo Bello no se realizó la consulta previa con el mencionado pueblo indígena pese a que parte del territorio del nuevo municipio ha sido reconocido como “territorio indígena” mediante resoluciones 078 de 1983 y 032 de 1996, proferidas por el INCORA.
3. El concepto que sobre “territorio” tiene la comunidad arhuaca, aparece en un documento que obre en el expediente y que dice:

“Cuando los indígenas hablamos del territorio tradicional, hacemos referencia al espacio donde se recrea la cultura, a la integridad de relaciones sociales, culturales y espirituales que constituyen la base de nuestra permanencia como etnia. Razón por la cual las luchas indígenas se han enfocado a recuperar el territorio y tener un control, fundamentado en la ocupación ancestral de los espacios, porque nos representa la garantía para seguir existiendo como pueblos, porque de aquí depende la vida, cultura y toda clase de conocimiento.

En este contexto los pueblos indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta asumimos que el respeto por la territorialidad como derecho fundamental debe ir encaminado a consolidar el dominio y control, en una dinámica de conducción autónoma de procesos y estrategias de desarrollo indígena.

El mundo para el Arhuaco se concibe integral; es un tejido, no puede estar separado en parte, interactuar de acuerdo a unos valores de convicción, es difícil interiorizar la jerarquización de los derechos cuando sabemos que cualquier desconocimiento a las leyes naturales causa desequilibrio en el universo.

Según tradición heredada por los pueblos indígenas de la SIERRA NEVADA DE SANTA MARTA, nos fue dejado por Kaku Serankua (Dios creador) este territorio para ser compartido, custodiado y distribuido. Cuando la tierra se formó, se delimitó un vasto territorio en forma circular cuyo centro eran las altas montañas y llegaba hasta el mar donde se completaba el ciclo vital de las aguas. Aquí habitaríamos los hijos de la madre, aprovechando los distintos pisos climáticos, reservando y cuidando las cabeceras de los ríos, los páramos, las lagunas y los sitios sagrados.

La Línea Negra (sei-shizha), constituye nuestro Territorio Tradicional y sagrado para las comunidades indígenas existentes en la Sierra Nevada de Santa Marta. Esta línea demarca los lugares de vital importancia para hacer

los pagamentos y ritos ceremoniales, que tienen importancia fundamental en el equilibrio ecológico y ambiental de la naturaleza, para de esta manera evitar sequías, terremotos, inundaciones, enfermedades etc.

Ha sido muy difícil para nosotros los indígenas, hacer entender a la sociedad mayoritaria principalmente a aquellas comunidades que viven cerca de las poblaciones indígenas, que nuestro proyecto de vida retoma y se orienta por los lineamientos dados por ley tradicional a través de los mamus y la relación directa con la madre naturaleza. No podemos concebir un desarrollo con la explotación de la madre, la construcción de carreteras, el turismo, la imposición de modelos extraños a nuestra realidad y el desconocimiento de las autoridades propias.

Los derechos reconocidos por la C.N. nos han servido como herramientas para reafirmar a la sociedad no indígena que nuestros territorios tradicionales, no pueden seguir siendo delimitados por divisiones político administrativas que no responden a las condiciones sociales, culturales, políticas ni económicas de los pueblos indígenas; caso concreto la creación del municipio de Pueblo Bello superpuesto al territorio tradicional en general y en particular al resguardo arhuaco tal como lo podemos ver en el mapa que se anexa; para muchos era una mas de las divisiones que se constituían, pero para nosotros representa, otro factor, que afecta la unidad de nuestro pueblo, el resquebrajamiento de un sistema de gobierno propio acorde a nuestros usos y costumbres, y cada vez se aleja la oportunidad de defender una visión de justicia a partir de los principios de la ley de origen.”

De ahí que en la Asamblea del Pueblo Arhuaco, en Nabusimake, el 20 de mayo de 1998, se hubiere dicho entre otras cosas:

“Las comunidades indígenas del pueblo IKU (arhuacos) de la Sierra Nevada de Santa Marta, representadas por los Mamus, Cabildo Gobernador, Cabildos y Comisarios de las parcialidades; todos reunidos en Asamblea General en esta fecha, damos a conocer a las autoridades del Estado competentes y a la opinión pública, a través del presente documento, nuestra posición frente a la creación del Municipio de Pueblo Bello.

Desde hace muchos años las comunidades indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta hemos venido reclamando la devolución de nuestro territorio tradicional delimitado por la Línea Negra en el contorno del macizo.

En ya innumerables ocasiones hemos expuesto las razones que nos mueven a reclamar que de hecho se nos reconozca como legítimos dueños de dicho territorio por posesión ancestral; sin embargo el arremetimiento de la sociedad mayoritaria no para, queriendo desconocer a cada vez nuestros justos derechos.

Esta vez nuevamente vemos amenazada nuestra integridad cultural con la reciente creación del municipio de Pueblo Bello, enclavado en nuestro territorio, sin ni siquiera preguntarnos si estábamos de acuerdo. Tal vez a

sabiendas de cual es nuestra posición frente a estas intromisiones optaron por crear el municipio sin que nos diéramos cuenta para no darnos oportunidad a actuar tratando de impedir el acometido.

Nosotros los Iku (o Arhuacos) junto con los Kogis y los Arsarios somos los legítimos dueños del territorio delimitado por la Línea Negra, y como tal hemos cuidado, bajo la orientación de los Mamus (nuestros sabios), la vegetación, los animales, la tierra, el aire, el agua y todos los demás elementos y seres naturales con los cuales interactuamos y son la fuente de nuestras vidas. De ahí depende también la vida de los hermanos menores que viven en los alrededores.

Nuestra misión es cuidar el Universo y esa misión la cumplimos a través de nuestras prácticas en nuestro diario vivir. Y el cuidado de los sitios sagrados que hay en su interior, donde moran los Padres Sagrados, la fuerza y fuente vital de cada uno de los seres que existen en el universo. Es así como toda la Sierra Nevada es un templo sagrado y constituye el espacio que nos fue asignado por nuestros padres espirituales desde el origen de la vida para que desde allí cuidemos el universo. Ese es el espacio que necesitamos para la vivencia de nuestras culturas y el desarrollo de nuestras civilizaciones conforme a nuestra propia concepción de vida; y por extensión para favorecer también las condiciones del medio exterior, donde habitan nuestros hermanos menores, pues otra misión nuestra es servir a los demás.

Nosotros cuidamos también el mar, de donde nos aprovisionamos de conchas para fabricar la harina del poporo y de otros materiales útiles para los pagamentos por el usufructo de la naturaleza. Con estas prácticas, inspiradas en el conocimiento de nuestros mayores sobre la dinámica del universo y el control de las fuerzas que interactúan, mantenemos el equilibrio: que llueva lo suficiente sin exceder ni faltar, que no haya tormentas, huracanes ni otras alteraciones que puedan afectar la vida de los seres en general. Acaso, los hermanos menores con la creación de un municipio buscan cumplir con estos cuidados de nuestra ley?

Creemos que nunca hemos causado perjuicio alguno a nuestros hermanos menores ni les hemos usurpado sus espacios ni sus derechos, y no entendemos por qué ellos siguen tratando de despojarnos de nuestros bienes y nuestros derechos.

Los atropellos y el despojo comenzó hace quinientos años y aún no cesa. Este hecho naturalmente ha perturbado el normal desarrollo de nuestra cultura e incluso ha en ciertos aspectos ocasionando desviaciones que sentimos como heridas en nuestros corazones; pero al mismo tiempo estamos tratando de revitalizar nuestro pensamiento original, y queremos que se nos de tregua para lograrlo. Lo que no podemos aceptar es que en estas circunstancias se trate de imponernos una estructura que terminaría de confundirnos.

Por esa misma causa hoy tenemos algunas dificultades para encontrar en forma oportuna soluciones a nuestros problemas y necesidades, pues en partes nos han borrado el camino.

Todo lo que nosotros queremos es que se nos respete y se nos dé la oportunidad para forjar nuestro propio desarrollo en nuestro espacio vital, de acuerdo a nuestras leyes de origen.”

4. La ordenanza que creó el municipio de Pueblo Bello, como ya se indicó, se profirió el 10 de diciembre de 1997, no obstante que el Ministerio del Interior, el 2 de diciembre de ese mismo año, conceptuó que no era viable la creación del citado municipio porque incluía parte del territorio tradicional del pueblo Arhuaco delimitado legalmente por la llamada Línea Negra.¹
5. El Estado colombiano reconoció la llamada Línea Negra como demarcación del territorio tradicional de los pueblos indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta mediante Resolución N° 837 de 28 de agosto de 1995.

A su vez, el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria confirió el carácter legal de Resguardo Indígena y señaló y amplió el área de reserva de la comunidad Arhuaca asentada en la jurisdicción de lo que antes era corregimiento de Pueblo Bello mediante Resoluciones 113 de 1974 , 078 de 1983 y 032 de 1996.

6. El pueblo Arhuaco, representado por el cabildo gobernador, señor Bienvenido Arroyo, demandó ante la jurisdicción contencioso-administrativa la citada ordenanza y el decreto que nombró alcalde encargado. Demanda que se presentó el 11 de febrero de 1998 y que fue tramitada legalmente en el Tribunal Administrativo del Cesar dando como resultado la declaratoria de la nulidad de la ordenanza 037 de 1997 y la nulidad del decreto departamental que designó alcalde de dicha localidad. Esa sentencia, dictada el 18 de febrero de 1999, hizo un exhaustivo estudio de las normas y de las pruebas y en uno de sus considerandos indicó: “ *Dentro de este proceso no se demostró que se hubiera consultado a la comunidad indígena que habita en la comprensión territorial del hoy municipio de Pueblo Bello para la aprobación de la ordenanza impugnada que creó el mencionado municipio. En el concepto del Instituto Colombiano de Antropología -ICAN- se hace referencia a que según versión de líderes arhuacos no hubo consulta previa ni para la ordenanza original ni para el referendun que se llevó a cabo el 22 de febrero de 1998, lo cual indica la falta de reconocimiento de su territorialidad, autonomía y autoridad autóctona milenaria y reconocida legalmente. Además, en los anexos obra fotocopia de una comunicación enviada a la Presidenta de la*

¹ “Los pueblos indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta han delimitado de manera ancestral su territorio mediante una serie de líneas virtuales radiales denominadas ‘negras’ o ‘de origen’ que unen accidentes geográficos o hitos, considerados por ellos como sagrados, con el cerro Gonawindúa - Pico Bolívar - de tal manera que sus pagamentos en estos hitos garantizan el flujo de fuerzas espirituales entre ellos y el centro de la Sierra, trabajo espiritual que a su vez garantiza el equilibrio de la Sierra Nevada y del mundo en general”. (Resolución 837 de 28 de agosto de 1995, proferida por el Ministerio del Interior de la República de Colombia).

Asamblea Departamental del Cesar por el comisario de la parcialidad indígena Simunurwa, la cual contiene varias firmas, en donde reclaman que la creación del municipio rompe la unidad del resguardo arhuaco. De las anteriores premisas se deduce que la ordenanza 037 de 1997 infringió entre otras disposiciones el artículo 7° de la Constitución Nacional, pero principalmente los artículos 6 y 7 del Convenio 169 aprobado por la ley 21 de 1991 y el artículo 8° numeral 1° de la ley 136 de 1994.” Quienes habían sido parte dentro del juicio administrativo no interpusieron recurso alguno, pero sí lo hicieron el alcalde encargado, el personero y la presidente del concejo de Pueblo Bello. El 11 de marzo de 1999 el Tribunal negó el recurso. Los apelantes pidieron reposición del auto que negó la apelación y en subsidio expedición de copias para interponer recurso de queja ante el superior. Negada la reposición y expedidas las copias, oportunamente acudieron ante el Consejo de Estado, quien concedió la apelación que el inferior había negado porque consideró que el Municipio de Pueblo Bello es tercero con interés directo en el proceso. Apelación concedida en el efecto suspensivo por auto del 27 de mayo de 1999, de la Sección Primera del Consejo de Estado.

7. El 17 de julio de 1998 se presentó la acción de tutela, como ya se indicó, ante el Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, Sala Civil, pero esta Entidad consideró que el competente para tramitarla era el Tribunal Superior de Valledupar y ordenó que se remitiera el expediente, mediante auto de 23 de julio de 1998.

Dentro de la extensa argumentación aducida por la peticionaria de la tutela, merecen destacarse los siguientes puntos: En su opinión, no tiene sentido nombrar autoridades gubernamentales diferentes a las autoridades indígenas y no es posible la conformación de un municipio sobre un territorio indígena. No obstante, a renglón seguido reconoce la solicitante de la tutela que aunque los pueblos indígenas tienen derecho a decidir su propio desarrollo, de todas maneras en la creación del municipio de Pueblo uno de los pasos era la participación directa de los arhuacos. Afirma que esa participación es particularmente necesaria y el mecanismo es la consulta previa que en ningún momento se puede confundir con un referendo ad posteriori. Además, considera que la creación de dicho municipio sin contar con la concertación del pueblo arhuaco, trae como consecuencia la violación a la identidad e integridad étnica y cultural de aquel.

8. Agrega la peticionaria que las autoridades departamentales consideraron erróneamente que la ausencia de la consulta previa se podía subsanar mediante la realización de un referendo, que fue señalado en la misma Ordenanza que creó el Municipio; y el cual se realizó el 22 de febrero de 1998 resultando una votación favorable a la creación del nuevo municipio (1275 votos por el si, 99 por el no), referendo reconocido y aprobado por el gobernador del departamento del Cesar mediante decreto 239 de 6 de marzo de 1998. Por ello, posteriormente se efectuaron las elecciones de alcalde y concejales, sufragando 1877 personas sobre un potencial electoral de 4731.

9. La Sala Civil-Familia del Tribunal Superior de Valledupar, que tramitó la tutela, decidió la acción mediante sentencia del 11 de agosto de 1998 denegando la acción. La sentencia presenta dos argumentos: uno sobre la categorización de los Resguardos y otro sobre subsidiariedad de la tutela.

“Ahora bien, el nuevo municipio, Pueblo Bello, es evidente que incorpora a su jurisdicción territorios tradicionalmente indígenas (ver folio 54) que pertenece al resguardo Arhuaco, pero resulta que el resguardo es una forma de propiedad colectiva, es decir un derecho subjetivo de naturaleza patrimonial y no una persona. Ese tipo de propiedad no es incompatible con los entes territoriales.

“En cambio, lo que si viene a constituir una persona colectiva de carácter público, es el territorio indígena (artículo 286 C.P.) que es un concepto diferente a resguardo indígena; empero resulta que los entes territoriales indígenas están sujetos a lo dispuesto en la ley orgánica de ordenamiento territorial (artículo 329 C.P.), normatividad que hasta la fecha no se ha promulgado. Lo ideal es que esa ley que habrá de desarrollar las normas constitucionales pertinentes, eleve a la categoría de entes territoriales indígenas tales resguardos y que de una vez se delimiten territorios y competencias con los municipios. Por lo pronto los pueblos indígenas deben compartir algunas políticas y armonizar ciertos intereses con los ‘hermanitos menores’.

Y luego agrega:

“Sin embargo, en concepto de esta Sala, lo correcto es esperar el agotamiento de la vía que con buen criterio jurídico escogió el ciudadano Bienvenido Arroyo, al atacar la ordenanza 037 por la vía administrativa ante el Tribunal Administrativo del Cesar, que es el juez natural para la composición (sic) de las controversias en estas especies jurídicas”.

10. En el trámite de la revisión, la corte Constitucional ordenó pruebas que arrojaron datos muy importantes:

- a) En la Delegación de la Registraduría del Estado Civil en Valledupar se apreciaron varios hechos, siendo de resaltar los siguientes: Al efectuarse un “muestreo” con los nombres de las personas de la comunidad arhuaca y representantes de la misma que asistieron a la inspección judicial, se vio que evidentemente esas personas no sufragaron en el referendo. Hubo además una decisión oficial de la comunidad indígena recogida en acta, en la cual se determinó que no participarían en la elección de alcalde y concejales, y que ni siquiera serían jurados de votación, (aunque se aclara que indígenas evangélicos si intervinieron); la orden de no participar recoge lo decidido en la Asamblea General de la Comunidad IKU efectuada del 12 al 23 de mayo de 1998 con la asistencia de 25 “parciales” que expresaron su no acuerdo a la creación del municipio de Pueblo Bello. Igualmente, el mismo día de elecciones, el 5 de julio de 1998, representantes indígenas firmaron un acta ratificando su oposición y aclarando que en un sitio central de la comunidad, la Comisaría Indígena de Yewrwa, solo 13 personas sufragaron, de las cuales 8 vinieron del casco urbano de Pueblo Bello y solo 5 son de la comunidad.

- b) En la inspección que se efectuó en el Tribunal Administrativo del Cesar, se examinó el expediente que contiene la petición de nulidad de la ordenanza que creó el municipio de Pueblo Bello; ahí existe prueba de que la comunidad Yewrwa tiene 1954 habitantes, la comunidad Simunurrwa 613 habitantes, la comunidad Gamuke 570 habitantes, la comunidad Chundua y Mañakan 167 habitantes, la comunidad Nabusimake 3229 habitantes y la comunidad Businchama 230 habitantes, en total 6.736. También existe un concepto del Instituto Colombiano de Antropología en donde se expresa que la creación del Municipio de Pueblo Bello vulnera varios derechos de las Comunidades indígenas de la Sierra Nevada (derecho a la participación, derechos territoriales, derecho a la integridad cultural).
- c) En la inspección en la Asamblea Departamental del Cesar se apreció que la ordenanza de creación del municipio de Pueblo Bello tuvo el trámite formal; igualmente se escuchó en la inspección a la indígena Belkis Izquierdo quien expresó: *“Debemos afirmar que el proceso de consulta y participación de las comunidades indígenas no se llevó a cabo por cuanto no se contaron con las autoridades legítimas de la comunidad, los mamus, los cabildos regionales y el cabildo gobernador, en ningún momento tuvieron conocimiento de la creación del mencionado municipio. Para subsanar este hecho, se hizo referendium que no contó con la participación de las comunidades indígenas, por cuanto en asamblea general, que es una instancia de consulta, se tomó la decisión de no intervenir en ningún tipo de proceso que adelantara el municipio hasta que no aclarara el por qué se habían desconocido las autoridades”*. A su vez el alcalde de Pueblo Bello, Alvaro Sáenz García, fijó su posición así: *“Preguntamos qué diferencia ha habido cuando Pueblo Bello era corregimiento y ahora que es municipio. Creemos que en la Constitución Nacional están las normas claras para crear un municipio a la cual nos acogimos, respetando las autoridades indígenas y sus tradiciones. Creemos que sí podemos ser municipio, porque antes cuando se crearon los municipios de alrededor de la Sierra Nevada no se manifestó ésta inconformidad. Porque en este momento la zona indígena está compuesta por seis municipios, entonces habría una división hace mucho tiempo, no es de ahora”*. El mismo alcalde, los funcionarios municipales y la señora Clemencia Ramos quien dice representar a más de 1000 arhuacos, ratificaron su deseo de que exista Pueblo Bello como Municipio.
- d) El Ministerio del Interior, Dirección General de Asuntos Indígenas, le informó a la Corte Constitucional que el señor Bienvenido Arroyo es el “Cabildo Gobernador” del Pueblo Arhuaco y menciona además las 18 personas que son “Cabildo Regional” y las 16 que son “Comisarios” dentro de los cuales no figura Clemencia Ramos. Igualmente el Ministerio anota lo siguiente:

“El pueblo Iku nace en el lugar llamado Seykumuke, junto con las tres etnias vivientes de la Sierra, siendo sus padres espirituales Anugwe Jine, los cuales están en relación con los Marumsama, siendo éstos distintos para cada pagamento a realizarse. Existen otros padres, como Nankwa, Arwawiku,

Serankua, Lwawiku y Kaku Bunkwakukwi. Cada wintukua debe contribuir, al igual que los Kággaba y Wiwa, a mantener el equilibrio de la Sierra, siendo sólo posible con la realización de los pagos a todos los elementos que se encuentran dentro de ella: plantas, ríos, animales, vientos y otros, rindiéndole tributos a todo lo que existe. De esta manera, se hace mención de los reglamentos que les dejó la madre, uno de los cuales es el de hacer los pagos a la naturaleza.

De las tareas más importantes que dejaron los padres de los wintukua están los kunsamu, que son los diferentes pagos o tributos que se deben hacer, como por ejemplo hay que pagarle a la Madre como origen de todo cuanto existe. Igualmente, la manera que debemos comportarnos ante los mayores, con el Mamu, con nuestra mujer, en las reuniones, ha de ser con mucho respeto, colaborando y obediencia. Aunque desde algún tiempo hemos cambiado por la presencia del bunuchu, primero fueron los españoles, luego los misioneros y después llegaron los colonos que han incursionado en nuestro territorio y nos han hecho olvidar muchos de los orígenes y reglamentos. La autoridad nace de Seykinchukwa Tana. Cuando reinaba la oscuridad, cuando aún no había amanecido, él trazo las leyes y normas en espíritu. Seykinchukwa Tana dictó los reglamentos y las funciones que las autoridades deberían cumplir, él fue el Kaku –padre- de la constitución Iku con sus autoridades. Cuando amaneció, cuando el mundo material se hizo visible y los dos, material y espiritual, compartieron hechos en el mundo, los cuatro tanas principales –Gunkuku Tana, Gwekwa Tana, Gumuke Tana y Kurnaka Tana-, aquellos que tienen que ver con la autoridad, reglamentaron las jerarquías y funciones de las distintas autoridades que Seykinchukwa Tana había trazado en espíritu. De esos acuerdos, encontramos que en la actualidad existen las siguientes autoridades: Mamu, Cabo Murukwayke, Comisario Seyarun Makú, Cabildo Bunnata, Secretario Kuncha vitamoya.

Para la relación con el Estado y la sociedad nacional, se tiene otra estructura jerárquica: Cabildo Gobernador, Mesa Directiva, Cabildo Regional, Cabildo Central, Comisario Central, Comisario, Secretario, Cabo, Semanero.

Para escoger la autoridad, se hace de la siguiente manera: se elige a la persona y el Mumu, junto con bunkweyka, analiza a la persona espiritualmente; en esta ceremonia el Mamu es acompañado por el Comisario, Cabildo, Cabo Secretario, quienes a su vez, imparten consejos durante el tiempo que bunkweyka determine, para que la persona seleccionada adquiera responsabilidades y compromisos en el plano espiritual. Por otra parte, las normas que deben cumplir esas autoridades también tienen una jerarquía que a grandes rasgos es la siguiente: bunkweyka es la ley principal, el Mamu es el que toma las decisiones, aconseja a sus gunamu, los guías para que se cumpla con la ley tradicional y junto con el Comisario, el Mamu hace cumplir la justicia.

Los tanas, en esencia, son la más importante unidad sociopolítica que aglutina a los miembros del pueblo wintukwa. Podríamos asimilarlos a clanes o linajes, que descienden de un ancestro común, que comparten –posiblemente- un mismo territorio, ya sea desde el punto de vista espiritual –

a través de los pagamentos- o material- utilización y ocupación de una cuenca-, que se reconocen a través del vestuario, que tienen ciertos estereotipos en el comportamiento, que deben buscar mujer en ciertos tanas y no en cualquiera, y que inclusive pueden distinguirse de los otros en diferencias dialectales.

Entre los tanas más importantes del pueblo del Iku están: Busin-Tana, Seykinchukwa, Tana, Seykukwi-Tana, Chukaun-Tana, Ginungera-tana, Gwrkwa-Tana, Serankwa-Tana, Gunkuku-Tana.

Las obligaciones que ejercen los Tanas son todas diferentes: cada uno tiene sus propias obligaciones y el objetivo central que los unifica es pagar a la Madre Espiritual para así conservar la cultura Wintukwa.

El concepto de comunidad es la integración del Mamu, autoridades y gunamu, trabajando conjuntamente para así conseguir los propósitos determinados. En los consejos dados por los Mamu, se hace evidente que este concepto tiene otros niveles de apreciación, puesto que para los mayores la comunidad no sólo se restringe a los seres humanos, sino que incluye todos los seres que conforman el entorno del pueblo Wintukwa. Desde todos y cada uno de los animales y plantas, pasando por los demás elementos de la naturaleza, hasta llegar a los seres ancestrales que rigen la vida indígena y los sitios sagrados, lugares de reproducción de la cultura”.

La señalada estructura configura la autoridad de los Arhuacos.

Los anteriores elementos de juicio permiten decidir la tutela, planteada como mecanismo transitorio.

CONSIDERACIONES JURIDICAS

A. COMPETENCIA

Esta Corte es competente para conocer del fallo materia de revisión, de conformidad con los artículos 86 y 241 de la Constitución Nacional y del Decreto 2591 de 1991, y demás disposiciones pertinentes.

TEMAS JURIDICOS A TRATAR

Se trata de revisar la sentencia de tutela proferida por el Tribunal Superior de Valledupar, que contiene dos puntos centrales: el criterio de que los resguardos indígenas son diferentes a los territorios indígenas y la subsidiariedad de la tutela. Por consiguiente, es necesario precisar en el presente fallo de revisión el alcance constitucional de los términos: territorio indígena, resguardo, ámbito territorial, población indígena y participación democrática, para ver si es jurídica la apreciación que el Tribunal de instancia hizo sobre los resguardos indígenas.

Y, en segundo lugar si existe otra vía judicial en el caso que motiva la presente tutela.

I. CONCEPTO DE TERRITORIO INDIGENA

1.1. Entidades territoriales

Un Estado puede organizar su territorio o mejor sería decir su suelo territorial. Así lo hizo la Constitución de 1991 en su Título XI. Es así como el artículo 286 de la C.P. señaló como Entidades Territoriales los departamentos, los distritos, los municipios y los territorios indígenas. Como es apenas obvio todos ellos forma parte de Colombia. Para la Corte Constitucional la consagración simultánea del régimen unitario y las autonomías territoriales no significa una contradicción sino la existencia de *“un régimen político fundado en la conservación de la diversidad en la unidad”*.²

La característica es que esas entidades territoriales gozan de cierta autonomía para la gestión de sus intereses, dentro de los límites de la Constitución y la ley; y tienen derechos, como por ejemplo gobernarse por autoridades propias, ejercer las competencias que les correspondan, administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones; y participar en las rentas nacionales (art. 287 C.P.).

En el caso concreto de los territorios indígenas, la propia Constitución en su artículo 329 indica:

“ARTICULO 329. La conformación de las entidades territoriales indígenas se hará con sujeción a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial, y su delimitación se hará por el Gobierno Nacional, con participación de los representantes de las comunidades indígenas, previo concepto de la Comisión de Ordenamiento Territorial.

Los resguardos son de propiedad colectiva y no enajenable.

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

PARAGRAFO. En el caso de un territorio indígena que comprenda el territorio de dos o más departamentos, su administración se hará por los consejos indígenas en coordinación con los gobernadores de los respectivos departamentos. En caso de que este territorio decida constituirse como entidad territorial, se hará con el cumplimiento de los requisitos establecidos en el inciso primero de este artículo.”

² T-254 de 1994, MP Eduardo Cifuentes Muñoz

Como es sabido, la ley de ordenamiento territorial aún no se ha expedido. Pese a la ausencia de tal Ley Orgánica, la Corte Constitucional ha dicho:

“Aun cuando hasta el momento no se haya expedido la correspondiente ley llamada a regular el trascendental aspecto del régimen territorial del país, es posible, no obstante, distinguir que, a diferencia de lo que acontece frente a otras entidades, a los miembros de las comunidades indígenas se les garantiza no solo una autonomía administrativa, presupuestal y financiera dentro de sus territorios, como puede suceder con los departamentos, distritos y municipios, sino que también el ejercicio, en el grado que la ley establece, de autonomía política y jurídica, lo que se traduce en la elección de sus propias autoridades (CP art. 330), las que pueden ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial (C.P. art. 246). Lo anterior no significa otra cosa que el reconocimiento y la realización parcial del principio de democracia participativa y pluralista y el respeto de la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana (CP art. 7)”.³

Por lo tanto, aunque no se haya expedido la ley orgánica, ya son de aplicación los principios que la Constitución señala, entre ellos el reconocimiento de la propia identidad indígena. Además, no existe totalmente una laguna legal porque el artículo transitorio 56 dice:

“Mientras se expide la ley a que se refiere el artículo 329, el gobierno podrá dictar las normas fiscales necesarias y las demás relativas al funcionamiento de los territorios indígenas y su coordinación con las demás entidades territoriales”.

Esa identidad se refuerza con el artículo 329 de la C.P. ya transcrito que se refiere al reconocimiento constitucional de los territorios indígenas, y con los artículos 286, 287 y 288 de la C.P. que precisan su existencia, su autonomía y sus principios:

“ARTICULO 286. *Son entidades territoriales los departamentos, los distritos, los municipios y los territorios indígenas.*

La ley podrá darles el carácter de entidades territoriales a las regiones y provincias que se constituyan en los términos de la Constitución y de la ley.

ARTICULO 287. *Las entidades territoriales gozan de autonomía para la gestión de sus intereses, y dentro de los límites de la Constitución y la ley. En tal virtud tendrán los siguientes derechos:*

- 1. Gobernarse por autoridades propias.*
- 2. Ejercer las competencias que les correspondan.*

³ T-254/94

3. *Administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones.*

4. *Participar en las rentas nacionales.*

ARTICULO 288. *La ley orgánica de ordenamiento territorial establecerá la distribución de competencias entre la Nación y las entidades territoriales.*

Las competencias atribuidas a los distintos niveles territoriales serán ejercidas conforme a los principios de coordinación, concurrencia y subsidiariedad en los términos que establezca la ley.”

Además, como los principios fundamentales que aparecen en el Título I de la Constitución no solo están vigentes sino que son de ineludible cumplimiento, entonces, en lo que tiene que ver con el territorio, son principios aplicables el del artículo 1° de la C.P. que indica como principio fundamental de las entidades territoriales su autonomía; y, en cuanto a la jurisdicción (no a la distribución de competencias) el artículo 246 C.P. que permite que las autoridades de los pueblos indígenas ejerzan funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, como efectivamente lo están haciendo.

Derecho alternativo, que, entre otras cosas, “*Etimológicamente, en quichua, por ejemplo, el concepto de derecho tiene las siguientes asepciones: CAMAC: poder, ánimo, alma o espíritu, el que da fuerza, se agrega: CHIC: movimiento en acción permanente, CAMACHIC o sea que es un derecho en pleno movimiento, en transición y que se acopla a la realidad del momento*”⁴.

Esos territorios indígenas, pese a no estar reglamentados, de todas maneras deben ser respetados en lo que tiene que ver con la diversidad étnica y cultural; esto aparece en numerosas sentencias de la Corte Constitucional, entre ellas la T-342 de 1994 que dice:

“...en atención al abuso, prejuicio y perjuicio que han padecido los pueblos autóctonos o aborígenes del territorio nacional, la Constitución Política de 1991 consagró el respeto a la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana, en los preceptos contenidos en los artículos 7° (diversidad étnica y cultural de la nación colombiana), 8° (protección a las riquezas naturales y culturales), 72 (patrimonio cultural de la Nación) y 329 (conversión de las comunidades indígenas en entidades territoriales).

Es más, no sería aventurado afirmar que el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural de la población indígena guarda armonía con los diferentes preceptos de la Constitución Nacional relativos a la conservación, preservación y restauración del ambiente y de los recursos naturales que la conforman, si se considera que las comunidades indígenas constituyen

⁴ RODRIGO DE LA CRUZ, en el libro DERECHO, PUEBLOS INDIGENAS Y REFORMA DEL ESTADO. También se pueden consultar las publicaciones de Edición Abya-Yala (Quito), especialmente EL DERECHO INDIGENA A LA AUTODETERMINACION POLITICA Y RELIGIOSA de Giulio Girardi, DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDIGENAS de Ramón Torres Galarza.

igualmente un recurso natural humano que se estima parte integral del ambiente, más aún cuando normalmente la población indígena habitualmente ocupa territorios con ecosistemas de excepcionales características y valores ecológicos que deben conservarse como parte integrante que son del patrimonio natural y cultural de la Nación. De esta manera, la población indígena y el entorno natural se constituyen en un sistema o universo merecedor de la protección integral del Estado.”

Por consiguiente, está garantizada constitucionalmente la diversidad étnica y cultural.

1.2. LOS RESGUARDOS SON ÁMBITO TERRITORIAL

Antes de la independencia, la administración colonial, en el tema económico jurídico, 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 independencia⁵. *“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 Arteta⁶ 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”*⁷. 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”*⁸ por eso la ley 11 de octubre de 1821 rompió con la tradición colonial y permitió la

⁵ José María Samper consideró a los resguardos indígenas como una de las expresiones del régimen feudal respecto a la propiedad raíz.

⁶ 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 de 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”.

⁷ Indalecio Liévano Aguirre, El proceso de Mosquera ante el Senado, págs. 22 y ss.

⁸ El régimen agrario durante el siglo XIX en Colombia, de Salomón Kalmanovitz, en Manual de Historia de Colombia N° 2, págs. 221 y ss.

propiedad privada y repartición de los resguardos⁹; 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...” De la estructura del Código Civil¹⁰ y de la ley 22 de junio de 1850¹¹ no queda duda del cambio cualitativo que se le dio en aquella época a los resguardos. 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 resquebramiento 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. Precisamente la Corte Constitucional en la T-188/93 dijo:

“En efecto, en la década de los sesenta la política estatal de extinción de resguardos e incorporación de los indígenas a la economía nacional, iniciada desde la disolución de la Gran Colombia -en 1835 se suprimió el Gran Resguardo de Ortega y Chaparral-, fue sustituida por programas oficiales de mejoramiento económico y social de las comunidades indígenas, cambio éste presionado por la creación de diversos organismos internacionales dedicados a impulsar programas de desarrollo para el "tercer mundo".

Conceptos racistas que anteriormente predominaban en sectores dirigentes que justificaban la liquidación étnica, la expropiación de las tierras indígenas y el aprovechamiento de su fuerza laboral fueron sustituidos por la idea de un proceso de integración paulatino de formas culturales arcaizantes a los beneficios de la "civilización". En este contexto se expidió el Decreto 1634 de 1960 que creó la División de Asuntos Indígenas del Ministerio de Gobierno y le señaló dentro de sus funciones "estudiar las sociedades indígenas estables como base para la planeación de cambios culturales, sociales y económicos con miras al progreso de tales sociedades".

⁹ 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 permiten las circunstancias y antes de cumplirse los 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.

¹⁰ El Código Civil fue adoptado como ley nacional en 1873, pero su fuente el Código Chileno, ya había sido calcado por el Estado de Santander el 18 de octubre de 1858 y por el Estado de Cundinamarca en 1859.

¹¹ La ley 22 de junio de 1850, en su artículo 4º autorizó a las Cámaras de provincia para “arreglar la medida, repartimiento, adjudicación y libre enajenación de los resguardos de indígenas, pudiendo en consecuencia, autorizar a éstos para disponer de sus propiedades del mismo modo y por los propios títulos que los demás granadinos.”

La ley de reforma agraria (L 135 de 1961) dictada con el objeto de democratizar la propiedad y superar la estructura de tenencia de la tierra bajo las modalidades de latifundio-minifundio, introdujo dos artículos que constituyen el primer reconocimiento de las comunidades indígenas, aún cuando fuese para efectos de su incorporación a la economía capitalista como unidad de producción y de consumo. La primera de dichas disposiciones (art. 29) condicionó la adjudicación de baldíos en zonas ocupadas por indígenas - que de suyo significaba implícitamente un desconocimiento de la posesión inmemorial de los grupos indígenas de estas áreas - al previo concepto favorable de la oficina de Asuntos Indígenas del Ministerio de Gobierno. La segunda (art. 94) pretendió resolver el problema de la superación del minifundio en las parcialidades indígenas y facultó al Incora para estudiar la situación socio-económica de las parcialidades con miras a adelantar las reestructuraciones internas, el reagrupamiento de la población de resguardos y eventualmente la ampliación de los mismos mediante la adquisición de tierras aledañas. De esta forma, como lo afirmara el entonces Ministro de Agricultura Otto Morales Benítez ante el Congreso, se pretendía " devolver el espíritu comunitario a gentes que así enseñaron a vivir y cuyo medio natural de existencia y sistema de agrupación para la producción económica, son precisamente esos"³ .

Solamente cinco lustros después, durante el gobierno del presidente Virgilio Barco Vargas que adelantó ambiciosos programas de devolución de tierras a sus originales moradores, vino a reglamentarse el trámite jurídico para la constitución de resguardos indígenas contemplado en la ley 135 de 1961. El decreto reglamentario 2001 de 1988 dispone en su artículo primero:

"El Instituto Colombiano de Reforma Agraria, INCORA, en desarrollo de sus facultades legales y estatutarias y en especial de las que le confiere el inciso tercero del artículo 94 de la ley 135 de 1961, constituirá, previa consulta con el Ministerio de Gobierno, resguardos de tierras en beneficio de los grupos o tribus indígenas ubicados dentro del territorio nacional".

El precitado decreto creó dos tipos de procedimientos para la constitución de resguardos indígenas, uno en terrenos baldíos y otro sobre predios y mejoras del Fondo Nacional Agrario. El trámite de constitución de resguardos se surte a través de varias etapas entre las que se cuentan la iniciación oficiosa o a solicitud de parte, la radicación de la solicitud, la visita a la comunidad interesada, la realización de estudios socio-económicos y jurídicos para determinar la viabilidad de la constitución del resguardo, el concepto del Ministerio de Gobierno, la resolución constitutiva y la publicación y registro respectivos. En cuanto a los estudios socio-económicos y jurídicos, el artículo 6º del decreto fija un termino de treinta (30) días para su realización, y precisa que ellos deberán versar principalmente sobre los siguientes puntos: descripción física de la zona; antecedentes etnohistóricos; descripción demográfica; descripción sociocultural; aspectos socioeconómicos; tenencia de la tierra; delimitación del área a constituir como resguardo; estudio de la situación

³ Otto Morales Benítez. Exposición de motivos de la Ley 135 de 1961. Citado por Adolfo Triana Antorveza en su libro Legislación Indígena Nacional, Bogotá 1980 p. 62

jurídica de propiedad de los terrenos que conforman el resguardo, así como de los documentos que indígenas o terceros ajenos a la comunidad tengan y que les confieran algún derecho sobre el globo del terreno; conclusiones y recomendaciones; y alternativas a la resolución de problemas de tenencia de tierras.

El desarrollo legislativo de la protección a la propiedad colectiva mediante la constitución de resguardos confiere precisas facultades al INCORA, entidad oficial que está obligada a colaborar efectivamente para la realización de los fines del Estado, en especial asegurando la convivencia pacífica (CP art. 2) y adoptando medidas en favor de grupos discriminados o marginados (CP art. 13).”

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 al ubicarlos dentro de los derechos sociales, económicos y culturales, 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. En consecuencia, los resguardos son algo más que simple “tierra” y algo menos que “Territorio indígena”; es decir, que no son términos iguales en la conceptualización constitucional, aunque, en una ley de ordenamiento territorial, geográficamente podrían coincidir. Pero, actualmente, todavía no se puede decir que un resguardo es una Entidad Territorial.

Lo principal en el resguardo es la forma de propiedad; la T-188/93 dice:

“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 Congreso¹, 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

¹Ley 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

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 habitat"² .

*Lo anterior permite ratificar el **carácter fundamental del derecho de propiedad colectiva de los grupos étnicos** sobre sus territorios.*

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.”

El habitar en ese ámbito territorial tiene variadas connotaciones constitucionales. Por ejemplo, la jurisprudencia constitucional al declarar exequible el artículo 27, literal b-, de la Ley 48 de 1993, que dice: “*exenciones en todo tiempo. Están exentos de prestar el servicio militar en todo tiempo y no pagar cuota de compensación militar:... b. Los indígenas que residan en su integridad cultural, social y económica*”, integró las dos condiciones: identidad y territorio y dijo (C-058-94 Magistrado Ponente Alejandro Martínez Caballero):

“Así las cosas, se pregunta la Corte: ¿la doble exigencia espacial -vivir en el territorio- y de identidad -conservar la integridad cultural, social y económica-, para efectos de eximir del servicio militar a los indígenas, viola la cultura e identidad étnica que la Constitución protege?.....

*Pero, destaca la Corte, para estos solos efectos del servicio militar se protege no al indígena individualmente considerado sino al indígena en un contexto territorial y de identidad determinado. Por esa vía se concluye que la protección introducida por la Ley se dirige a la comunidad étnica. El mensaje final de la norma es un estímulo para que el indígena continúe perpetuando su especie y su cultura. Esto explica la doble exigencia establecida por la ley para eximir del servicio militar puesto que la finalidad de la misma es la de proteger al grupo indígena como tal, y por ende proteger **a los indígenas que vivan con los indígenas y como los indígenas.**”*

Como se aprecia, lo principal es respetar el contexto territorial, o como lo dice el artículo 246 el “ámbito territorial”.

Que ese ámbito territorial incluye los resguardos indígenas, se colige del artículo 357 C.P. que expresamente dice que “la ley determinará los resguardos indígenas que serían considerados como municipios” para efectos de la participación en el situado fiscal. Claro que la sentencia C-151/95, al declarar constitucional el artículo 25 de la Ley 60 de 1993, dijo que “*La ley no identificó Municipios con resguardos indígenas.*” Lo cual indica una vez más que el calificativo mas apropiado es “ámbito territorial”. Y, por consiguiente ese

² Asamblea Nacional Constituyente. Ponencia Los Derechos de los Grupos Etnicos. Constituyente Francisco Rojas Birry. Gaceta Constitucional No. 67. Pág. 18.

ámbito territorial debe ser apreciado para efectos de la protección a los indígenas.

1.3. Ambito territorial y población indígena

No se puede confundir el territorio con la población. *“La existencia de un Estado supone necesariamente, como elemento previo una población”*, dice Vladimiro Naranjo Mesa¹². Si se considera que la nación es *“una especie de sociedad humana caracterizada por su alto grado de evolución sociológica e histórica, y por tener en común diversos elementos que, con el transcurso del tiempo, llegan a generar un sentimiento común de solidaridad y destino”*¹³, en un primer vistazo cabría esta hipótesis: que dentro de un Estado podría haber naciones indígenas. Esta hipótesis en el caso colombiano no es cierta, porque afecta el Preámbulo de la Constitución que señala como finalidad fortalecer la unidad nacional y el artículo 1° que organiza a Colombia como República unitaria¹⁴.

Es histórica y sociológicamente explicable que dentro de un Estado coexistan diferentes agrupaciones humanas con diferentes sentimientos, culturas, mitos, imaginario colectivo, etc., que deben respetarse, de ahí que constitucionalmente se reconoce como principios el pluralismo (art. 1° C.P.), y la diversidad étnica y cultural *“de la Nación colombiana”*, usándose el término *“Nación”* en singular (art. 7 C.P.), y como derechos sociales, económicos y culturales, *“los derechos especiales que pudieran tener los grupos étnicos asentados en territorios de riqueza arqueológica”* (art. 72 C.P.).

La sentencia T-188 de 1993 dice al respecto:

“La Constitución Política de 1991 reconoce la diversidad étnica y cultural de la Nación Colombiana (CP art. 7). Lejos de ser una declaración puramente retórica, el principio fundamental de diversidad étnica y cultural proyecta en el plano jurídico el carácter democrático, participativo y pluralista de nuestra República. Las comunidades indígenas - conjuntos de familias de ascendencia amerindia que comparten sentimientos de identificación con su pasado aborigen y mantienen rasgos y valores propios de su cultura tradicional, formas de gobierno y control social internos que las diferencian de otras comunidades rurales (D.2001 de 1988, art. 2°) -, gozan de un status constitucional especial. Ellas forman una circunscripción especial para la elección de Senadores y Representantes (CP arts. 171 y 176), ejercen funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de acuerdo con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución o a las leyes (CP art. 246), se gobiernan por consejos indígenas según sus usos y costumbres de conformidad

¹² Ibídem, pág. 89

¹³ Vladimiro Naranjo Mesa, ibídem, pág. 90.

¹⁴ En el caso Ecuatoriano donde existe la CONAIE (Confederación de nacionalidades indígenas ecuatorianas) que intervino mediante su organización PACHACUTIK, en la Constitución del Ecuador de 1998, no se habló de plurinacionalidad sino de multietnia y pluricultura (art. 1°), aunque se reconoció en el artículo 83 lo siguiente: *“Los pueblos indígenas, que se autodefinen como nacionalidad de raíces ancestrales, y los pueblos negros o afroecuatorianos forman parte del Estado ecuatoriano, único e indivisible”*, reconociéndoles derechos colectivos y permitiendo las *“circunscripciones territoriales indígenas y afroecuatorianas que serán establecidas por la ley”* (art. 224 y 241).

con la Constitución y la ley (CP art. 330) y sus territorios o resguardos son de propiedad colectiva y de naturaleza inenajenable, inalienable, imprescriptible e inembargable (CP arts. 63 y 329).

Entonces, no se trata solamente de reconocer constitucionalmente a las culturas indígenas sino de algo mucho más importante: considerar que éstas enriquecen la cultura nacional, e inclusive a la cultura universal porque es sabido que los indígenas tienen como eje de la vida a la naturaleza, luego ésta, al no ser una simple mercancía, adquiere una connotación indispensable para un equilibrio ecológico que permita que sobreviva la humanidad. Ese solidarismo indígena alrededor de la naturaleza se contrapone al economicismo liberal del modelo de Estado liberal que proyectaron las revoluciones burguesas. No es justo, en ningún momento, que se afecte, o lo que es peor, se hunda esa cultura indígena, que como toda cultura está ubicada en la superestructura de las sociedades, y en ocasiones cumple funciones que el propio Estado descuida o está incapacitado para dar. Es decir, cuando se afecta la cultura indígena se afecta un derecho colectivo.

1. SUBSIDIARIEDAD DE LA TUTELA

Precisado el concepto de resguardo, se pasa ahora al segundo argumento consignado en la sentencia que se revisa: el de la subsidiariedad de la acción de tutela.

En primer lugar, es necesario recordar que en el presente caso se creó un Municipio (Pueblo Bello) sin previa consulta a la comunidad indígena y que la falta de esta participación es el motivo central de la reclamación tanto en la tutela como en la acción contencioso-administrativa que se instauró en el Tribunal Administrativo del Cesar. Lo anterior fue aducido por el juez de tutela, como argumento para que la acción no prosperará. Sin embargo, la Corte Constitucional se ve precisada a dar otro enfoque al tema de la subsidiariedad: tiene que ver con las acciones populares.

Se parte de la base de que la soberanía popular está respaldada en el Preámbulo de la Constitución y en el artículo 3° de la C.P. que dice:

"La soberanía reside exclusivamente en el pueblo, del cual emana el poder público. El pueblo la ejerce en forma directa o por medio de sus representantes, en los términos que la Constitución establece".

Lo anterior da sustento a la democracia participativa que entre muchas de sus expresiones está la de permitir tomar parte en consultas populares (art. 40 C.P.).

Un mecanismo específico de esa participación, en lo que tiene que ver con las comunidades indígenas, es la consulta establecida en el Convenio 169 de la OIT.

Este derecho de los indígenas a participar en aspectos que tiene que ver con su población y su territorio se liga al derecho a la identidad como etnia porque tiene relación con la supervivencia cultural, y encuentra su fundamento en las normas

de la Constitución antes citadas y en el derecho a la libre autodeterminación de los pueblos, reconocido en el artículo 9° de la Carta Política y en el artículo 1° del Pacto de derechos civiles y políticos de 1966. Y específicamente está consagrado en el Convenio 169 de la OIT, ratificado por la ley 21 de 1991, Convenio que hace parte del ordenamiento jurídico colombiano (art. 93 C.P.). El Convenio en su parte inintrodutoria hace entre otras estas referencias:

“Reconociendo las aspiraciones de esos pueblos (indígenas) a asumir el control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados en que viven;

“Observando que en muchas partes del mundo esos pueblos no pueden gozar de los derechos humanos fundamentales en el mismo grado que el resto de la población de los Estados en que viven y que sus leyes, valores, costumbres y perspectivas han sufrido a menudo una erosión;

“Recordando la particular contribución de los pueblos indígenas y tribales a la diversidad cultural, a la armonía social y ecológica de la humanidad y a la cooperación y comprensión internacionales”.

Los artículos 6° y 7° del mencionado Convenio son del siguiente tenor:

“Artículo 6. 1. *Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:*

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

b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan;

c) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin.

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

“Artículo 7. 1. *Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y*

evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente.

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 porque, 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 hablan.”

La aplicación del Convenio 169 ya ha sido admitida en la jurisprudencia de la Corte Constitucional, en la SU-039/97 (Magistrado Ponente Antonio Barrera Carbonell), que aunque se refiere a la consulta previa en la explotación de recursos naturales, es pertinente en el presente caso en el aspecto relativo a la democracia participativa. Dice la mencionada sentencia:

“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”.

En conclusión, la consulta previa de las comunidades indígenas se sustenta en el citado Convenio de la OIT y también en el parágrafo del artículo 329 de la C.P. que dice: *“En caso de que este territorio decida constituirse como entidad territorial, se hará con el cumplimiento de los requisitos establecidos en el inciso primero de este artículo”.* Y uno de los requisitos es la *“participación de los representantes de las comunidades indígenas”*, participación exigida precisamente por el Convenio 169.

Esta situación va a tener una connotación importante en lo que tiene que ver con la competencia del juez constitucional. Ocurre que la Ley 472 de 1998 establece la acción popular para la protección de los derechos e intereses colectivos. El artículo 4º de dicha ley indica cuales son esos derechos e intereses, diciendo la parte final: *“Igualmente son derechos e intereses colectivos los definidos como tales en la Constitución, las leyes ordinarias y los tratados de derecho internacional celebrados por Colombia”*, lo cual significa que el derecho a la

consulta de las comunidades indígenas, esta protegido por el Convenio 169 de la OIT. Si se considera vulnerado dicho derecho, hoy es objeto de una acción popular, luego, dado el carácter residual de la tutela, no es la tutela la vía adecuada.

Precisamente el mecanismo de la acción popular fue analizado por la Corte en la sentencia C-215/99 (M. P. Martha Victoria Sáchica de Moncaleano). En uno de sus apartes dice:

"Ese carácter público, implica que el ejercicio de las acciones populares, supone la protección de un derecho colectivo, es decir, de un interés que se encuentra en cabeza de un grupo de individuos, lo que excluye motivaciones meramente subjetivas o particulares. No obstante, suponen la posibilidad de que cualquier persona perteneciente a esa comunidad, pueda acudir ante el juez para defender a la colectividad afectada, con lo cual se obtiene de manera simultánea, la protección de su propio interés."

CASO CONCRETO

La Asamblea Departamental del Cesar aprobó el 10 de diciembre de 1997 la ordenanza 037 por medio de la cual se creó el municipio de Pueblo Bello conformado por unos corregimientos y veredas que están dentro de la línea negra o zona teológica de la comunidad arhuaca. Para la creación de dicho municipio no se consultó previamente con el pueblo arhuaco, sino que, con posterioridad a la expedición de la ordenanza y por mandato de ésta se hizo un referendo que aprobó la creación del municipio. La consulta previa tiene como escenario única y exclusivamente el pueblo indígena, luego es algo completamente diferente a un referendo posterior en donde el universo de votantes va más allá de los indígenas. La pregunta es si esta situación, al plantearse como una violación a un derecho, es actualmente protegible por tutela.

Para responder hay que expresar que la tutela fue presentada por la Procuradora Delegada para Asuntos Etnicos. Esa función la ejerció porque el artículo 277 de la Constitución Política le señala al Procurador o a sus Delegados, entre otras funciones "*defender los intereses colectivos*". Y, efectivamente, la petición y la argumentación en la tutela se refieren a los derechos e intereses del pueblo arhuaco, o sea, un derecho colectivo que excluye motivaciones meramente subjetivas o particulares. Luego, es un caso típico de acción popular. Por consiguiente, no solo existe la acción contencioso-administrativa de nulidad (que ya se instauró y hay sentencia favorable de primera instancia) sino la acción popular antes indicada y esto impide tramitar y decidir mediante tutela.

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

RESUELVE

Primero.- **NO CONCEDER** la tutela impetrada como mecanismo transitorio, por la Procuradora Delegada para Asuntos Etnicos, porque existen otras vías judiciales: la acción popular y la contencioso-administrativa. Queda en esta forma parcialmente reformada la sentencia objeto de revisión.

Segundo.- Para los efectos del artículo 36 del decreto 2591 de 1991, el Tribunal de origen hará las notificaciones y tomará las medidas adecuadas.

Tercero.- Remítase copia de este fallo al Consejo de Estado.

Cuarto.- Se levantan los términos que estaban suspendidos.

Notifíquese, comuníquese, publíquese e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional.

ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO
Magistrado

FABIO MORÓN DÍAZ
Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA
Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA DE MONCALEANO
Secretaria General