



Sentencia T-315/19

Referencia: Expediente T-6.872.389

Accionante: Ana Silvia Secue Pequi, gobernadora y representante legal del cabildo indígena “Consejo- Cabildo Páez (Nasa Nejuesh) Jerusalén (Kiwe Wat Fi’nzeni) Yatsaca Pjeuñ U’wajas Yakñisa

Accionados: Secretaría Jurídica de la Gobernación del Cauca y la Alcaldía Municipal de Santander de Quilichao

Magistrado sustanciador:
ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO

Bogotá D.C., dieciséis (16) de julio de dos mil diecinueve (2019)

La Sala Quinta de Revisión de la Corte Constitucional, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, profiere la siguiente:

SENTENCIA

En la revisión del fallo emitido por el Juzgado 1° Civil del Circuito de Santander de Quilichao, el 22 de mayo de 2018, que confirmó el dictado por el Juzgado 2° Civil Municipal del mismo municipio el 16 de abril de 2018, en el trámite de la acción de tutela promovido por Ana Silvia Secue Pequi, gobernadora y representante legal del cabildo indígena “Consejo- Cabildo Páez (Nasa Nejuesh) Jerusalén (Kiwe Wat Fi’nzeni) Yatsaca Pjeuñ U’wajas Yakñisa contra la Secretaría Jurídica de la Gobernación del Cauca y la Alcaldía Municipal de Santander de Quilichao.

El presente expediente fue escogido para revisión por la Sala de Selección Número Siete, mediante auto del 27 de julio de 2018 y repartido a la Sala Quinta de Revisión.

I. ANTECEDENTES

1. Solicitud

Ana Silvia Secue Pequi, gobernadora y representante legal del cabildo indígena “Consejo- Cabildo Páez (Nasa Nejuesh) Jerusalén (Kiwe Wat Fi’nzeni) Yatsaca Pjeuñ U’wajas Yakñisa”, presentó acción de tutela contra la Secretaría Jurídica de la Gobernación del Cauca y la Alcaldía Municipal de Santander de Quilichao, con el objeto de que le fueran protegidos los derechos fundamentales a la consulta previa, a la identidad cultural, a la autonomía y al debido proceso de la comunidad que representa, los cuales estima vulnerados por las entidades demandadas, al permitir la creación de juntas de acción comunal en su territorio sin haber sido consultados previamente.

2. Hechos:

En síntesis, la accionante los narra así:

1. El 21 de septiembre de 1992, mediante Resolución 2684, se le reconoció personería jurídica a la Junta de Acción Comunal de la vereda Jerusalén, perteneciente al municipio de Santander de Quilichao. Dicha JAC ejerce funciones en el territorio sobre el cual la comunidad indígena que representa tiene jurisdicción.
2. En el año 2007, dicha comunidad se separó del Cabildo Indígena Canoas e inició los trámites para la conformación de su propio resguardo, pero su reconocimiento formal aún no se ha obtenido por razón de obstáculos impuestos por diferentes entidades estatales.
3. El 31 de mayo de 2016, mediante Resolución 416, se aprobó la reforma de los estatutos de la Junta de Acción Comunal de la vereda Jerusalén y se inscribió la elección de sus directivos.
4. El 7 de mayo de 2017 se llevó a cabo una reunión entre la autoridad tradicional indígena y las directivas de la Junta de Acción Comunal de la vereda Jerusalén, en la que se le solicitó a estas últimas que renunciaran y notificaran su decisión a la alcaldía del municipio, requerimiento que quedó consignado en las respectivas actas como “tareas a realizar”. Sin embargo, estas no se han cumplido.
5. Lo anterior, puesto que la accionante considera que, con base en asesorías y acompañamiento que recibió de parte del Ministerio del Interior, de la Procuraduría Provincial de Santander de Quilichao y del Procurador del Cauca, no era legal ni beneficioso para la comunidad indígena participar en juntas de

acción comunal, puesto que son organizaciones no compatibles por ley, dado que estas últimas afectan la autonomía del pueblo étnico.

6. Manifiesta la actora que el hecho de socializar con su comunidad las recomendaciones de las mencionadas entidades, ha afectado los intereses de las directivas de la junta de acción comunal, por lo que estas han adelantado distintas acciones que atentan contra el grupo étnico, como por ejemplo, realizar construcciones y actividades dentro de su territorio y tratar de interferir en la educación del pueblo y en los recursos que deben ser dirigidos a dicha población, con el fin de afectar su estabilidad y producir su disolución. Incluso, perpetrando actos que han llevado a que a la demandante se le otorgara un esquema de protección por parte de la UNP, que consta de dos escoltas y un carro blindado.

7. Señala que, desde junio de 2017, ha presentado múltiples escritos dirigidos a la alcaldía del municipio, a la promotora de juntas comunales, a la personera municipal y al Ministerio del Interior, entre otras entidades, en los que solicita la disolución de la junta de acción comunal, pero siempre ha obtenido respuestas negativas en las que se le informa que la potestad para adoptar dicha decisión es exclusiva de la junta.

8. En igual sentido, adujo que las entidades antes señaladas se han encargado de realizar acciones para promover el mantenimiento de la junta de acción comunal como, por ejemplo: (i) llevar a cabo reuniones con la comunidad indígena encaminadas a que cese la oposición para el ejercicio de la junta en el territorio y, (ii) manifestando que esta última puede trabajar en el territorio indígena hasta que el Ministerio del Interior lo prohíba. Situación que, a juicio de la actora, vulnera los derechos del grupo étnico al que representa.

3. Pretensiones

La accionante solicita el amparo de los derechos fundamentales a la consulta previa, a la identidad cultural, a la autonomía y al debido proceso de las comunidades indígenas del *Resguardo Nasa Jerusalén* y, en consecuencia, se dejen sin efectos las Resoluciones 2684 de 1992 y 416 del 31 de mayo de 2016.

De igual manera, que se le ordene a la Gobernación del Departamento del Cauca y a la Alcaldía Municipal de Santander de Quilichao, suspender la autorización para el funcionamiento de las juntas de acción comunal dentro del territorio del cabildo indígena hasta que se lleve a cabo el respectivo proceso de consulta previa.

También, que se ordene a las anteriores entidades que, en el evento en que decidan emprender una actuación que afecte en cualquier ámbito a la comunidad indígena, esta deberá ser “canalizada” por medio del cabildo y no de la junta de acción comunal.

4. Pruebas

En el expediente obran las siguientes pruebas:

- Copia del Acta No. 1 del 31 de diciembre de 2017, en la que consta la posesión a la actora como gobernadora del cabildo indígena (folios 2 a 15, cuaderno 2).
- Copia del Reglamento Interno de la Parcialidad Indígena Páez Jerusalén (folios 16 a 54, cuaderno 2).
- Copia del Plan de Desarrollo de la Comunidad Indígena Páez Cabildo Jerusalén (folios 55 a 85, cuaderno 2).
- Copia del acta de la reunión con las directivas de la junta de acción comunal de fecha de 7 de mayo de 2017 (folios 86 a 91, cuaderno 2).
- Copias de distintas renunciaciones presentadas por socios indígenas ante las juntas de acción comunal (folios 94 a 129, cuaderno 2).
- Copias de los escritos de petición presentados por la demandante ante distintas entidades, con el fin de que intervinieran para garantizar la protección de los derechos fundamentales de la comunidad indígena (folios 132 a 182, cuaderno 2).
- Copias de las respuestas emitidas por la Secretaría de Gobierno y Participación del Departamento del Cauca y la Promotora de Juntas Comunales (folios 183 a 188, cuaderno 2).

5. Respuesta de las entidades demandadas y vinculadas

Mediante Auto del 16 de febrero de 2018, el Juzgado 2º Civil Municipal de Santander de Quilichao admitió la acción de tutela y dispuso correr traslado a las entidades demandadas. Posteriormente, en providencia del 27 del mismo mes y año, resolvió vincular a la Junta de Acción Comunal de la Vereda Jerusalén.

De igual manera, dado que luego de que se emitiera un primer fallo, el Juzgado 1º Civil del Circuito de Santander de Quilichao, en segunda instancia, declaró la nulidad de todo lo actuado debido a la falta de vinculación del Ministerio del Interior, el Juzgado 2º Civil Municipal de Santander de Quilichao rehízo, el 4 de abril de 2018, las respectivas actuaciones y procedió a correr traslado de la demanda a la señalada entidad.

5.1 Alcaldía Municipal de Santander de Quilichao

Dentro de la oportunidad procesal correspondiente, el secretario de Bienestar Social y Participación Comunitaria de la Alcaldía Municipal de Santander de Quilichao, dependencia que se encarga del manejo de la promotoría de acción comunal, solicitó que se negara el amparo pretendido bajo el argumento de que la entidad no ha vulnerado derecho fundamental alguno.

Lo anterior, toda vez que, según expuso, la administración municipal, por medio de la promotoría de las juntas de acción comunal se enfoca en acompañar, orientar y fortalecer los procesos de organización de las comunidades de acuerdo con sus necesidades; teniendo como punto de partida la voluntad de la población y el respeto por su identidad, diversidad y autonomía.

5.2 Gobernación del Departamento del Cauca

La apoderada del departamento del Cauca solicitó declarar improcedente la acción de tutela toda vez que la Secretaría de la Gobernación reconoció personería jurídica a la Junta de Acción Comunal de la vereda Jerusalén a través de Resolución No. 2684 del 21 de septiembre de 1992 por haber reunido los requisitos legales para ello.

Así, señaló que la junta lleva más de 25 años en funcionamiento y actualmente se encuentra en ejercicio, pues el 24 de abril de 2016, de conformidad con la Ley 743 de 2002, se eligió a sus dignatarios, los cuales fueron inscritos mediante la Resolución No. 416 del 31 de mayo de 2016. Resaltó a su vez, que la junta se da sus propios estatutos por lo que no es posible para la administración departamental ordenar su disolución puesto que, según las leyes sobre la materia, es la misma organización la que debe tomar dicha decisión, previo agotamiento del procedimiento establecido para ello.

En consecuencia, advirtió que la entidad no ha vulnerado derecho fundamental alguno, pues además de que ha dado cumplimiento a las normas aplicables a las juntas de acción comunal, no ha recibido solicitud por parte del Ministerio del Interior para llevar a cabo una consulta previa, ni tampoco ha sido convocado para tal fin. Requerimiento que, a su juicio, debe provenir del mencionado ministerio, dado que es el que lleva el registro y certifica la existencia del cabildo demandante. Lo anterior, si se tiene en cuenta que no se allegó al expediente el acto administrativo que demuestra la existencia de la comunidad indígena.

5.3 Junta de Acción Comunal de la vereda Jerusalén

El representante legal de la Junta de Acción Comunal de la vereda Jerusalén sostuvo que la entidad se encuentra reconocida legalmente por medio de Resolución No. 2684 de 1992 y, en consecuencia, lleva 26 años de creación por iniciativa de la comunidad de la vereda.

De otro lado, adujo que el consejo del Cabildos Páez Jerusalén no es una entidad reconocida por la comunidad como autoridad tradicional y tampoco se encuentra registrado en el Ministerio del Interior, razón por la cual carece de legitimidad para tomar vocería en representación de la población de la vereda. En esa medida, es la accionante la que está afectando los derechos de autodeterminación al tratar de imponer una organización distinta, pues quienes viven en el respectivo territorio se identifican con la junta de acción comunal.

Afirmó, a su vez, que en la asamblea general de la vereda que se llevó a cabo el 16 de febrero de 2018, con el acompañamiento del Cabildo Indígena Canoas, se resolvió no reconocer al consejo de Cabildos Páez Jerusalén, decisión que se le notificó al Ministerio del Interior. En consecuencia, señaló que cualquier pretensión de dicho consejo debía ser consultada a la comunidad.

También, manifestó que lo pretendido por la actora se encamina a la protección de sus propios intereses y no los de la comunidad de la vereda y lo que pretende es imponer un *cabildo de papel* sin el consentimiento de la población. Bajo ese orden, a su juicio, la tutela no está llamada a prosperar.

5.4 Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior

El director de Consulta Previa del Ministerio del Interior solicitó negar el amparo pretendido al considerar que, de conformidad con la jurisprudencia constitucional, la consulta previa se debe llevar a cabo cuando se presenta una afectación directa a una comunidad indígena. Sin embargo, a su juicio, la demandante no logró demostrar la razón por la cual se vulneran los intereses del grupo étnico y lo que se vislumbra es un conflicto entre esta última con el presidente de la junta de acción comunal, la cual fue constituida hace 26 años.

Reiteró que al realizar un análisis de las normas sobre la materia, las juntas de acción comunal no cuentan con el potencial para afectar a las comunidades indígenas, puesto que estas últimas no desarrollan explotación de recursos naturales, ni se logró advertir actividades que de manera alguna limitaran las tradiciones y costumbres de la población.

Finalmente, afirmó que la acción de tutela no cumple con el requisito de inmediatez, toda vez que se pretende la disolución de una junta de acción comunal que lleva más de 25 años de funcionamiento.

II. DECISIÓN JUDICIAL QUE SE REvisa

Primera instancia

El Juzgado 2º Civil Municipal de Santander de Quilichao, mediante fallo del 16 de abril de 2018, resolvió negar el amparo solicitado, al considerar que de lo allegado al expediente se evidencia que no hay vulneración del derecho a la consulta previa, toda vez que la gobernadora demandante no cuenta con el respectivo registro de la comunidad ante el Ministerio del Interior, de conformidad con las normas sobre la materia.

Bajo ese orden, manifestó que la accionante se está extralimitando en sus funciones al actuar sin el mencionado registro “*como lo prevé el numeral primero, literal a, del reglamento para personas censadas pertenecientes al sitio de asentamiento referido Jerusalén*”. Por el contrario, a su juicio, la demandante debe respetar la ideología y costumbres de las comunidades indígenas. Esto, pues advierte que lo que pretende es imponer sus propios

intereses en el cabildo al cual pertenecía anteriormente (Cabildo Canoas) y que por diferencias internas se produjo su división.

Finalmente, señaló que no fue posible establecer las razones por las cuales la junta de acción comunal atenta contra su ideología o tradiciones y, a su vez, que la demanda de tutela no cumple con el requisito de inmediatez.

Impugnación

Inconforme con la decisión adoptada, la accionante impugnó el fallo dado que, a su juicio, el juez de primera instancia omitió solicitar a la Dirección de Asuntos Indígenas, ROM y Minorías, el documento que acredita la existencia del cabildo Indígena Páez Jerusalén. De igual manera, señaló que se cumple el requisito de inmediatez para la procedencia de la tutela, puesto que las vulneraciones por parte de la junta de acción comunal se encuentran vigentes.

En igual sentido, afirmó que el fallador adoptó la decisión teniendo en cuenta únicamente los argumentos presentados por el presidente de la junta de acción comunal, los cuales carecen de sustento probatorio y obviando los documentos anexados al expediente, que daban cuenta de la identidad cultural del cabildo que representa.

También manifestó que el fallo niega los derechos fundamentales alegados, con fundamento en la ausencia de una formalidad como lo es el respectivo registro ante el ministerio, a pesar de que este último, según manifestó, reconoce que el Cabildo Indígena Páez es sujeto de derechos y las demás entidades del departamento lo identifican como tal.

De igual manera, sostuvo que los mayores inconvenientes con la JAC giran en torno a la educación de los menores de edad, ya que esta última se apropia de la infraestructura de la escuela del cabildo y de los recursos destinados para la alimentación de los niños. En consecuencia, solicita se revoque la decisión de instancia.

Segunda instancia

El Juzgado 1° Civil del Circuito de Santander de Quilichao, en sentencia del 22 de mayo de 2018, confirmó el fallo impugnado, bajo el argumento de que los problemas que viene presentando la comunidad indígena al parecer surgen por la separación de los cabildos y no por la interferencia de la JAC. Lo anterior si se tiene en cuenta que, según documentos anexados al expediente, la accionante perteneció a dicha junta y renunció a ser parte de ella en el año 2017.

En relación con las amenazas que ha recibido la accionante, señaló que es un asunto que le compete a la Fiscalía General de la Nación y a la justicia ordinaria, máxime si se tiene en cuenta que ya se instauraron las respectivas denuncias.

Al referirse al documento emitido por la Dirección de Asuntos Indígenas, ROM y Minorías del Ministerio del Interior, y que la demandante allegó como prueba

del reconocimiento que dicha entidad le da al cabildo, el juez señaló que de la lectura del escrito se advierte que lo que manifiesta el señalado ministerio es que, para que proceda el amparo del derecho a la consulta previa, la comunidad indígena debe tener reconocido un territorio, lo cual no se encuentra demostrado en este caso.

Lo anterior, al afirmar que el resguardo Indígena Nasa Jerusalén no está formalmente reconocido por el Ministerio del Interior, teniendo en cuenta también que, según la accionante, algunos habitantes de la vereda Jerusalén regresaron al Cabildo Canoas y, por tanto, no es claro cuál es el territorio que habita la comunidad que representa.

III ACTUACIONES REALIZADAS EN SEDE DE REVISIÓN

Mediante auto del 17 de octubre de 2018, la Sala consideró necesario recaudar algunas pruebas con el fin de verificar los supuestos de hecho que originan la presente solicitud. En consecuencia, resolvió lo siguiente:

“PRIMERO.- ORDENAR, por conducto de la Secretaría General de esta Corporación, a la Dirección de Asuntos Indígenas, ROM y Minorías del Ministerio del Interior que, en el término de tres (3) días contados a partir de la notificación del presente Auto, allegue a esta Sala el registro censal de la población y de las autoridades de la comunidad accionante.

A su vez, informar si el Resguardo Indígena demandante ha iniciado los trámites o ya fue reconocido por el Ministerio del Interior y Justicia. Adicionalmente, sírvase remitir a esta Corporación la documentación que soporta su respuesta al presente requerimiento.

SEGUNDO.- ORDENAR, por conducto de la Secretaría General de esta Corporación, a Ana Silvia Secue Pequi que, en el término de tres (3) días contados a partir de la notificación del presente Auto, informe a esta Sala, de manera clara, cuáles son las acciones realizadas por parte de la Junta de Acción Comunal de la vereda Jerusalén que afectan a la comunidad indígena.

Adicionalmente, sírvase remitir a esta Corporación la documentación que soporta su respuesta al presente requerimiento.

TECRERO.- ORDENAR, por conducto de la Secretaría General de esta Corporación, al representante legal de la Junta de Acción Comunal de la vereda Jerusalén que, en el término de tres (3) días contados a partir de la notificación del presente Auto, informe a esta Sala, cuáles de sus funciones o proyectos involucran a la comunidad indígena demandante.

CUARTO.- De conformidad con lo dispuesto en el artículo 64 del Acuerdo 02 de 2015, “por medio del cual se unifica y actualiza el Reglamento de la Corte Constitucional”, SUSPENDER los términos del presente asunto, hasta tanto se haya recibido y valorado debidamente el acervo probatorio allegado y por el término máximo consagrado en la misma normativa”.

Vencido el término otorgado, la Secretaría de esta Corporación allegó al despacho las respuestas remitidas por la accionante y por el Ministerio del Interior.

Dirección de Asuntos Indígenas, Rom y Minorías del Ministerio del Interior

La entidad manifestó que, en el año 2015, el señor Ramiro Collazos Ulcue presentó una acción de tutela contra el ministerio con el propósito de que se adelantara el trámite de registro de la “*comunidad indígena Jerusalén*”, en los términos previstos en el Decreto 2164 de 1994. El amparo fue concedido por el Tribunal Administrativo del Cauca, el cual ordenó la realización de un estudio etnológico de la población, en sus componentes antropológico, sociológico y jurídico.

Sostuvo que, en cumplimiento de lo dispuesto, la entidad realizó una reunión con las autoridades de la señalada comunidad y el gobernador del resguardo Canoas en abril de 2016, a fin de escuchar y aclarar la problemática que se presentaba entre los dos grupos y, así mismo, conocer las circunstancias que llevaron a la solicitud de registro de la comunidad Jerusalén.

Adujo que, posteriormente, entre los días 9 y 18 de septiembre de 2016 y 25 a 28 de abril de 2017, se dio inicio a la fase de campo del estudio etnológico, el cual fue apoyado por la comunidad Páez Jerusalén y quienes garantizaron la participación de la población en las respectivas reuniones con las familias de la comunidad.

Manifestó que luego de consolidado el estudio, la adopción de una decisión al respecto tuvo que ser suspendida puesto que el presidente de la JAC de la vereda Jerusalén presentó un escrito ante el ministerio mediante el cual, entre otras, señaló que la mencionada vereda no deseaba hacer parte del cabildo Páez Jerusalén.

Frente a dicha situación expuso que la entidad, mediante oficio del 6 de agosto de 2018, solicitó de manera urgente una aclaración en relación con las personas que firmaban el escrito presentado y que se manifestara si pertenecían a la comunidad indígena. Esto, debido a la necesidad de obtener dicha información para definir el “concepto etnológico consolidado”. Sin embargo, a la fecha, no habían obtenido respuesta.

En consecuencia, afirma que por las razones expuestas no se ha podido continuar con el trámite de inscripción y no les es posible allegar el registro censal de la población y de las autoridades de la “denominada comunidad indígena Jerusalén”. Señaló también que, una vez cuente con la respectiva respuesta por parte del presidente de la JAC, la dirección procederá a continuar con el procedimiento administrativo para decidir sobre el registro o no de la mencionada población.

Ana Silvia Secue Pequi

La accionante manifestó que resulta claro el desconocimiento de los derechos fundamentales de la comunidad indígena que representa por parte de la Dirección de Asuntos Indígenas, Rom y Minorías del Ministerio del Interior, al no cumplir con el mandato legal que lo obliga a registrar a la autoridad indígena, pasando por alto, a su vez, lo resuelto por un juez de tutela el 11 de noviembre de 2015 que así lo ordenaba. Esto, con base en múltiples pretextos y a pesar de que han pasado 2 años desde la culminación del *Estudio Etnológico* que supuestamente se requería para llevar a cabo el respectivo *reconocimiento*, el cual se encuentra suspendido por causa de una solicitud que realizó el presidente de la JAC.

Afirmó que la ausencia de registro es la razón de un sin número de dificultades dentro de su comunidad, situación que es aprovechada por quienes están interesados en impedir su *reconocimiento*, con el fin de incrementar los desacuerdos entre las 180 familias que representa.

De otro lado, al referirse a las acciones que realiza la JAC que afectan a la comunidad indígena señaló que: (i) *desestabiliza a la población en tanto manifiesta públicamente que carecen de registro*; (ii) *acude a las autoridades del Cabildo Indígena Canoas para generar agresiones físicas y psicológicas a los comuneros dentro de los cuales se encuentran niños e impedirles la entrada a las instalaciones educativas*; (iii) *con la anuencia del mencionado cabildo realizan acciones para impedir el registro de la comunidad Páez Jerusalén*; (iv) *el representante de la junta realiza difamaciones en su contra lo que también afecta el buen nombre de la comunidad que representa*.

La Junta de Acción Comunal de la vereda Jerusalén no allegó respuesta.

III. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA DECISIÓN

1. Competencia

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

2. Problema jurídico

Corresponde a la Sala determinar si se vulneran los derechos fundamentales de la comunidad indígena demandante a la autonomía, identidad cultural, libre determinación y consulta, entre otros, por parte de las entidades accionadas y vinculadas, por permitir el funcionamiento de una junta de acción comunal en el territorio en el que habitan, la cual se encuentra reconocida legalmente desde 1992, esto es, 25 años antes de la solicitud presentada a las entidades accionadas con el objeto de que se disuelva dicha junta de acción comunal. A su vez, por parte de la Dirección de Asuntos Indígenas Minorías y ROM por no adoptar las

medidas necesarias en el marco de sus competencias, para que se llegue a la solución del conflicto que se está generando en la región entre los grupos étnicos asentados en el lugar y la respectiva JAC.

Previo a dilucidar la cuestión planteada, se abordará lo respectivo a (i) los derechos fundamentales y especial protección de los pueblos indígenas, (ii) el derecho a la identidad de las comunidades indígenas, (iii) el deber de protección de la autonomía de las comunidades étnicas, (iv) el derecho fundamental a la consulta previa, (v) el marco legal de juntas de acción comunal (vi), y las juntas de acción comunal en territorios indígenas para, finalmente, entrar a analizar (vii) el caso concreto.

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

El artículo 7° de la Constitución señala que el Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación. En concordancia con dicha disposición, el artículo 8° establece la obligación del Estado y de los particulares de brindar protección a la riqueza cultural del país. De igual manera, el artículo 330 superior, dispone que, de conformidad con la Constitución y la ley, los territorios indígenas estarán gobernados por consejos conformados de conformidad con los usos y costumbres de sus comunidades.

Así, es claro el reconocimiento que la Constitución brinda a la diversidad étnica, como manifestación de la multiculturalidad y pluralismo de la sociedad colombiana, a través de la integración de las comunidades indígenas a las visiones y procesos de las mayorías. En igual sentido, les garantiza la participación para de esta manera proteger sus derechos como minorías al crecimiento y desarrollo de acuerdo con sus propias costumbres y valores¹.

El Convenio 169 de la OIT, por su parte, establece el deber del gobierno de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a asegurar a sus miembros los derechos y oportunidades que la legislación nacional otorga a los demás miembros de la población, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres, tradiciones e instituciones, en pro de la permanencia de su cultura y diversidad².

En línea con lo anterior, la Corte ha resaltado la importancia que tienen los territorios en donde se asientan las comunidades indígenas, pues estos son un elemento esencial para su existencia, con el cual establecen una especial relación, dado que este les permite desarrollarse plenamente como cultura y expresar su identidad de manera diferenciada. Así, de conformidad con el Convenio 169 de la OIT, se ha resaltado que la percepción de la tierra para estos grupos étnicos no se limita a la porción ubicada dentro de los linderos que los entes estatales les han reconocido como propia, sino que se extiende a todo el espacio que utilizan lo que puede incluir, a su vez, cuerpos de agua, montañas

¹ Ver sentencias T-371 de 2013 y T-461 de 2014.

² *Ibidem*.

y bosques, entre otros, razón por la cual resulta de gran relevancia para su subsistencia económica y bienestar espiritual y cultural.

Como se ha expuesto, es claro que las comunidades indígenas son titulares de derechos fundamentales. En la sentencia T-380 de 1993 se precisó que la protección de las garantías de los pueblos étnicos era de carácter imprescindible para lograr la supervivencia y permanencia de su cultura como parte de la identidad nacional³.

En igual sentido, la Corte ha establecido la necesidad de reforzar la protección de las comunidades étnicas debido a la discriminación de la cual han sido objeto históricamente; las distintas presiones e intervenciones sobre sus territorios a causa de intereses económicos de la sociedad mayoritaria; desconocimiento y en ocasiones ausencia de respeto por sus costumbres, cosmovisión, organización social y percepción de desarrollo y bienestar y; el impacto del conflicto armado, entre otros⁴.

4. Derecho a la identidad de las comunidades indígenas

Como se indicó en el capítulo anterior, los integrantes de comunidades indígenas son titulares de derechos fundamentales y, a su vez, de garantías especiales con el objetivo de proteger su cultura y diversidad, al igual que su identidad, educación conforme a sus tradiciones, cosmovisión y supervivencia en condiciones dignas, de acuerdo con sus costumbres⁵.

De conformidad con lo expuesto, se advierte que la identidad étnica de la población indígena es un derecho que debe ser protegido por el Estado. Para ello, la jurisprudencia de esta Corte ha señalado, con fundamento en el Convenio 169 de la OIT, “*criterios objetivos, que hacen referencia a hechos susceptibles de verificación desde fuera del sujeto indígena, y ‘criterios subjetivos’, que se traducen precisamente en la percepción que el propio sujeto o pueblo indígena tiene de sí mismo*”⁶.

En efecto, el instrumento internacional antes mencionado en su artículo 1º señala que el convenio aplica: “*A los pueblos en países independientes, considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas*”.

A su vez, en el numeral 2º del mismo artículo dispone que: “*La conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental*

³ Al respecto, ver también sentencia SU-217 de 2017.

⁴ *Ibidem*.

⁵ *Ibidem*.

⁶ Sentencia T-294 de 2014. Ver también sentencia SU-217 de 2017.

para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del presente Convenio”.

Al respecto, la Corte ha entendido que el primer numeral corresponde al criterio objetivo, en tanto se refiere a circunstancias que, en principio, podrían ser objeto de verificación fáctica y, el segundo, se refiere al factor subjetivo en vista de que hace mención de una conciencia de la diversidad de su identidad⁷. Sin embargo, se ha reconocido a su vez que los indicados criterios no configuran una lista taxativa que las comunidades y sus integrantes deban cumplir para ser identificados como indígenas⁸.

En sentencia T-703 de 2008, se advirtió que la condición de indígena debe partir de la identidad cultural real de la persona que alega que pertenece a cierta comunidad y también del reconocimiento y aceptación por parte de esta última sobre su pertenencia a la misma. Según se afirmó en dicha oportunidad, para establecer lo anterior es preciso tener en cuenta distintos mecanismos, como el censo interno del grupo étnico, estudios antropológicos y sociológicos en relación con dicho aspecto, así como certificaciones expedidas por la máxima autoridad del resguardo, entre otros. Se resaltó igualmente, que cobran mayor relevancia los medios que la respectiva comunidad indígena ha adoptado en ejercicio de su autonomía y, a su vez, debe primar la realidad sobre las formas, pues se pueden presentar ocasiones en que dichos documentos se encuentren desactualizados o equivocados.

En relación con lo anterior, en sentencia T-294 de 2014, al referirse al evento en el que el juez de tutela deba tener certeza sobre la titularidad de derechos como indígena de un accionante para resolver un determinado caso, se sostuvo que el fallador debe entender que este tipo de garantías no son susceptibles de definición judicial, puesto que se tratan de hechos sociales. En esa medida, debe impedir que el ejercicio de su labor interfiera o prive a las comunidades indígenas de su derecho a definir su forma de vida y, sobre todo, su identidad.

En línea con lo señalado, la Corte ha sostenido que, la prueba de la identidad del sujeto como indígena no puede limitarse a un documento en específico o a determinada certificación legal, sin desconocer el valor que estos pueden tener para adelantar gestiones administrativas pues, de ser así, se desconocería la protección de la autonomía de las comunidades étnicas⁹. En consecuencia, en el ámbito probatorio sobre este aspecto, resulta necesario evaluar los elementos objetivos y subjetivos para el reconocimiento indígena, bajo el principio de buena fe, el derecho a su libre determinación y partiendo de la base de que se trata de sujetos de especial protección constitucional¹⁰.

De igual manera, según lo ha precisado también esta Corporación, cuando el juez constitucional se ve en la necesidad de resolver controversias que giran en torno a la identidad indígena, este no debe establecer unas reglas generales en

⁷ Al respecto, ver sentencia SU-217 de 2017.

⁸ Al respecto ver sentencia C-792 de 2012.

⁹ Al respecto, ver sentencia SU-217 de 2017.

¹⁰ Al respecto, ver sentencia T-792 de 2012.

abstracto, para solucionar el asunto. No obstante, se encuentra en la obligación de salvaguardar la integridad de la Constitución mediante la materialización del mandato de garantizar la diversidad étnica y adoptar medidas para lograr un efectivo amparo de los derechos de estos grupos poblacionales¹¹. En consecuencia, se advierte que:

“(ii) No es a las autoridades estatales ni, por tanto, al juez constitucional, a quienes les corresponde definir la identidad de una persona, sino a la propia comunidad, en ejercicio de su autonomía, de tal suerte que el primero únicamente está habilitado para intervenir cuando el reconocimiento identitario incide en el disfrute de los derechos y libertades reconocidos en la Constitución.

(iii) Debe conferirse primacía a la realidad sobre las formas y, por ello, no puede considerarse que los registros censales y las certificaciones expedidas por las entidades estatales sobre la existencia o la presencia de comunidades indígenas o afro colombianas en una zona determinada, tengan valor constitutivo respecto de la existencia de dicha comunidad como culturalmente diversa. Han de tenerse, en cambio, como documentos aptos para acreditar los hechos que le sirven de soporte a efectos de facilitar gestiones administrativas, más no para desvirtuar el auto reconocimiento identitario que haga una comunidad respecto de sí misma o de sus integrantes”¹².

Así, resulta claro que, a pesar de que se ha hecho referencia a la necesidad de remitirse a los criterios objetivo y subjetivo para el reconocimiento de la identidad de las comunidades indígenas, lo cierto es que, en términos generales, este último constituye criterio fundamental. También, es preciso recordar que su aplicación ha de hacerse de manera ponderada y no taxativa.

De igual manera, se debe tener en cuenta que, si bien las certificaciones legales que dan cuenta del reconocimiento de las comunidades tienen gran valor probatorio, estas no se pueden tratar como actos constitutivos ya que su identidad se entiende como un hecho social. En el mismo sentido, no se puede perder de vista que lo que prima es la concepción propia de estos grupos respecto de su identidad, por lo que, para este tipo de asuntos, debe prevalecer la realidad sobre las formas.

5. Deber de protección de la autonomía de las comunidades indígenas

Como se ha expuesto, el Estado tiene la obligación de proteger los derechos de las comunidades indígenas, dentro de las cuales se encuentra la garantía de su autonomía en los ámbitos económico, social y cultural, entre otros. Sin embargo, este es un compromiso que también deben asumir dichos grupos y, en

¹¹ Al respecto, ver sentencia T-294 de 2014 y SU-217 de 2017.

¹² Sentencia T-294 de 2014.

esa medida, les corresponde propender por lograr una cohesión social para velar por el goce efectivo de sus garantías fundamentales, dentro de su pueblo¹³.

El artículo 330 de la Constitución establece que los territorios indígenas estarán gobernados por autoridades conformadas según los usos y costumbres de sus comunidades y que a dichas autoridades corresponde, en relación con los territorios que ocupan o utilizan, entre otras funciones, diseñar las políticas, planes y programas de desarrollo económico y social, en armonía con el plan nacional de desarrollo; promover las inversiones públicas; velar por la preservación de los recursos naturales; coordinar los programas y proyectos promovidos por las diferentes comunidades; representar a los territorios ante el Gobierno Nacional y las demás entidades a las cuales se integren.

Bajo ese orden, en el evento en que surjan conflictos sobre el ejercicio de sus funciones, las autoridades administrativas deben evitar interferir de manera directa y respetar las instituciones y los procesos internos de las comunidades para que a partir de ellos encuentren la solución a los mismos, y limitarse a ejercer como mediadores, fomentando el diálogo en el respectivo grupo. De lo contrario, se podría llegar a afectar, no solo la autonomía de los pueblos, sino también su integridad, cultura y tradiciones, entre otros derechos fundamentales¹⁴.

Esta Corte también ha precisado que, cuando las autoridades estatales adviertan que la controversia en la que se encuentra inmersa la comunidad se refleja en situaciones que atentan contra los derechos fundamentales y colectivos de los miembros y de la población, estas, excepcionalmente, deben intervenir para proteger dichas garantías. Lo anterior, pues no se pueden mantener al margen de tal circunstancia, dado que ello implicaría el desconocimiento de los deberes establecidos en la Constitución, dentro de los cuales se encuentra procurar la convivencia pacífica en el territorio nacional¹⁵.

Así, se ha destacado que si bien es imperativo respetar el principio de autonomía de la población indígena, también es cierto que no se puede dejar de lado la obligación del Estado de preservar la paz en el territorio, para lo cual las respectivas entidades deben ejercer las funciones asignadas en la ley, sin que ello conlleve usurpar competencias de las comunidades étnicas y sus autoridades¹⁶.

Bajo ese orden, se reitera, si bien es claro que la regla general es respetar en la mayor medida la autonomía de las comunidades étnicas, cuando surjan eventos en los cuales se vean comprometidos intereses superiores del pueblo indígena, como su supervivencia o el núcleo esencial de sus derechos fundamentales, el Estado debe intervenir en procura de su protección.¹⁷

¹³ Al respecto, ver sentencia T-650 de 2017.

¹⁴ Al respecto, ver sentencias T- 973 de 2009, T-371 de 2013 y T-650 de 2017.

¹⁵ Al respecto ver sentencia T-650 de 2017.

¹⁶ Al respecto, ver sentencias T-188 de 1993 y T-650 de 2017.

¹⁷ Al respecto, ver sentencia T-650 de 2017.

Ejemplo de ello son aquellos casos en los que se presentan controversias de orden político dentro del grupo, que puedan derivar en la afectación de la integridad u otro derecho fundamental de sus miembros. Sin embargo, para que sea posible la intervención de los entes estatales, es indispensable corroborar que la comunidad no cuente con un mecanismo de conformidad con sus tradiciones y costumbres, que le permita resolver de manera autónoma el asunto y que, a pesar del acompañamiento recibido por las autoridades administrativas, no haya sido posible arribar a una solución¹⁸.

Sobre la intervención de las entidades estatales en conflictos que surgen al interior de las comunidades étnicas, este Tribunal ha establecido que:

“las medidas estatales que se tomen, (v) deben estar dentro del marco de actividades que autorice la Constitución y la ley; (vi) deben ser medidas útiles y necesarias para la protección de los derechos fundamentales o colectivos involucrados, y conforme con la regla de proporcionalidad previamente expuesta, (vii) deben ser las medidas menos gravosas para la autonomía política de dichas comunidades étnicas, so pena de lesionar el derecho a la diversidad. Las actuaciones de la Administración en este sentido son esencialmente regladas y están sujetas a dicho principio de legalidad. El poder de actuación y decisión con la que cuentan las autoridades no puede utilizarse sin que exista una expresa atribución competencial. De no ser así, se atentaría contra el interés general, los fines esenciales del Estado y el respeto a los derechos y las libertades públicas de los ciudadanos vinculados con decisiones de la Administración, ajenas a ese principio”¹⁹.

En suma, es preciso afirmar que, en principio y de conformidad con la ley y la Constitución, son las comunidades indígenas las primeras llamadas a adoptar las medidas necesarias para lograr la eficacia de sus políticas propias. Sin embargo, de advertirse obstáculos insuperables que impidan a la población dar solución a determinada controversia, es permitido que el Ministerio del Interior, por medio de la Dirección de Asuntos Indígenas Minorías y ROM, autoridad competente para estos asuntos, realice un primer acercamiento por medio de un acompañamiento que implique generar espacios para el diálogo y la concertación, a fin de lograr una solución del conflicto²⁰.

En el evento de que el problema no haya sido resuelto y, aunado a ello, afecte a la comunidad en el ejercicio de sus derechos fundamentales, las autoridades del Estado deben pasar del acompañamiento a adoptar las medidas necesarias para brindar solución al asunto, en favor de las garantías de la población, de conformidad con la Constitución y la ley, sin que ello implique resolver de manera directa la controversia.

¹⁸ Ibídem.

¹⁹ Sentencia T-973 de 2009.

²⁰ Al respecto, ver sentencia T-650 de 2017

Lo anterior, dado que no se debe perder de vista que dicha intervención es de carácter excepcional y, por ello, no deben las autoridades administrativas interferir de manera directa en la resolución de fondo de la problemática pues, de lo contrario, se configuraría una indebida intromisión en los asuntos propios de las comunidades y, por tanto, una vulneración de su autonomía, libre determinación y diversidad cultural, entre otros.

6. El derecho fundamental a la participación y, en particular, a la consulta. Reiteración de jurisprudencia²¹

El Convenio 169 de 1989 de la OIT, instrumento internacional que por primera vez estableció la consulta como mecanismo específico de participación de los pueblos tribales e indígenas, tiene como ejes esenciales el respeto de la integridad de sus valores, prácticas e instituciones; la garantía de su derecho a decidir sus propias prioridades de desarrollo; el respeto de su relación con los territorios que ocupan o utilizan; y la participación en la adopción de decisiones a cargo de organismos públicos responsables de las políticas y programas que les conciernan, elementos que permean todo su articulado y se convierten en herramientas centrales para su interpretación. En ese marco, la participación y, en particular, la consulta como mecanismo específico de aquella, no es una garantía aislada, sino un elemento transversal al Convenio, en tanto condición de eficacia de su derecho a controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural, y a participar en todas las decisiones respecto de políticas y programas que les conciernan.

En el ámbito interno, esta Corporación ha sostenido de manera constante y uniforme que la consulta previa tiene el carácter de derecho fundamental. En Sentencia SU-039 de 1997, precisó que esta calificación surge de la forma en que la consulta concreta mandatos constitucionales, como el de facilitar la participación de todos en las decisiones que los afecten, el respeto de la diversidad 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.

En ese marco, la garantía de la participación consagrada en el artículo 2º de la Constitución, en el caso de los pueblos indígenas y las comunidades afrodescendientes, se ve reforzada por su relación con otros mandatos constitucionales. En efecto, el artículo 330 de la Constitución Política prevé la obligación estatal de propiciar la participación de las comunidades indígenas en las decisiones que se adopten respecto de la explotación de los recursos naturales en sus territorios, enmarcando esa obligación dentro de un amplio conjunto de deberes estatales asociados a la protección y promoción de la integridad de sus valores, prácticas e instituciones, y la garantía de su derecho a decidir sus propias prioridades de desarrollo y, así mismo, del ejercicio del derecho a la propiedad colectiva sobre las tierras y territorios colectivos. Por eso esta Corte ha establecido que "*la participación de las*

²¹ Capítulo tomado de la sentencia T-713 de 2017.

comunidades indígenas en las decisiones que puedan afectarlas en relación con la explotación de los recursos naturales (...), 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."²² (Subraya fuera del texto).

El numeral 1° del artículo 6 del Convenio 169 de 1989 hace referencia a la consulta, en el literal a, en los siguientes términos:

“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”.

Además, el numeral 2° del artículo 6, *ibídem*, plantea elementos centrales de la consulta, como la aplicación del principio de buena fe, la flexibilidad de la consulta, entendida como adaptabilidad al pueblo concernido, y la finalidad de obtención del consentimiento de los pueblos interesados.

Como lo explicó la Sala Primera de Revisión en la sentencia T-376 de 2012, el artículo 6 del Convenio 169 de 1989 debe leerse en armonía con el conjunto de disposiciones del mismo instrumento que se dirigen a asegurar la participación de las comunidades indígenas en toda decisión susceptible de afectarlos directamente en sus derechos y modo de vida; y a fomentar relaciones de diálogo y cooperación entre los pueblos interesados y el Estado, algunas de las cuales se destacan a continuación:

El artículo 5 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*”. El artículo 7 plantea la obligación de garantizar su participación en los planes de desarrollo nacionales y regionales, propendiendo al mejoramiento de sus condiciones de salud, trabajo y educación, y la 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. El artículo 4 establece la obligación genérica de adoptar medidas para la protección de los derechos e

²² Sentencia SU-039 de 1.997

intereses de los pueblos interesados sin contrariar sus deseos “expresados de forma libre”.

En relación con sus territorios, 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, al derecho a participar de los beneficios que reporten esas actividades, y a recibir indemnizaciones equitativas por los daños que les ocasionen dichas actividades. Por su parte el artículo 16 establece la obligación de obtener el consentimiento de los pueblos siempre que el Estado pretenda trasladarlos de las tierras ancestrales que ocupan, y concertar las medidas de reparación adecuadas ante tales eventos.

La exposición de las anteriores disposiciones demuestra la importancia de enmarcar la participación en un espectro más amplio de normas destinadas a asegurar la intervención de los pueblos indígenas, bajo mecanismos como la consulta, la cooperación, el consentimiento de la comunidad, la participación en los beneficios y la indemnización en determinados eventos. Todos estos derechos y garantías constituyen un continuum de protección de los pueblos indígenas y tribales, pues cumplen la función de (i) proteger y promover su derecho a decidir sus propias prioridades 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; (ii) asegurar que su punto de vista sea escuchado por las autoridades del orden nacional; y (iii) propiciar la defensa de sus demás derechos.

6.1 Alcance de la consulta y principios que orientan su realización

Las normas de derecho internacional relevantes y la jurisprudencia constitucional, han definido los contornos de la consulta previa, mediante un conjunto de 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 SU-123 de 2018 se sintetizaron los principios que orientan la forma de realización de las consultas, en los siguientes términos:

“6.2. Entre otras, en las sentencias T-129 de 2011, C-389 de 2016, SU-133 de 2017, SU- 217 de 2017, T-298 de 2017 y T-103 de 2018, esta Corte ha explicado que el objetivo de la consulta es intentar genuinamente lograr un acuerdo con las comunidades indígenas y afro descendientes sobre medidas que las afecten directamente (esto es, normas, políticas, planes, programas, etc.). Así mismo se ha decantado que 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 y que por medio de las consultas se debe asegurar una participación activa y efectiva de los pueblos interesados. Sobre este tópico la jurisprudencia ha explicado que el significado de la participación activa es que no pueda admitirse como tal a

la simple notificación a los pueblos interesados o a la celebración de reuniones informativas. Que esa participación sea efectiva significa que el punto de vista de los pueblos debe tener incidencia en la decisión que adopten las autoridades concernidas.

6.3. La Corte igualmente ha señalado que la consulta constituye un proceso de diálogo intercultural entre iguales, en el entendido de que esto significa que ni los pueblos indígenas tienen un derecho de veto que les permita bloquear decisiones estatales, ni el Estado tiene un derecho a la imposición sobre los pueblos indígenas para imponerles caprichosamente cualquier decisión sino que opera un intercambio de razones entre culturas que tiene igual dignidad y valor constitucional (CP art 70). Esto no significa que, desde el punto de vista fáctico, los pueblos indígenas o las comunidades afro descendientes tengan un igual poder a los particulares o al Estado en este proceso de consulta pues usualmente se encuentran en una situación de desventaja frente a ellos por la discriminación a que han sido sometidos. Por eso el Estado tiene el deber de tomar las medidas compensatorias necesarias para reforzar la posición de estos pueblos en estos procesos de consulta para que efectivamente opere ese diálogo intercultural entre iguales.

6.4. La jurisprudencia también ha indicado que la consulta debe ser flexible de manera que se adapte a las necesidades de cada asunto, sin que esto se pueda desconocer con la simple alusión del interés general, pues debe atenderse a la diversidad de los pueblos indígenas y de las comunidades afro descendientes. Además, la consulta debe ser informada, por lo cual no puede tratarse de un asunto de mero trámite formal sino de un esfuerzo genuino del Estado y los particulares implicados por conocer las perspectivas de los pueblos afectados y por efectivamente lograr un acuerdo. Es entonces imperativo respetar la diversidad étnica y cultural lo que permitirá encontrar mecanismos de satisfacción para ambas partes.

En la Sentencia T-129 de 2011, por su parte, se habían señalado algunas reglas específicas para el desarrollo de la consulta, tales como: (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 (pre consulta o consulta de la consulta); (iii) debe adelantarse con los representantes legítimos del pueblo o comunidad interesada; 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. Finalmente, (v) cuando resulte pertinente en virtud de la naturaleza de la medida, es obligatorio realizar estudios sobre su impacto ambiental y social.

6.2 Ámbito material de procedencia de la consulta. El concepto de afectación directa²³

²³ Tomado de la sentencia T-713 de 2017.

De acuerdo con el Convenio 169 de 1989 de la OIT y la jurisprudencia de esta Corte, el ámbito material de aplicación de la consulta no se ciñe a determinados supuestos hipotéticos. Si bien los eventos explícitamente mencionados en la Constitución Política y los documentos relevantes del DIDH deben considerarse relevantes, estos no agotan la obligación estatal, pues el concepto clave para analizar la procedencia de la consulta previa es el de afectación directa.

Esta expresión, por supuesto, es amplia e indeterminada, lo que puede ocasionar distintas disputas interpretativas. Sin embargo, actualmente, la Corte ha desarrollado un conjunto de estándares que permiten evaluar si una norma, programa, proyecto, plan o política, es susceptible de afectar directamente a los pueblos indígenas: (i) la afectación directa hace alusión a la intervención que una medida (norma, política, plan, programa o proyecto) determinada, tiene sobre cualquiera de los derechos de los pueblos indígenas o tribales; (ii) el hecho de que la medida se orienta a desarrollar el Convenio 169 de la OIT, y (iii) la imposición de cargas o atribución de beneficios a una comunidad, de tal manera que modifique su situación o posición jurídica; (iv) la interferencia en elementos definitorios de la identidad o cultura del pueblo involucrado; y (v) se trata de una medida general que, sin embargo, afecta con especial intensidad o de manera diferenciada a los pueblos étnicamente diferenciados.

Evidentemente, son criterios de apreciación que no cierran de manera definitiva 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. Con todo, ese conjunto de parámetros de comprensión de la afectación directa constituye orientación suficiente para el desempeño de esa tarea, en términos acordes a los principios de razonabilidad y proporcionalidad y en el marco de la jurisprudencia constitucional que sobre el particular ha precisado recientemente:

“La afectación directa es un concepto jurídico indeterminado que hace referencia al impacto positivo o negativo que tiene una medida sobre las condiciones sociales, económicas, ambientales o culturales que constituyen la base de la cohesión social de una determinada comunidad étnica. En el caso concreto, la afectación directa por proyectos de exploración y explotación de recursos no renovables incluye: (i) el impacto en el territorio de la comunidad tradicional; o (ii) el impacto en el ambiente, la salud o la estructura social, económica, así como cultural del grupo”²⁴.

7. Régimen legal de Juntas de Acción Comunal

Según se desprende de los artículos 1º y 2º de la Constitución, Colombia es democrática, participativa y pluralista y se funda en el respeto de la dignidad humana. Por tanto, es deber del Estado adoptar medidas para facilitar la

²⁴ Sentencia SU-123 de 2018.

participación de todos en las decisiones que los afecten, así como intervenir en la vida económica, política, administrativa, social y cultural del país²⁵.

En consecuencia, se advierte que la sociedad civil es un actor indispensable en el proceso de participación democrática, lo que se logra por medio de organizaciones que reúnan la voluntad de la comunidad en pro de la consecución de objetivos comunes, por lo que se convierten en interlocutores calificados en materia de concertación, control y vigilancia, de las actuaciones que desarrollan las autoridades administrativas²⁶.

En esa línea, el artículo 38 de la Carta dispuso el deber del Estado de garantizar la libre asociación, a fin de que las personas puedan desarrollar las diversas actuaciones que realizan en sociedad. Lo anterior, con el objetivo de incentivar la participación en constante vínculo con las autoridades estatales, en pro de intereses comunes y de obtener una mejor calidad de vida²⁷. De la misma manera, del artículo 103 superior, se advierte que, además de su labor de vigilancia y control, las organizaciones civiles previstas por el constituyente pueden participar en el ejercicio de las actividades a cargo de las autoridades administrativas²⁸.

Así, se advierte que dentro de los distintos tipos de organizaciones sociales se encuentran las juntas de acción comunal. Estas son reguladas actualmente por la Ley 743 de 2002, la que las define²⁹ como organismos cívicos, comunitarios y sociales de naturaleza solidaria, sin ánimo de lucro, con personería jurídica y patrimonio propio. A su vez, señala que son integradas voluntariamente por habitantes de determinado lugar, que unen sus esfuerzos y recursos a fin de lograr un *desarrollo integral*, en ejercicio de la democracia participativa, resaltando que realizaran sus actividades dentro de un territorio delimitado³⁰.

De igual manera, el artículo 12 de la señalada ley establece que en cada barrio, caserío o vereda, podrá constituirse una sola junta de acción comunal, salvo aquellos casos en que, debido a la extensión del territorio, se aconseje que exista un número superior. Por su parte, el artículo 17 indica que estas entidades tendrán una duración indefinida, pero se podrán disolver o liquidar por voluntad de sus afiliados o por mandato legal.

En cuanto a los objetivos generales de dichas formas de asociación, el artículo 19 de la precitada ley establece:

“OBJETIVOS. Los organismos de acción comunal tienen los siguientes objetivos:

a) Promover y fortalecer en el individuo, el sentido de pertenencia frente a su comunidad, localidad, distrito o municipio a través del ejercicio de la democracia participativa;

²⁵ Al respecto ver sentencia C-580 de 2001.

²⁶ *Ibíd.*

²⁷ Al respecto, ver sentencia C-126 de 2016.

²⁸ *Ibíd.*

²⁹ Artículo 8 de la Ley 743 de 2002.

³⁰ Artículo 12 de la Ley 743 de 2002.

- b) Crear y desarrollar procesos de formación para el ejercicio de la democracia;
- c) Planificar el desarrollo integral y sostenible de la comunidad;
- d) Establecer los canales de comunicación necesarios para el desarrollo de sus actividades;
- e) Generar procesos comunitarios autónomos de identificación, formulación, ejecución, administración y evaluación de planes, programas y proyectos de desarrollo comunitario;
- f) Celebrar contratos con empresas públicas y privadas del orden internacional, nacional, departamental, municipal y local, con el fin de impulsar planes, programas y proyectos acordes con los planes comunitarios y territoriales de desarrollo;
- g) Crear y desarrollar procesos económicos de carácter colectivo y solidario para lo cual podrán celebrar contratos de empréstito con entidades nacionales o internacionales;
- h) Desarrollar procesos para la recuperación, recreación y fomento de las diferentes manifestaciones culturales, recreativas y deportivas, que fortalezcan la identidad comunal y nacional;
- i) Construir y preservar la armonía en las relaciones interpersonales y colectivas, dentro de la comunidad, a partir del reconocimiento y respeto de la diversidad dentro de un clima de respeto y tolerancia;
- j) Lograr que la comunidad esté permanentemente informada sobre el desarrollo de los hechos, políticas, programas y servicios del Estado y de las entidades que incidan en su bienestar y desarrollo;
- k) Promover y ejercitar las acciones ciudadanas y de cumplimiento, como mecanismos previstos por la Constitución y la ley, para el respeto de los derechos de los asociados;
- l) Divulgar, promover y velar por el ejercicio de los derechos humanos, fundamentales y del medio ambiente consagrados en la Constitución y la ley;
- m) Generar y promover procesos de organización y mecanismos de interacción con las diferentes expresiones de la sociedad civil, en procura del cumplimiento de los objetivos de la acción comunal;
- n) Promover y facilitar la participación de todos los sectores sociales, en especial de las mujeres y los jóvenes, en los organismos directivos de la acción comunal;
- o) Procurar una mayor cobertura y calidad en los servicios públicos, buscar el acceso de la comunidad a la seguridad social y generar una mejor calidad de vida en su jurisdicción;
- p) Los demás que se den los organismos de acción comunal respectivos en el marco de sus derechos, naturaleza y autonomía.”

Bajo ese orden, se advierte que las juntas de acción comunal tienen como objetivo general promover el desarrollo comunitario. Esto último se convierte en la guía para el diseño y ejecución de planes y programas que resuelvan llevar a cabo estas entidades, con el objeto de lograr el progreso del lugar en el que habitan. Para ello, les está permitido, entre otras, suscribir contratos con entes

públicos o privados para la obtención de recursos de distinta índole para la consecución de las metas establecidas³¹.

La mencionada ley también señala que los organismos de dirección, administración y vigilancia serán de libre determinación por parte de las juntas, de conformidad con el número de afiliados y características de la región, los cuales tendrán a su cargo la coordinación de las actividades que va a llevar a cabo la entidad, según lo dispone su artículo 27. De igual manera, se resalta que el artículo 70 establece que dichos organismos se encuentran habilitados para constituir empresas o proyectos rentables con el objeto de financiar los programas que pretendan implementar.

Asimismo, cabe indicar que, de conformidad con los artículos 58 y 59, la disolución de la junta por mandato legal, debe estar precedida de un debido proceso o por la autorización de los miembros, mientras que aquella que es acordada por la misma entidad, tiene que contar con la autorización de la autoridad gubernamental competente.

Con base en lo expuesto, la jurisprudencia constitucional ha reconocido que dicha ley, al desarrollar los correspondientes preceptos constitucionales, materializa el principio de participación ciudadana, el cual pretende garantizar la intervención de los ciudadanos en las decisiones que inciden en los procesos que comprometen el desarrollo económico, social y cultural de la colectividad. Lo anterior no implica únicamente que el Estado adopte las medidas necesarias para la participación en la toma de decisiones, sino que, a su vez, el ciudadano debe contar con la posibilidad de participar en diversos procesos y mecanismos de participación, como el cooperativismo y las juntas de acción comunal³².

En consecuencia, se observa que del desarrollo del artículo 38 de la Constitución y de lo establecido en el marco legal antes señalado, se logra concretar el derecho fundamental de asociación, a la vez que se determina el campo de acción de las juntas de acción comunal. Estas, como ha reconocido este Tribunal, son un elemento valioso para la garantía de la participación ciudadana, incluso de miembros de las propias comunidades indígenas, lo cual no excluye que, teniendo en cuenta sus objetivos, puedan generar conflictos en el ejercicio de sus funciones con otras formas de organización de dichas comunidades como, por ejemplo, los cabildos u otras formas de autoridad de las comunidades indígenas³³ que igualmente tienen a su cargo la función constitucional de diseñar las políticas y los planes y programas de desarrollo económico y social dentro de su territorio.

8. Juntas de acción comunal en territorios indígenas

Bajo ese orden, si bien las juntas de acción comunal se pueden identificar como legítima expresión del derecho de asociación y participación ciudadana, la jurisprudencia constitucional ha sostenido que dichas formas de organización

³¹ Al respecto ver sentencia T-513 de 2012.

³² Al respecto ver sentencia C-126 de 2016.

³³ Al respecto, ver sentencia T-513 de 2012

en los territorios indígenas, incluso si son integradas por miembros de dichas comunidades, puede resultar problemática. Esto, si se tiene en cuenta que, como se indicó en párrafos anteriores, las comunidades indígenas tienen derecho a gobernarse por autoridades propias y, a través de ellas, a controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. A tales autoridades corresponde, igualmente, coordinar los programas y proyectos promovidos por las diferentes comunidades en su territorio.

En concordancia, la autorización del funcionamiento de juntas de acción comunal dentro de territorios indígenas, si bien éstas pueden constituir expresión del derecho de asociación que la legislación nacional otorga a los demás miembros de la población, ha de garantizar: (i) la consulta de las autoridades que gobiernan dichos territorios, y (ii) la identidad social y cultural de dichas comunidades, así como sus costumbres, tradiciones e instituciones.

La jurisprudencia ha precisado que la estructura de mando que rige a las comunidades indígenas se basa en normas propias de acuerdo con sus tradiciones y jerarquías ajustadas a sus usos, costumbres y cultura. Por tanto, es claro que, como se ha venido reiterando, la autodeterminación es un principio elemental para la preservación de los grupos étnicos y, bajo ese orden, el Estado se encuentra obligado a recurrir a todas aquellas medidas que se consideren necesarias y efectivas para que las comunidades indígenas asuman y mantengan sus instituciones y fortalezcan su identidad, por lo que es esencial que estas últimas adopten sus propias decisiones sin la interferencia de terceros³⁴. Situación que se ajusta a la protección que también se les ha reconocido a nivel internacional, ejemplo de ello es el amparo que otorga el Convenio 196 de la OIT al autogobierno y a la autodeterminación de los pueblos, en concordancia, a su vez, con los artículos 3º, 4º y 5º de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas³⁵.

Ahora, teniendo en cuenta el asunto que interesa a la causa, se advierte que esta Corporación ha sostenido que, en respeto a los derechos de las comunidades indígenas, no le es permitido a las entidades estatales imponer una forma de organización ajena a las costumbres de dichos grupos étnicos, pues ello implica un desconocimiento de su garantía de desarrollar su propia estructura política y social.

En efecto, esta Corte al referirse a la imposición de figuras extrañas dentro de las comunidades indígenas, en específico, la constitución de veedurías en sus territorios, señaló que:

³⁴ Al respecto, ver sentencia T-973 de 2009 y T-601 de 2011.

³⁵ 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 4º: “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.”

Artículo 5º: “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.”

“(…) no puede el legislador imponer una forma de organización determinada de veedurías a las comunidades indígenas. Serán ellas, de acuerdo a su particular cosmovisión, quienes determinen si éstas se constituyen de manera democrática -bajo una concepción típicamente occidental de democracia- o acogen un sistema que asegure, de manera compatible con sus propias costumbres, que la organización responda a los intereses de la comunidad en la vigilancia de la gestión pública.

Ello no implica que cualquier esquema organizativo resulte válido, pues el Estado colombiano tiene la obligación de velar por los intereses de todos los asociados, razón por la cual sistemas que conduzcan a la degradación de la persona y otras conductas incompatibles con el ordenamiento constitucional y los principios fundantes del sistema, deberán ser rechazados.

Por lo tanto, el legislador desconoce la autonomía de las comunidades indígenas y su derecho a la autodeterminación, al imponer una forma de organización y un procedimiento específico de inscripción, que implica, además, una tarea del Ministerio del Interior.

(…)

De otra parte, habida consideración del carácter de titular de derechos fundamentales que ostentan las comunidades indígenas, bien pueden ser ellas mismas -como una totalidad-, las interesadas en realizar las funciones de veeduría sobre la gestión de órganos públicos y privados. En tal caso, estima la Corte que habrán de ser las autoridades propias quienes asuman la función de veedores.”

Sobre este aspecto también se ha pronunciado la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la que ha considerado que, por ejemplo, la configuración de municipalidades en áreas indígenas por decisiones de las autoridades administrativas, genera una gran dificultad para la plena aplicación de las normas constitucionales y legales sobre la protección de territorios indígenas³⁶. Al referirse al tema, sostuvo que la creación de las mencionadas entidades en terrenos pertenecientes a poblaciones étnicas da origen a una jurisdicción distinta que erosiona su soberanía y, por tanto, deriva en fricciones entre autoridades de la población étnica y las foráneas³⁷.

La Comisión también indicó que la creación de los mencionados entes actúa como un instrumento de división de los pueblos indígenas, pues puede ocurrir que se interfiera en la comunidad para lograr que algunos de sus miembros hagan parte de la nueva estructura estatal, desconociendo las formas políticas y sociales de la etnia local y provocando su escisión. De igual manera, se abre

³⁶ Informe sobre la situación de los derechos humanos en Brasil, presentado el 29 de septiembre de 1997.

³⁷ Al respecto, ver <http://cidh.org/countryrep/TierrasIndigenas2009/Cap.V-VI.htm>.

paso a la posibilidad de que en dichos territorios se asienten personas ajenas a la comunidad afectando su supervivencia³⁸.

Para evitar tal tipo de situaciones y preservar la cultura, tradiciones y cosmovisión, entre otras, de los pueblos indígenas, resulta de gran importancia el deber de garantizar la consulta de las instituciones representativas de los pueblos indígenas, en aquellos casos en los que se pretenda constituir o modificar la organización y/o la dirección de juntas de acción comunal dentro de los territorios que aquellas gobiernan, en vista de que es claro que se trata de decisiones susceptible de interferir en el proceso de desarrollo económico, social o cultural de los territorios indígenas.

En consecuencia, con el objeto de garantizar la autonomía de los pueblos indígenas para decidir sus propias prioridades de desarrollo y, así mismo, controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural (artículos 330 de la Constitución y 7 del Convenio 169 de la OIT), en concordancia con la finalidad esencial del Estado de garantizar la efectividad del derecho de las comunidades indígenas, entre otros colombianos, a la participación en las decisiones que los afecten (artículo 2 de la Constitución), la *conveniencia para su propio desarrollo* como criterio para autorizar la constitución o cualquier modificación en la organización y dirección de una junta de acción comunal en territorios indígenas (asentamientos humanos cuyo territorio no encaja dentro de los conceptos de barrio, vereda o caserío), en los términos del parágrafo 2 del artículo 12 de la ley 743 de 2002, solo podrá ser decidida autónomamente por las instancias representativas que gobiernan dichos territorios indígenas, razón por la que la correspondiente autoridad competente para autorizar las mencionadas asociaciones comunales, deberá consultar con las primeras la actuación administrativa iniciada con esta finalidad, a efectos de que hagan valer su derecho a decidir la conveniencia para su propio desarrollo de la junta de que se trate, en aplicación de los artículos 6 del Convenio 169 de la OIT y 37 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.

Conviene precisar, igualmente, que la ejecución de cualquier proyecto de desarrollo en los territorios indígenas por parte de las Juntas de Acción Comunal, requiere la autorización previa de las instancias representativas que gobiernan dichos territorios, pues no basta con la decisión sobre la conveniencia de su constitución o reforma sino que, a fin de evitar injerencias externas en el proceso de desarrollo de tales comunidades, cada plan, programa o proyecto a ejecutar, debe contar igualmente con la autorización previa de las respectivas instancias de gobierno indígena.

9. Caso concreto

³⁸ Al respecto ver <http://cidh.org/countryrep/TierrasIndigenas2009/Cap.V-VI.htm> “Dicha creación de municipalidades actúa de hecho como un instrumento de división de los pueblos indígenas locales, ya que a través de ella se atrae o soborna a algún líder local para participar en el gobierno municipal, desconociendo la estructura de gobierno interna indígena y provocando su escisión. Igualmente la estructura de municipalidad y sus relaciones de poder tienden a favorecer el afincamiento de esas áreas indígenas de personas no-indígenas, y de autoridades y servicios públicos que compiten con los provistos o consentidos por las autoridades indígenas.”

Con fundamento en las anteriores consideraciones, pasa la Sala a analizar si, efectivamente, se presentó la vulneración de los derechos fundamentales a la participación, a la identidad cultural y a la autonomía, entre otros, de la comunidad indígena “Consejo- Cabildo Páez (Nasa Nejuesh) Jerusalén (Kiwe Wat Fi’nzeni) Yatsaca Pjeuñ U’wajas Yakñisa, por parte de la Secretaría Jurídica de la Gobernación del Cauca, la Alcaldía municipal de Santander de Quilichao y el Ministerio del Interior, por no adoptar las medidas necesarias en el marco de sus competencias, para que se llegue a la solución del conflicto que se está generando en la región entre los grupos étnicos asentados en el lugar y la respectiva JAC.

En el expediente se evidencia que el 21 de septiembre de 1992, por medio de Resolución 2684, se le reconoció personería jurídica a la Junta de Acción Comunal de la vereda Jerusalén, en el municipio de Santander de Quilichao. Dicha JAC ejerce funciones en un territorio sobre el cual la comunidad indígena demandante alega tener jurisdicción.

En el año 2007, la comunidad se separó del Cabildo Indígena Canoas y decidió iniciar los trámites para la conformación de su propio resguardo, pero a la fecha no ha sido posible. No obstante, el 7 de mayo de 2017, se llevó a cabo una reunión entre la autoridad tradicional indígena y la directiva de la Junta de Acción Comunal de la vereda Jerusalén, en la que se le solicitó a esta última que renunciara y notificara su decisión a la alcaldía del municipio.

La comunidad demandante solicitó la disolución de la junta, dado que esta última ha adelantado distintas acciones como construcciones y actividades dentro del territorio indígena y ha tratado de interferir en la educación del pueblo y en los recursos que deben ser dirigidos a dicha población.

En consecuencia, señaló la accionante que, desde junio de 2017, ha presentado múltiples escritos dirigidos a la alcaldía del municipio, a la promotora de juntas de acción comunal, a la personera municipal y al Ministerio del Interior, entre otras entidades, en los que solicita la disolución de la JAC, pero siempre ha obtenido respuesta negativa.

La Alcaldía Municipal de Santander de Quilichao, al responder la demanda de tutela, alegó no haber vulnerado derecho fundamental alguno. Por su parte, la Gobernación del Departamento del Cauca señaló que a la Junta de Acción Comunal de la vereda Jerusalén se le reconoció personería jurídica mediante de Resolución No. 2684 del 21 de septiembre de 1992, por haber reunido los requisitos legales para ello. Por tanto, indicó que esta última lleva más de 25 años en funcionamiento y actualmente se encuentra en ejercicio, pues el 24 de abril de 2016, de conformidad con la Ley 743 de 2002, se eligió a sus dignatarios, los cuales fueron inscritos por medio de la Resolución 416 del 31 de mayo de 2016. Resaltó a su vez, que la junta se da sus propios estatutos, por lo que no es posible para la administración departamental ordenar su disolución.

De otro lado, la Junta de Acción Comunal de la vereda Jerusalén adujo que el consejo de cabildos Páez Jerusalén no es una entidad reconocida por la comunidad como autoridad tradicional y tampoco se encuentra registrado en el Ministerio del Interior, razón por la cual carece de legitimidad para tomar vocería en representación de la población de la vereda.

Afirmó a su vez que, en la asamblea general de la vereda que se llevó a cabo el 16 de febrero de 2018, con el acompañamiento del Cabildo Indígena Canoas, se resolvió no reconocer al consejo de cabildos Páez Jerusalén, decisión que se le notificó al Ministerio del Interior. En consecuencia, señaló que cualquier pretensión de dicho consejo debía ser consultada a la comunidad.

También, manifestó que lo pretendido por la actora se encamina a la protección de sus propios intereses y no los de la comunidad de la vereda, pues lo que se pretende es imponer un *cabildo de papel* sin el consentimiento de la población.

Finalmente, la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior manifestó que al realizar un análisis de las normas sobre la materia, las juntas de acción comunal no cuentan con el potencial para afectar a las comunidades indígenas, puesto que estas últimas no desarrollan explotación de recursos naturales, ni se logró advertir actividades que de manera alguna limitaran las tradiciones y costumbres de la población.

No obstante, en sede de revisión la entidad informó que se realizó una reunión con las autoridades de la población demandante y el gobernador del resguardo Canoas en abril de 2016, a fin de escuchar y aclarar la problemática que se presentaba entre los dos grupos, al igual que conocer las circunstancias que llevaron a la solicitud de registro de la comunidad Jerusalén de personas que pertenecen al mencionado resguardo.

Posteriormente, entre septiembre de 2016 y abril de 2017, se dio inicio a la fase de campo del estudio etnológico, el cual fue apoyado por la comunidad Páez Jerusalén y quienes garantizaron la participación de la población en las respectivas reuniones con las familias de la comunidad.

Sin embargo, luego de consolidado el estudio, la adopción de una decisión al respecto tuvo que ser suspendida, puesto que el presidente de la JAC de la vereda Jerusalén presentó un escrito ante el ministerio mediante el cual, entre otras, señaló que la mencionada vereda no deseaba hacer parte del cabildo Páez Jerusalén.

Procedencia de la acción de tutela

Así, de las circunstancias fácticas anotadas, se advierte que, en primer lugar el caso bajo estudio cumple con los requisitos de procedencia de la acción de tutela, toda vez que: (i) de conformidad con las pruebas allegadas al expediente, se advierte que Ana Silvia Secue Pequi fue posesionada como gobernadora del cabildo indígena demandante el 31 de diciembre de 2017, razón por la cual se encuentra legitimada en la causa por activa para presentar la demanda

constitucional y; (ii) las partes accionadas son entidades públicas por lo que se acredita la legitimación en la causa por pasiva.

En relación con el requisito de inmediatez, si bien se podría pensar que este no se cumple debido a que, en principio, lo que se pretende es la disolución de una junta de acción comunal que fue creada en 1992 y renovada en el año 2016, lo cierto es que, como se expondrá más adelante, el problema puede derivarse de la transición en la que se encuentra la comunidad demandante por razón de la separación del cabildo en el que se encontraban, la imposibilidad de establecer un acuerdo respecto de quiénes hacen parte del nuevo grupo étnico y la presencia de la junta de acción comunal en el territorio, incluso antes de la pretensión de reconocimiento del grupo étnico demandante. Tal situación es actual, dado que los problemas se vienen presentando sin que hasta la fecha hayan tenido solución. Bajo ese orden, se advierte que la acción de tutela fue presentada en un lapso razonable y, en consecuencia, se cumple con el requisito de inmediatez.

Ahora, en lo que tiene que ver con la subsidiariedad, se podría afirmar que, dado que la pretensión de la actora se dirige a la disolución de la junta de acción comunal constituida y renovada por medio de sendos actos administrativos, la tutela se torna improcedente puesto que se debe acudir a la acción de nulidad y restablecimiento y solicitar la suspensión provisional de las resoluciones atacadas. Lo anterior, si se tiene en cuenta, a su vez, que el artículo 46 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo establece que, en aquellos casos en los que se obvie el requisito de consulta previa en la adopción de una decisión administrativa, esta se considera nula.

Sin embargo, como se expuso previamente, el asunto a tratar en este caso va más allá de la controversia sobre los actos que constituyen y renuevan la junta de acción comunal, pues existen conflictos que se presentan entre los grupos étnicos que habitan en el sector y la JAC que ejerce sus funciones allí, la cual, incluso, podría estar conformada por miembros de dichas comunidades. En consecuencia, la acción de nulidad y restablecimiento del derecho no sería el mecanismo idóneo para resolver el caso y no se advierte otro medio judicial que permita proteger los derechos de las comunidades involucradas. Así, se entiende que la tutela, en esta oportunidad, es procedente al cumplirse el requisito de subsidiariedad.

Análisis de fondo

Según se expuso en la parte considerativa de la sentencia, el hecho de permitir la constitución de formas de organización y administración dentro de una comunidad indígena atenta contra sus derechos a la autonomía y libertad de desarrollo, entre otros, pues a estas últimas se les debe brindar la garantía de poder regirse con base en sus propias estructuras sociales, de conformidad con sus tradiciones y costumbres.

Aunado a ello, según el marco legal que desarrolla lo relacionado con las juntas de acción comunal, se advierte que existe una alta probabilidad de que estas

interfieran con las autoridades indígenas dado que, al observar los objetivos establecidos en la ley que las regula, estas pueden llevar a cabo procesos productivos, desarrollar planes, programas y proyectos; constituir empresas para financiar lo anterior e incluso concretar mecanismos que permitan la democracia participativa.

De lo anterior, se advierte que el funcionamiento de las juntas de acción comunal en comunidades indígenas puede crear una posibilidad real de interferencia con las estructuras políticas y sociales dentro de un grupo étnico, pues como lo ha resaltado la jurisprudencia, no necesariamente los objetivos de la junta y de las autoridades indígenas se guían por los mismos parámetros³⁹. Por tanto, resulta necesario, como se expuso anteriormente, que sean las autoridades respectivas las que decidan sobre la conveniencia del funcionamiento de las juntas en su territorio, para de esta manera armonizar los proyectos, tanto de la población como de la entidad señalada.

En efecto, en sentencia T-513 de 2012, al analizar un caso similar al que en esta oportunidad se estudia, la Corte manifestó que no se puede hablar de una incompatibilidad *per se* entre autoridades indígenas y juntas de acción comunal que operan en un mismo territorio. No obstante, se puso de presente que existía una gran probabilidad de que las funciones de dicha entidad interfirieran con las determinaciones de quienes gobiernan las comunidades étnicas, por lo que se puede identificar un riesgo latente de estos pueblos cuando ambas formas de organización se encuentren actuando en un mismo lugar.

En igual sentido, se considera relevante mencionar que en el asunto estudiado en la señalada sentencia, la junta de acción comunal que se cuestionaba también había sido constituida antes de la creación del resguardo indígena que en su momento alegaba la vulneración de sus derechos, por la presencia en la zona de la junta. Al respecto la Corte sostuvo que:

“La creación del resguardo aportó un marco espacial dentro del cual se desarrollaría el principio de autonomía organizativa de la comunidad indígena y, por consiguiente, determinó el momento a partir del cual no se podía por parte de autoridad o particular alguno entender que al interior de dicho territorio se mantenía incólume la aplicación de las leyes generales del Estado colombiano. La creación del resguardo implica la excepción de algunas normas del ordenamiento jurídico general colombiano en dicho territorio, en favor de las normas y actuaciones de las autoridades tradicionales de la comunidad –todo esto en aplicación de los artículos 7, 329 y 330 de la Constitución-; regla general que, sin embargo, no se aplicará en aquellos casos en que las normas de la comunidad indígena se enfrenten a otras que se entiendan como aplicación concreta de un interés de mayor peso que el principio de diversidad étnica y cultural –Artículo 7 de la Constitución-“.

³⁹ Al respecto, ver sentencia T-513 de 2012.

Ahora, se observa que, a pesar en el caso bajo estudio aún no se ha llevado a cabo la constitución del resguardo, se podría afirmar que en virtud del principio de identidad cultural y la prevalencia del criterio subjetivo en este tipo de situaciones, a los accionantes se les debe respetar sus derechos como indígenas. En efecto, no habría lugar a duda de que los miembros de la comunidad demandante se identifican como tales, puesto que de hecho pertenecían a un cabildo ya reconocido.

A su vez, es pertinente resaltar que la consulta previa procede siempre que exista la posibilidad de afectación directa, es decir, un impacto negativo sobre condiciones sociales, económicas, ambientales o culturales que constituyen la base de la cohesión social de las comunidades étnicas y, en este caso, es claro que permitir el funcionamiento de una autoridad diferente a la de la población étnica constituye una afectación grave a las formas y usos propios del Cabildo Páez y por tanto, es un asunto que debe ser consultado.

En ese orden, cabría señalar que las normas que sirven como fundamento para la creación y el funcionamiento de las juntas de acción comunal, dejan de ser aplicables dentro de una determinada comunidad y, por tanto, deben ser interpretadas en armonía con las formas de organización e intereses propios de la población étnica en cuestión, pues como se advirtió, estos prevalecen en el ordenamiento en relación con el derecho de asociación.

Sin embargo, en este caso, la Sala echa de menos elementos muy importantes y sin los cuales no es posible acceder a lo pretendido en esta oportunidad por la comunidad demandante. Por ejemplo, no se tiene certeza sobre el lugar de asentamiento del grupo accionante, circunstancia que se torna más compleja si se tiene en cuenta que en la vereda habita otro cabildo que, en principio, avala el funcionamiento de la junta de acción comunal en cuestión. En efecto, según lo allegado al expediente, se puede inferir que al menos parte de la junta de acción comunal está conformada por indígenas; de hecho, se advierte que la accionante hasta el 2017 hizo parte de la misma⁴⁰.

De otro lado, si bien la demandante identifica al grupo que representa como independiente del Cabildo Canoas, lo cierto es que aún persiste un conflicto entre ambos y también con algunos miembros de la población indígena que habita la zona, que quieren hacer parte y al parecer validan la presencia de la JAC en el territorio. También, se advierte que como consecuencia de dicha problemática, el cabildo mencionado no quiere reconocer a los demandantes como autoridad en el lugar. En esa medida, la Sala considera que es probable que la decisión de amparar los derechos alegados en esta oportunidad, pueda afectar las garantías de la comunidad en general, que se asienta en la zona.

Así, es claro que en el lugar se presentan sendos inconvenientes que interfieren con la protección de los accionantes, circunstancia que, según se advierte, se origina no solo en el conflicto que existe entre estos y su anterior cabildo, sino

⁴⁰ Folios 94 a 128, cuaderno 2.

a su vez, en la falta de diligencia por parte del ministerio de resolver este asunto del cual tiene conocimiento desde el año 2015.

En relación con esto último, se reitera que la Corte ha sido clara en señalar que las controversias que se presentan dentro de las comunidades étnicas deben ser resueltas por estas mismas, en pro de su autonomía y libre determinación. Sin embargo, en caso de que ello no sea posible, las autoridades estatales competentes pueden intervenir, en principio, como mediadores o, en su defecto, adoptar las medidas necesarias para dar solución al conflicto que se presenta, pues debe prevalecer el amparo de los derechos fundamentales de dichos pueblos.

En consecuencia, es evidente que el ministerio desconoció los mencionados deberes al respecto, pues a pesar de tener conocimiento del conflicto que existe en el lugar hace más de 3 años, ha faltado a su obligación de acudir a distintas alternativas para que este sea resuelto conforme a las leyes y jurisprudencia sobre la materia y de esa manera proteger los derechos de la comunidad en general que habita en el sector.

Además, si bien en un primer momento se reunió con las partes en conflicto para tratar de resolver la controversia, lo cierto es que esta continua y ha tenido impacto en derechos como la supervivencia, autonomía e identidad de los indígenas que habitan en el lugar, pues se ven expuestos a injerencias de terceros y estructuras administrativas ajenas a sus costumbres y formas políticas que, según lo establece la ley, deben contar con su autorización para ejercer sus funciones en el territorio que el grupo habita.

Así las cosas, la Sala considera pertinente que sea la misma comunidad la que resuelva la controversia que se viene presentando desde hace varios años, sin imposiciones de una autoridad externa. Bajo ese orden, se entiende que es riesgoso emitir una orden o proceder al amparo, porque la decisión puede afectar también la autonomía e independencia de los indígenas asentados en la vereda.

Tal proceder es el apropiado pues, de lo contrario, se estarían pasando por alto las costumbres y usos de las partes que se encuentran en conflicto, afectando sus normas propias, sus tradiciones y forma de ver el mundo, poniendo en peligro su autonomía y supervivencia.

De hecho, en ocasiones anteriores así lo ha reconocido esta Corporación, al señalar que la intromisión de agentes externos en conflictos generados dentro de una comunidad indígena puede generar mayores problemas que soluciones, advirtiendo que *“lo cierto es que la intervención externa no ha sido útil para resolver la disputa surgida dentro del resguardo. La división y los conflictos se mantienen. Cada uno de los grupos ha continuado eligiendo su cabildo, a pesar de las sentencias dictadas.”*⁴¹

⁴¹ Sentencia T-1253 de 2008.

De igual manera, es preciso aclarar que el papel de las entidades estatales debe ser el de velar por el respeto de los derechos fundamentales de estas comunidades. Su rol será entonces el de mediadores, pero nunca podrán intervenir o tener alguna injerencia en el proceso, pues la intromisión de un agente externo puede obstaculizar la efectiva solución del conflicto que se presenta, vulnerando la autonomía y principio de buena fe que debe cobijar el respectivo proceso.

En consecuencia, como se advirtió en líneas anteriores, al no tener claro la situación que se presenta en el lugar y que una decisión al respecto puede interferir en la resolución del conflicto en la zona, pues se podrían afectar los derechos de los demás indígenas que se encuentran habitando la vereda, la Sala negará el amparo pretendido, con el fin de que prevalezca la unidad de las poblaciones étnicas, materializada en la resolución de sus propios conflictos. Lo anterior, en vista de que una determinación contraria se puede tornar en una actuación que afecta directamente su derecho a la autodeterminación.

Ahora bien, en vista de que la Dirección de Asuntos Indígenas, ROM y Minorías del Ministerio del Interior se encuentra adelantando un proceso en el que, según se expuso, se pretendía escuchar y aclarar la problemática que se presentaba en la comunidad, al igual que conocer las circunstancias que llevaron a la solicitud de registro del Cabildo Jerusalén, se considera pertinente que, en el marco de dicho trámite, también se incluya el asunto estudiado por la Sala en esta oportunidad, a saber, el funcionamiento de la junta de acción comunal de la vereda Jerusalén en el territorio en el que habitan. Esto, a fin de que la entidad, de acuerdo con sus funciones, sirva de mediador en el conflicto que existe, para que sean los miembros de la comunidad quienes arriben a una solución atendiendo a sus usos y costumbres.

Lo anterior toda vez que, de lo expuesto, es evidente que el proceso que adelanta actualmente el ministerio guarda estrecha relación con el que en esta oportunidad estudia la Sala. Esto permitiría lograr la resolución del conflicto de manera coherente con una visión amplia del asunto y que aborde todos los posibles aspectos necesarios para brindar solución a la problemática, respetando los derechos fundamentales, en especial la autodeterminación, de la comunidad indígena en general.

V. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado 1° Civil del Circuito de Santander de Quilichao, el 22 de mayo de 2018, que a su turno confirmó la dictada por el Juzgado 2° Civil Municipal del mismo lugar, el 16 de

abril de 2018, dentro del proceso de tutela promovido por Ana Silvia Secue Pequi, gobernadora y representante legal del cabildo indígena “Consejo-Cabildo Páez (Nasa Nejuesh) Jerusalén (Kiwe Wat Fi’nzeni) Yatsaca Pjeuñ U’wajas Yakñisa y contra la Secretaría Jurídica de la Gobernación del Cauca y la Alcaldía Municipal de Santander de Quilichao.

SEGUNDO.- ORDENAR a la Dirección de Asuntos para Comunidades Indígenas, Minorías y ROM que, en el marco del trámite que actualmente se encuentra en curso, incluya dentro de los asuntos a ser considerados el funcionamiento de la Junta de Acción Comunal de la vereda Jerusalén y; cuáles son las afectaciones directas que, en principio, son consecuencia del funcionamiento de la JAC de la vereda Jerusalén. Lo anterior, sumado a los demás aspectos que las partes quieran abordar.

Dicho trámite se llevará a cabo con la debida diligencia que el caso amerita, dentro de los seis (6) meses contados a partir de la notificación de esta providencia y respetando las costumbres, cosmovisión, tradiciones, autonomía y cultura de los indígenas que habitan el lugar, asegurando que serán escuchados por igual.

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

Cópiese, comuníquese, y cúmplase.

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO
Magistrado

GLORIA STELLA ORTIZ DELGADO
Magistrada

CRISTINA PARDO SCHLESINGER
Magistrada

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ
Secretaria General