

LITIGIO ESTRATÉGICO INTEGRAL
EN DEFENSA DEL DERECHO FUNDAMENTAL AL
TERRITORIO



LITIGIO ESTRATÉGICO INTEGRAL EN DEFENSA DEL DERECHO FUNDAMENTAL AL **TERRITORIO**



LAWYERS WITHOUT BORDERS
AVOCATS SANS FRONTIERES
ABOGADOS SIN FRONTERAS
Canada



CONSEJERIAS DE LA ONIC

LUIS FERNANDO ARIAS	Consejero Mayor
JUVENTAL ARRIETA	Consejero Secretario General
DORA TAVERA	Consejera de Planeación, Administración y Finanzas
ARELIS MARIA URIANA	Consejera de Mujer, Familia y Generación
ALEXANDER DORA DORA	Consejero de Derechos Humanos
ALBERTO WASORNA	Consejero de Territorio, Recursos Naturales y Biodiversidad
ALVARO PIRANGA CRUZ	Consejero de Sistemas de Investigación, Información y Comunicaciones

Agradecimientos a los colaboradores en la redacción

Andrea Martalo y José Luis Quiroga

Fotografía

Laura Victoria Rivas

Diana Torres

Canada

"Esta publicación ha sido elaborada gracias al apoyo del gobierno de Canadá. El contenido de esta publicación es de sola responsabilidad de Abogados sin fronteras Canadá y de la Organización Nacional Indígena de Colombia, y no refleja necesariamente la posición del gobierno canadiense".



COLOMBIA - FEBRERO - 2013

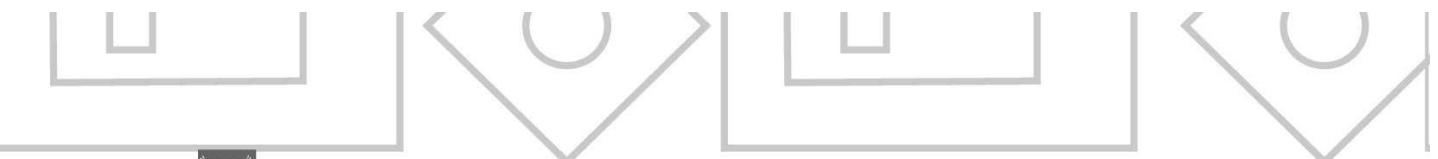
2

Diseño editorial
ecosueño
www.ecosuenopublicidad.com



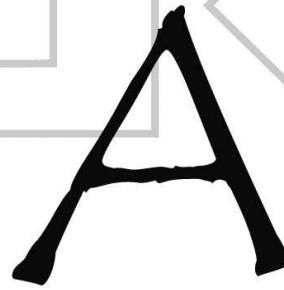
Contenido

A. INTRODUCCIÓN	5
B. OBJETIVOS	7
C. MARCO TEÓRICO DEL LITIGIO ESTRATÉGICO INTEGRAL	9
D. ANTECEDENTES	11
i) ALCANCE DEL DERECHO FUNDAMENTAL AL TERRITORIO	11
ii) PRIORIZACIÓN DE REGIONES EN EL MARCO DE LA IMPLEMENTACIÓN DEL LITIGIO ESTRATÉGICO	12
E. LA CONSOLIDACIÓN DE UNA LÍNEA JURISPRUDENCIAL QUE RECONOCE EL DERECHO FUNDAMENTAL AL TERRITORIO.	13
a. CASO EYAKERÁ (UNGUÍA - CHOCÓ)	14
b. CASO AWALIBÁ (PUERTO GAITÁN - META)	14
c. CASO ARIZONA CUPEPE (CUMARIBO - VICHADA)	15
d. AUTO DE DESACATO EMITIDO POR EL TRIBUNAL SUPERIOR DE QUIBDÓ EN EL CASO CHIDIMA Y PESCADITO. OFICIO 2263SG	15
e. DEMANDA DE CONSTITUCIONALIDAD LEY 1518 DE 2012, APROBATORIA DEL CONVENIO UPOV 91 (CONSULTA PREVIA Y TERRITORIO) CASO CAÑAMOMO Y LOMAPRIETA (RIOSUCIO-CALDAS)	18
F. ARGUMENTOS JURÍDICOS GENERICOS	19
G. RATIOS DECENDI (fundamento de derecho principal)	29
H. CONCLUSIONES	32



(Febrero, 2013). Resguardo Issa Oristuna, Sabanas de San Ángel, Magdalena. Un mayor del pueblo Ette-Ennaka participa en un proceso de formación para el fortalecimiento del gobierno propio del pueblo Ette, donde se reconoce la consulta previa, libre e informada como un derecho fundamental que permite salvaguardar el derecho al territorio





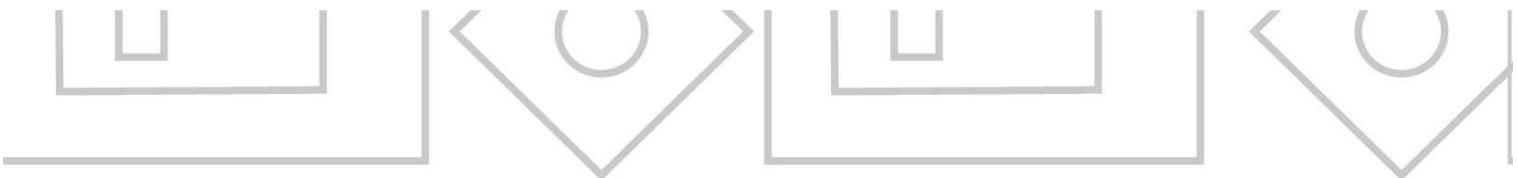
Introducción



En el marco de los tres años del proyecto “Fortalecimiento del acceso a la justicia de los pueblos indígenas y otras víctimas del conflicto”, la Organización Nacional Indígena de Colombia (ONIC), con el apoyo de Abogados sin fronteras Canadá (ASFC), potencializó su capacidad de auto representación en el ejercicio del litigio en pro de la defensa de los derechos territoriales de los pueblos indígenas. Aun más, inició una estrategia jurídica encaminada a la consolidación de una línea jurisprudencial, a través de la cual se reconozca, por parte de los operadores jurídicos, el goce efectivo del Derecho fundamental al Territorio, de acuerdo a lo establecido por los tribunales nacionales, internacionales y organizaciones multilaterales. El trabajo conjunto de las dos organizaciones ha determinado que para que sea estratégico, el litigio debe concebirse de forma integral, es decir que no se agota en la presentación de acciones jurídicas sino que se refuerza con acciones culturales y políticas, entre otras, propuestas por los mismos pueblos indígenas en el marco de sus acciones de exigibilidad de derechos. Teniendo en cuenta lo anterior, la base de la reivindicación del movimiento indígena reside en sus derechos territoriales, entendidos éstos como la reafirmación de la identidad de los miembros de un pueblo indígena a través de sus prácticas ancestrales, tanto materiales como inmateriales, en donde posibilitan su pervivencia y permanencia dentro de un estado intercultural. A su vez, los derechos humanos, fundamentales y constitucionales de los pueblos indígenas se potencializan a través del ejercicio del Gobierno propio, siendo éste el mecanismo principal mediante el cual los pueblos desarrollan la especial conexión que tienen con su territorio. Es decir, entre los derechos territoriales y el gobierno propio existe una relación dependiente, en la cual la existencia de uno posibilita el desarrollo del otro.

No obstante, en Colombia existen una serie de obstáculos que imposibilitan tanto el goce efectivo de los derechos territoriales, como el ejercicio del gobierno propio de los pueblos indígenas, fenómeno que conlleva al riesgo de extinción física y cultural de los indígenas. En ese sentido, el fortalecimiento del gobierno propio de los pueblos indígenas no puede ser abordado sin superar los obstáculos diagnosticados en materia territorial. Para tal efecto, las herramientas jurídicas constitucionales y administrativas, tanto a nivel nacional como internacional, constituyen una primera fuente para la defensa territorial de los pueblos indígenas colombianos y, en consecuencia, de su gobierno propio.

¹ Con respecto a este punto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (IDH) emitió un informe en diciembre de 2010, en donde da cuenta de la relevancia de la conexión entre el territorio y los pueblos indígenas y tribales. Este informe se constituye en un instrumento fundamental para la defensa territorial y puede considerarse como parte del bloque de constitucionalidad, en tanto recoge decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (IDH) y recomendaciones de la Comisión. CIDH. Informe anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 2010. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 5, corr. 1, de 7 de marzo de 2011, cap. IV, numeral 6, pp. 402 – 407.



La estrategia de litigio que ha sido desarrollada por la ONIC con el apoyo de ASFC busca, en primer lugar, fortalecer el Gobierno Propio, dándole un espacio de relevancia que debe tenerse en cuenta a la hora de establecer una defensa jurídica territorial. En este sentido, la articulación de este proyecto basado en la cooperación entre la Consejería de Territorio, Recursos Naturales y Biodiversidad de la ONIC y ASFC, se dio a través de una serie de mecanismos jurídicos que, en coordinación con las organizaciones, pueblos y comunidades indígenas, permitió avanzar en una sólida propuesta de defensa territorial. Esto, en aras de garantizar los derechos vulnerados en el marco de una exclusión social estructural que favorece la violación y el desconocimiento sistemático de los derechos de los pueblos indígenas.

El presente documento tiene como objetivo principal resumir las experiencias exitosas de avances jurisprudenciales en relación con el Derecho Fundamental al Territorio. Estas experiencias están enmarcadas en la implementación de la estrategia de litigio que se ha desarrollado durante el proyecto conjunto de ONIC y ASFC. Con base en lo anterior, pretendemos brindar un conjunto de insumos y herramientas jurídicas que las autoridades y líderes indígenas pueden utilizar para la elaboración de acciones jurídicas que tengan la vocación de alcanzar la reivindicación de los derechos de los pueblos indígenas.

Este documento se divide en seis partes. En la primera se delimitan algunos lineamientos y conceptos que se han constituido como la base de la planeación y del desarrollo de la estrategia de litigio en materia de defensa del derecho al Territorio. En la segunda parte se presentan, de forma más detallada, los objetivos del presente documento. La tercera sección está dedicada a los antecedentes, es decir las acciones jurídicas adelantadas por ONIC, con el apoyo de ASFC, o acciones presentadas por organizaciones regionales coadyuvadas en el trámite por ONIC. En específico, se hacen algunas precisiones con respecto al derecho fundamental al Territorio y se presentan algunos factores objetivos para la priorización de pueblos y comunidades indígenas en el país. En la cuarta parte, se presentan los seis casos que en el marco del proyecto han permitido consolidar una línea jurisprudencial favorable al derecho al territorio y al derecho a la consulta previa en territorios ancestrales no reconocidos. Sucesivamente, se resumen los argumentos jurídicos que se han utilizado en las acciones jurídicas que se han adelantado ante jueces y tribunales. Finalmente se enlistan las ratios decidendi, es decir los fundamentos jurídicos principales que ha expresado en sus sentencias la Corte Constitucional para tutelar los derechos territoriales de los pueblos indígenas y que a la vez tienen la calidad de ser principios vinculantes para los jueces en otros procesos judiciales, siempre y cuando se trate de hechos y situaciones similares.





Objetivos



Brindar insumos y herramientas jurídicas a las autoridades, líderes y abogados indígenas para la elaboración de acciones jurídicas que tengan la vocación de ser exitosas en la reivindicación del derecho fundamental al Territorio y el derecho fundamental a la Consulta Previa en territorio ancestral, frente a la adjudicación a terceros.



Fijar unos criterios mínimos de identificación de casos potenciales que se adecuen con los presupuestos fácticos de la línea jurisprudencial que se está consolidando en materia del derecho fundamental a la Consulta Previa en territorio ancestral frente a la adjudicación a terceros.



Visibilizar las experiencias exitosas en las zonas priorizadas de atención de ONIC que en el ejercicio del litigio estratégico se han ido consolidando como línea jurisprudencial, para unos presupuestos fácticos determinados. Éstas pueden ser muy útiles para otras acciones jurídicas que reivindiquen el Derecho fundamental a la Consulta Previa con base en el reconocimiento del territorio ancestral.





(Febrero, 2013). Resguardo Issa Oristuna, Sabanas de San Ángel, Magdalena.
Uno de los líderes indígenas del pueblo Ette-Ennaka expone cómo el territorio de su pueblo está "embotellado" a causa de que su resguardo se encuentra rodeado de fincas de terratenientes que le impide a la comunidad salir y entrar libremente.



Marco teórico del litigio estratégico integral

E

l litigio estratégico en defensa del derecho al territorio de los pueblos indígenas ha sido el principal eje del trabajo conjunto llevado a cabo por ONIC y ASFC en el marco del proyecto “Fortalecimiento del acceso a la justicia de los pueblos indígenas y otras víctimas del conflicto”.

El concepto de litigio estratégico integral no tiene una definición unitaria en el ámbito internacional y nacional. En líneas generales, esta metodología consiste en la identificación, socialización, judicialización y seguimiento de casos emblemáticos de graves violaciones de derechos humanos con el fin de lograr un cambio estructural en las políticas públicas, la legislación y la sociedad civil de un determinado Estado o ámbito internacional. En otras palabras, se trata de abordar una problemática específica con un enfoque integral para lograr soluciones que tengan un alto impacto y sean sostenibles.

Uno de los aspectos más importantes y, al mismo tiempo, problemáticos de la planeación de una estrategia integral de litigio es la identificación de los casos a los cuales se decide dar seguimiento en cuanto considerados como emblemáticos. Sobre todo en contextos donde

las violaciones de los derechos humanos son registradas de manera masiva y generalizada, resulta imposible para cualquier organización u operador jurídico tener la ambición de dar seguimiento de manera exitosa a todos los casos de violaciones que vienen reportados. Por esa razón la identificación de casos emblemáticos es una valiosa herramienta para alcanzar una mayor eficiencia y eficacia en término de resultado. En este sentido es importante subrayar que la priorización de un determinado caso o de un grupo de casos no se lleva a cabo de forma discrecional. En específico, antes de identificar un caso como emblemático, se deben definir los objetivos generales y específicos que la organización u operador jurídico quiere alcanzar a través del litigio estratégico, que cambios se quieren lograr, que instrumentos es mejor utilizar y que obstáculos se pueden encontrar. Además, es necesario llevar a cabo un análisis profundo del contexto inicial, de las situaciones específicas a las que se quiere dar seguimiento y del potencial que hay de obtener un resultado que pueda generar cambios estructurales al contexto jurídico y socio-político inicial. Solamente si se cumplen con todos estos presupuestos se puede lograr una identificación de casos que tengan un valor emblemático y potencialmente de alto impacto y sostenible.

Sin embargo, todas las actividades que se cumplen en el marco de la estrategia de litigio no son solamente de naturaleza jurídica. Como ya se ha destacado anteriormente, para ser considerado integral, el litigio estratégico tiene que tener un enfoque multisectorial y prever acciones que van más allá de la judicialización del caso. Esto comporta que por un lado se lleve el caso a la atención de cortes y tribunales nacionales e internacionales y, por otro lado, se realice un trabajo de incidencia política con el objetivo de catalizar la atención de instituciones públicas y sociedad civil alrededor de la problemáticas que están a la base del litigio.

ONIC Y ASFC entienden el litigio estratégico en materia de defensa del derecho al territorio como un mecanismo para llevar adelante, ante los tribunales nacionales e internacionales casos emblemáticos con el fin de influenciar y/o cambiar la jurisprudencia de manera favorable para la reivindicación de dicho derecho. En otras palabras, más que la defensa del simple caso que se lleva ante la administración de justicia, lo que se busca es la identificación de un proceso que permita la construcción de un precedente jurisprudencial y la consolidación de una línea interpretativa que facilite la exigibilidad de todos los derechos relacionados con el Territorio y la Consulta Previa.

Paralelamente a la actividad de naturaleza estrictamente judicial, se ha establecido una estrategia de incidencia política que ha tenido su núcleo en las siguientes acciones:

Visitas a los territorios que han sido el centro de los casos emblemáticos a los que se ha dado seguimiento.

Coordinación con organizaciones y autoridades de gobierno indígenas de orden regional y local según sea el caso.

Diálogo directo con instituciones públicas de orden nacional, departamental y municipal cuando exista necesidad de ello.

Socialización de las problemáticas objeto del litigio a nivel nacional e internacional por medio de comunicados de prensas y la organización de eventos públicos donde se convoca de manera formal a los líderes indígenas, organizaciones y autoridades gubernamentales.

Al lo largo de este documento, se analizará el trabajo conjunto que ONIC Y ASFC han llevado a cabo de forma conjunta en la construcción de una estrategia de litigio en materia de derecho al Territorio. En particular, se describe cómo se ha procedido en la identificación de las zonas del País priorizadas; los casos emblemáticos seleccionados y, finalmente, se resumirán los principales logros alcanzados en el marco del proyecto.



Antecedentes

A continuación se presentarán los antecedentes a las acciones jurídicas adelantadas por ONIC o acompañadas durante su trámite, partiendo del derecho fundamental al Territorio como factor objetivo de priorización de pueblos y comunidades indígenas en el país.

i) ALCANCE DEL DERECHO FUNDAMENTAL AL TERRITORIO.

Siendo el Derecho al Territorio inherente a la concepción de Derecho Propio de los Pueblos indígenas; las intervenciones o alteraciones que se hagan de este atentan contra la Ley de origen, el Derecho Mayor y el Derecho Propio, así como, al bloque de constitucionalidad, es decir, tratados y declaraciones internacionales, sentencias nacionales e internacionales sobre derechos humanos, pronunciamientos de órganos de control de una Organización internacional,² ejemplo de ello son las recomendaciones del Comité de Expertos en Aplicación de Convenios Y Recomendaciones de la OIT e informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, entre otros. Las vulneraciones a los derechos territoriales impiden el desarrollo de la cultura, de la cotidianidad, atenta contra las estructuras gubernativas y, en general, con su permanencia y pervivencia. Es por esto que se hace necesario determinar cuáles son las dificultades estructurales que impiden un adecuado ejercicio del Derecho al Territorio de los Pueblos Indígenas en Colombia.

Existen un sin número de fenómenos que están en contradicción con los derechos ancestrales, humanos y constitucionales de los

pueblos indígenas, el más relevante es el conflicto armado colombiano y el despojo territorial, los cuales causan afectaciones a diferentes niveles.

Al respecto, en Auto de seguimiento 004 de 2009, la Corte Constitucional señaló que:

Ha identificado claramente una serie de factores comunes, que constituyen los troncos principales de la confrontación que se cierne sobre los pueblos indígenas del país, y que dependiendo del contexto geográfico, socioeconómico y cultural del cual se trate, se entrelazarán de manera distinta sobre cada comunidad en particular. Estos factores se agrupan en tres categorías principales: (1) las confrontaciones que se desenvuelven en territorios indígenas entre los actores armados, sin involucrar activamente a las comunidades indígenas y sus miembros, pero afectándolos en forma directa y manifiesta; (2) los procesos bélicos que involucran activamente a los pueblos y comunidades indígenas, y a sus miembros individuales, en el conflicto armado; y (3) los procesos territoriales y socioeconómicos conexos al conflicto armado interno que afectan sus territorios tradicionales y sus culturas. A su vez, estos factores operan sobre la base de una serie de procesos territoriales y socioeconómicos que, sin tener relación directa con el conflicto armado, resultan exacerbados o intensificados por causa de la guerra.

² En virtud de la sentencia de la Corte Constitucional colombiana, T-568/99, de 10 de agosto de 1999, M.P. Carlos Gaviria Díaz [en línea]. Disponible en: <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1999/T-568-99.htm>

ii) PRIORIZACIÓN DE REGIONES EN EL MARCO DE LA IMPLEMENTACIÓN DEL LITIGIO ESTRATÉGICO

La Autoridad Nacional de Gobierno Indígena de la ONIC, en aras de “garantizar el acceso real y efectivo de los pueblos indígenas a los mecanismos nacionales e internacionales de justicia, mediante la presentación, análisis, defensa y seguimiento de casos que violen los derechos de los pueblos indígenas en Colombia”³, ha estado trabajando en todo el territorio nacional en pro de la visibilización, diagnóstico y tratamiento de casos donde se han vulnerado los derechos territoriales de los Pueblos Indígenas. Sin embargo ante la imposibilidad material de hacer presencia permanente en todas las comunidades indígenas colombianas, acordó priorizar la región Orinoquia y el Darién chocoano⁴ con el ánimo de hacer acompañamiento y acciones jurídicas. En el marco de esta apuesta se generaron vínculos con los abogados y defensores de DDHH de estas regiones. Por último la Organi-

zación Nacional Indígena de Colombia también tiene dentro de sus potenciales acciones llevar a cabo, en todo el territorio nacional, la representación de los pueblos y comunidades indígenas o la coadyuvancia (*amicus*) que lleven a nombre propio las organizaciones regionales, en todos aquellos litigios jurídicos, que revisten mucha importancia para la defensa de los derechos territoriales y fundamentales de los indígenas y que eventualmente las decisiones de estos puedan constituirse como precedentes jurisprudenciales.

Cabe hacer hincapié en que el ejercicio político, como se dijo anteriormente, es vital en el trabajo de las zonas priorizadas. Esto se traduce en la incidencia que en espacios nacionales ha desarrollado la ONIC en pro de la defensa de los derechos territoriales, espacios como la Comisión Nacional de Territorios Indígena, Mesa Permanente de Concertación, Concejos Municipales, y la Unidad de Restitución, entre otros.



³ Mandato de la Autoridad de Gobierno Indígena de la ONIC. Al respecto, ver VII y VIII Mandatos de la ONIC [en línea]. Disponible en:<http://cms.onic.org.co/>

⁴ La priorización obedeció a varios factores, como entre otros la prevalencia de la problemática del conflicto armado, una dinámica de despojo territorial, proyectos extractivos sin el ejercicio del Derecho fundamental a la Consulta Previa, la existencia o no de servicios ambientales, la ejecución de proyectos agro industriales sin la debida Consulta.



La consolidación de una línea jurisprudencial que reconoce el derecho fundamental al territorio

En este punto cabe resaltar los avances a los que se ha llegado con la estructuración de un precedente judicial, cada vez más sólido, del Derecho Fundamental al Territorio. I) Esto ha significado una mayor seguridad jurídica para las autoridades y líderes indígenas a la hora de acceder a la administración de justicia y exigir sus derechos fundamentales. II) Una mayor eficacia de los pronunciamientos judiciales, en cuanto los ejecutores de las órdenes (la mayoría de las veces el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural, INCODER) asumen el cum-

plimiento de las sentencias como el ejercicio de un Derecho fundamental, es decir el derecho al reconocimiento de la propiedad que los indígenas tienen sobre aquellos territorios que han habitado ancestralmente. III) Ha llevado a que las políticas del gobierno, representado en el INCODER, cambien en procura de procedimientos más expeditos, acordes a las necesidades de reconocimiento de derechos territoriales que tienen las comunidades y pueblos indígenas inmersos en el conflicto armado. Teniendo en cuenta lo anterior es deber resaltar que:

- La consolidación de la línea hizo necesario la identificación de un problema jurídico común a las zonas priorizadas. En genérico dicho problema se puede sintetizar en la siguiente pregunta ¿Es el Derecho al territorio de los pueblos indígenas un derecho fundamental susceptible de ser tutelado cuando el estado omite el reconocimiento de la propiedad sobre los territorios habitados ancestralmente por las comunidades indígenas? Este problema jurídico hace necesario varios presupuestos:
 - a. Que los pueblos indígenas sean los poseedores ancestrales del territorio. En otro caso se trataría de otros derechos los tutelables o argumentables para la revocatoria directa de resoluciones del INCORA o INCODER⁵
 - b. Que no exista reconocimiento formal parcial o total del territorio indígena por parte del Estado
 - c. Que existan solicitudes ante el Estado de reconocimiento, ya sea constitución, ampliación o saneamiento de resguardos indígenas. Opera de igual forma para resguardos de origen colonial y republicano.
 - d. Que dichas solicitudes tengan más de 8 años de haber sido presentadas, si aun no se ha realizado estudio socioeconómico. Si existe estudio socio económico, que desde hecha la solicitud hayan pasado más de 8 años o que hayan transcurrido más de 5 años desde la realización del estudio socioeconómico.

⁵ Si bien sólo el caso de Awaliba, de los que posteriormente serán descritos, incluye solicitudes de revocatorias directas de resoluciones de adjudicación de baldíos expedidas por el INCODER, cabe anotar que los argumentos jurídicos y ratio decidendi (fundamento de derecho principal) que se describirán para tutelas también le son aplicables a futuras y potenciales revocatorias directas

- Respecto al problema in genere distintos tribunales y Cortes se han pronunciado, a continuación la descripción de éstos.

a. CASO EYAKERA (UNGUÍA - CHOCÓ)

En este caso el pueblo Embera Katío del norte del Chocó ante la injustificada demora del INCODER en la titulación del territorio que ancestralmente han habitado, a través de la organización ASOREWA interpuso acción de tutela para que se proteja su derecho fundamental al Territorio, debido a que han pasado más de 15 años desde que se hizo la solicitud de constitución ante el INCORA actual INCODER, al momento no se había dado solución a la petición. Primera instancia denegó la petición del pueblo Embera. En sede de revisión la ONIC coadyuvó la acción cuyo fundamento jurídico fue ratificar los alcances del derecho al Territorio de los Pueblos Indígenas en el marco del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, vinculante para Colombia en virtud del

Bloque de Constitucionalidad. Así, se hizo hincapié en la relación cultural y espiritual de los Pueblos Indígenas con el Territorio como elemento de su cosmovisión, se recalcó la responsabilidad del Estado de garantizar y hacer efectivo del derecho al territorio y se mostraron algunas afectaciones para los Pueblos Indígenas derivadas del incumplimiento de tal obligación. La Corte constitucional se pronunció a través del fallo de acción de tutela T-433 de 2011, ordenó al INCODER que en un plazo determinado resuelva dicha solicitud teniendo en cuenta que los indígenas han habitado ancestralmente este territorio y que existe un grave riesgo de vulneración del Derecho fundamental al Territorio en razón a las frecuentes olas de colonizaciones que ha sufrido el Darién Chocoano.



b. CASO AWALIBA (PUERTO GAITÁN - META)

Se presentó al Tribunal Superior de Bogotá una tutela en contra del INCODER por la omisión de esta entidad frente a la revocatoria directa de tres resoluciones que adjudican a colonos, fraudulentamente, territorio ancestral Sikuani objeto de solicitudes de ampliación, en violación flagrante de los derechos de este pueblo. En casos similares anteriores en el mismo resguardo se habían revocado por parte del INCODER resoluciones que adjudicaban irregularmente terrenos propiedad ancestral de los pueblos indígenas desconociendo flagrantemente la imprescriptibilidad, inembargabilidad e inalienabilidad de estos. En las adjudicaciones

objeto de la acción de tutela, no existía razón constitucional o jurídica para la tardanza en declarar la invalidez de dichos actos administrativos por contrariar el ordenamiento jurídico superior. En especial el derecho fundamental al Territorio se veía vulnerado. Cabe recordar al territorio como sujeto y parte del pueblo indígena, su cosmovisión y parte inescindible de la vida cotidiana de los indígenas. Esta situación puede ser tutelable en razón a que desconoce lo establecido tanto por la Corte Constitucional y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia territorial



c. CASO ARIZONA CUPEPE (CUMARIBO – VICHADA)

Se presentó al Tribunal Superior de Bogotá, en primera instancia una tutela en contra del INCODER por la omisión de esta entidad frente a la titulación del resguardo Arizona Cupepe, territorio habitado ancestralmente por el pueblo Sikuani. Por otro lado la parcialidad indígena se encontraba ad portas de que se extendiera aun más el tiempo para la constitución del resguardo dado que en el estudio socio-económico realizado por INCODER en el año 2007 ya caducó. El fundamento jurídico de la acción es que el INCODER está violando flagrantemente los derechos del pueblo Sikuani, en especial el derecho al Territorio, sustento de su cosmovisión y del desarrollo de la vida cotidiana de los indígenas, esta violación está en contraposición de lo establecido tanto por la Corte Constitucional y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La acción de tutela también pretendió

blindar el territorio ante la andanada de solicitudes de titulación irregulares que se han presentado en los últimos meses y que en muchos casos tienen relación con la presencia de grupos paramilitares en la zona. Por último en sentencia de 10 de julio de 2012 el Tribunal reafirma el precedente existente en sentencia T-433 de 2011 en la cual la Corte Constitucional se refirió a las dilaciones injustificadas y los efectos que estas pueden tener sobre los pueblos cuando se trata de un trámite administrativo como el reconocimiento, por parte del estado, de los resguardos. Ante esto el tribunal observando lo que implica para la pervivencia del pueblo Sikuani de esta comunidad le da un plazo perentorio de 3 meses al INCODER para que titule ese territorio a la comunidad de Arizona-Cupepe. Actualmente se encuentra esta tutela en sede de revisión de la Corte Constitucional.



d. AUTO DE DESACATO EMITIDO POR EL TRIBUNAL SUPERIOR DE QUIBDÓ EN EL CASO CHIDIMA Y PESCADITO. OFICIO 2263SG

En este Oficio ONIC y ASOREWA argumentaron entre otras cosas el desconocimiento flagrante de lo ordenado por parte de varias instituciones (Ministerio del Interior alcaldía municipal) y las dilaciones injustificadas del INCODER en el cumplimiento de la sentencia anteriormente citada, junto con aportes probatorios de la continuación de las situaciones vulneradoras de los derechos de los pueblos indígenas. El Tribunal se pronunció frente al incumplimiento de las órdenes del fallo de tutela de la sentencia T-129 de 2011 y determina unos plazos perentorios para que se defina si hay lugar o no a la ampliación de los resguardos y el consecuencial englobe. También ordena a los superio-

res de la alcaldía municipal de Acandí y el Ministerio del Interior que inicien los respectivos procesos disciplinarios por el incumplimiento de las órdenes que les correspondían llevar a cabo. A través de este incidente el Tribunal aceptó los argumentos de los intervenientes en el sentido de que se siguen vulnerando los derechos de los pueblos indígenas a pesar de la sentencia de tutela, en cuanto las demoras en el reconocimiento de la propiedad de todo el territorio ancestral son en sí mismas violaciones al derecho fundamental, sin importar argumentos de tiempos burocráticos u otros argumentos esbozados por los demandados.





(Julio, 2012). Resguardo Cuti, Gilgal, Chocó. La señora María, indígena Embera-Eyabida, es una mayor con talento, bondadosa y con un carácter arrollador. Una mujer que conserva en sus ojos la historia de resistencia y lucha por conservar su territorio, pues cuando grupos armados ilegales ingresaron a su territorio, ella en compañía de otra mujer fueron las únicas que decidieron quedarse y no abandonar sus tambos, ni sus tierras.



e. DEMANDA DE CONSTITUCIONALIDAD LEY 1518 DE 2012, APROBATORIA DEL CONVENIO UPOV 91 (CONSULTA PREVIA Y TERRITORIO)

En el oficio presentado por ONIC, se pone de presente la importancia que tiene para los pueblos indígenas la conservación de sus semillas, de su soberanía, autonomía y seguridad alimentaria como derechos autónomos y como elementos que componen la integralidad del Derecho al Territorio. En contraposición con la regularización, privatización y promoción de la biopiratería que la industria (ya lo hace con los campesinos) haría de la agrodiversidad que los pueblos indígenas han mantenido milenariamente. Lo que buscaba este tratado era la restricción al uso tradicional y ancestral del territorio, restringiendo el uso de semillas nativas, lo que conlleva consigo la utilización de semillas trans-

génicas y el correspondiente pago de derechos por la supuesta “propiedad intelectual” de la obtención vegetal. Por último y no menos importante se argumentó que la ley aprobatoria del tratado en ningún momento fue consultada con los pueblos indígenas colombianos desconociendo el Convenio 169 de 1989 de la OIT obligatorio para Colombia e ignorando otras obligaciones del estado colombiano como la salvaguarda del conocimiento tradicional que ejercer sobre la diversidad biológica los pueblos indígenas (artículo 8j) Convenio sobre diversidad Biológica de Rio 92, entre otras. La Corte constitucional declaró la Ley 1518 de 2012 inexistente a través de sentencia C-1051 de 2012.



f. CAÑAMOMO Y LOMAPRIETA (RIOSUCIO - CALDAS)

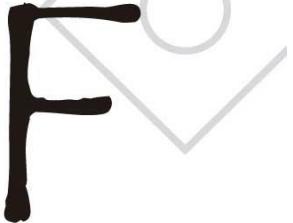
Derecho a la consulta previa del pueblo Embera Chami. Reforzando la línea jurisprudencial de la Corte Constitucional relativa a la obligación de realizar Consulta Previa a los Pueblos Indígenas para adoptar medidas administrativas, se realizó la intervención en la tutela relacionada con la instalación de una antena de telecomunicaciones que afecta al pueblo Embera Chami, en dicha tutela se busca salvaguardar el Derecho Fundamental a la Consulta Previa el cual fue desconocido por la alcaldía de Riosucio Caldas en razón a que la instalación de una antena de comunicaciones perteneciente a la empresa Comcel S.A. fue realizada sin iniciar el proceso de Consulta tal y como lo prevé el Bloque de Constitucionalidad desarrollado por el artículo 93 y contenido en el art. 6 numeral 1, literal A del Convenio 169 de la OIT que establece la obligación, de los estados que suscriben el tratado, a consultar a los grupos étnicos que habiten en sus territorios, “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”. Como resulta del análisis de los hechos de la demanda. En la sentencia T 698 de 2011 se salvaguardó los derechos de los pueblos indígenas y se determinó que si bien las antenas no se encontraban dentro de un resguardo indígena, constituido a través de resolución de INCORA o INCODER, SI estaban dentro del territorio ancestral del pueblo indígena Embera Chami, reconocido incluso en títulos de origen colonial, por lo que debía consultarse a los integrantes del resguardo sobre la instalación de estas. Al respecto dijo: cualquier acto, proyecto, obra, actividad o iniciativa que pretenda intervenir o tenga la potencialidad de afectar territorios habitados por comunidades étnicas debe agotar el mecanismo (Derecho Fundamental) de Consulta Previa, estableció también un plazo

perentorio para que se realice la consulta y para que se hagan los estudios y análisis pertinentes que puedan ayudar a determinar cuáles son los daños a la salud y el ambiente que podrían ocasionar las ondas electromagnéticas de las antenas de telecomunicaciones.





(Julio, 2012). Resguardo Cuti, Gilgal, Chocó. Olga es indígena Embera-Eyabida, Gobernadora del Resguardo Cuti, representa el matriarcado indígena del único resguardo donde las decisiones son tomadas por mujeres, un derecho conquistado al ser ellas quienes resistieron en su territorio cuando la época de violencia les arrebató su tranquilidad. En la fotografía, Olga relata cómo ha sido el proceso para aprender a sembrar después de que los hombres se fueron del resguardo, pues cuando iniciaron no sabían cómo usar la pica, ni la pala; ahora muestra con sencillez y orgullo la prosperidad de sus cultivos.



Argumentos jurídicos genéricos⁶



Descritos los casos que se llevaron o se acompañaron por parte de ONIC en la implementación del litigio estratégico, a continuación se desarrollaran los fundamentos jurídicos expuestos en estas acciones para que sean utilizados en aquellas acciones jurídicas que se adelanten ante jueces y tribunales (o el mismo INCODER en su capacidad oficiosa de revocar sus actos administrativos (o Revocatorias Directas) que tienen como principal pretensión la garantía del derecho fundamental al Territorio. El objetivo es enriquecer la argumentación jurídica que se suscite entre las partes del litigio, dotando de una mayor equidad el ejercicio del Derecho Fundamental a la Administración de Justicia. Los argumentos pueden ser utilizados en la mayoría de situaciones que coinciden con los presupuestos facticos enunciados anteriormente, sin embargo existen partes de los argumentos que de acuerdo al contexto de la comunidad indígena que presenta la acción pueden ser tenidos en cuenta o no.



DERECHO FUNDAMENTAL A LA PROPIEDAD COLECTIVA.

La falta de reconocimiento del territorio y la invasión generan y se constituyen en una serie de violaciones a los derechos de los pueblos indígenas. Al respecto, la Corte Constitucional en sentencia T-188 de 1993 dijo: *El derecho de propiedad colectiva ejercido sobre los territorios indígenas reviste una importancia esencial para las culturas y valores espirituales de los pueblos aborígenes. Se resalta la especial relación de las comunidades indígenas con los territorios que ocupan, no sólo por ser éstos su principal medio de subsistencia sino además porque constituyen un elemento integrante de la cosmovisión y la religiosidad de los pueblos aborígenes. El derecho fundamental a la propiedad colectiva de los grupos étnicos lleva implícito, dada la protección constitucional del principio de diversidad étnica y cultural, un derecho a la constitución de resguardos en cabeza de las comunidades indígenas.* De esto se desprende que efectivamente la subsistencia de los integrantes de la comunidad se ve amenazada por falta de reconocimiento formal de su territorio para garantía del ejercicio de su vida cotidiana, quedando a merced del despojo y la ocupación de terceros, así como promueve la presencia de grupos armados que buscan ejercer el control territorial de estas parcialidades. En consecuencia, al no estar asegurada su subsistencia, se amenaza gravemente la Vida, Salud, Alimentación, Vivienda Digna y la Educación de los indígenas”

⁶Teniendo en cuenta que ésta es solo una pequeña herramienta jurídica, son muchos más los argumentos jurídicos a tener en cuenta para salvaguardar el Derecho al Territorio, por lo que se puede acceder al siguiente enlace <http://www.oas.org/es/cidh/indigenas/docs/pdf/Tierras-Ancestrales.ESP.pdf>. En este enlace se encontrarán los argumentos jurídicos esbozados en el Sistema Interamericano sobre Derecho al Territorio Ancestral.



DERECHO FUNDAMENTAL A LA IDENTIDAD ÉTNICA Y CULTURAL

Se ve vulnerado este derecho consagrado en el art. 7 de la Constitución Política en aquellos casos en los cuales se desconoce el reconocimiento (total o parcial) del territorio indígena. Afectando el ejercicio de la identidad propia del pueblo y desconociendo las particularidades propias de la cultura, el Derecho Mayor y la Ley de origen de los indígenas integrantes de esta parcialidad y/o resguardo. Al respecto la sentencia T 433 de 2011 dice:

(...) La titulación de la tierra, como derecho de las comunidades indígenas, es esencial para la protección de su derecho constitucional fundamental al reconocimiento de la diversidad étnica y cultural. No se concibe a la comunidad indígena sin su tierra. En el Auto 004 de 2009, la Corte señaló a este respecto, que la pérdida del territorio tradicional rompe las pautas culturales directamente asociadas al territorio, lo que significa que podría desaparecer como tal sin el ámbito espacial y territorial en que se desarrollan las relaciones sociales y espirituales propias de su cultura.



DERECHO A LA JURISDICCIÓN ESPECIAL INDÍGENA – DERECHO RECONOCIMIENTO TERRITORIAL

Reconocido en el artículo 246 de la Constitución Nacional, este derecho ha sido violado por la falta de reconocimiento del territorio como resguardo en cuanto la dilación injustificada de la propiedad ha dificultado el reconocimiento del factor territorial como elemento esencial para que opere la jurisdicción propia.



DERECHO FUNDAMENTAL AL DEBIDO PROCESO - TITULACIÓN COLECTIVA

En la sentencia T-433 de 2011, la comunidad de Eyakera ha esperado durante 15 años la titulación del resguardo Eyakera, al respecto de la negligencia del INCODER en la titulación de dicho resguardo dijo la Corte lo siguiente:

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



DERECHO AL TERRITORIO EN CALIDAD DE RESGUARDO

Consagrado en el artículo 63 de la Constitución, expresa que los grupos étnicos son territorios inalienables, imprescriptibles e inembargables. De igual forma y de acuerdo a la ley 21 de 1991, que ratifica el Convenio 169 de la OIT, en sus artículos 13 y 14 reconoce tanto el derecho de Propiedad de los territorios de ocupación ancestral, como el derecho de Titulación de los mismos, al respecto señala:

Artículo 14, numeral 2 : "Los gobiernos deberán tomar las medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los pueblos indígenas ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión".

Se han desconocido los derechos del pueblo indígena al no haberse reconocido el Derecho de Propiedad sobre el territorio habitado ancestralmente, a pesar de las reiteradas solicitudes hechas al INCODER hace varios años. En diferentes oportunidades la Corte Constitucional se ha pronunciado sobre el derecho de los pueblos indígenas a constituir resguardos como forma básica para la defensa de los territorios de ocupación histórica de las comunidades indígenas y como garantía del ejercicio de los derechos fundamentales de los grupos étnicos, de acuerdo con las normas desarrolladas anteriormente, al respecto el Alto Tribunal se pronunció en sentencia T-188 de 1993, jurisprudencia desarrollada anteriormente.

Por su parte, El Consejo de Estado, como máximo tribunal administrativo, se pronunció al respecto retomando la legislación de Indias, a través de fallo del 6 de julio de 1972. Concluyendo que mediante las resoluciones de constitución de resguardos, el Estado no otorga a los indígenas la propiedad de sus tierras sino que reconoce la misma, que adquirieron por la ocupación histórica de sus territorios El INCORA en resolución 03 de 28-01 de 1991 retoma los mismos argumentos esbozados por el Consejo de Estado en materia de constitución de resguardos.

A su vez la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha definido los alcances de la posesión tradicional, de la que deriva el derecho a su reconocimiento oficial y titulación. Con ocasión del caso Sawhoyamaxa vs Paraguay señaló:

⁷ En algunos casos pueden existir dos situaciones que también se pueden argumentar como violatorias del derecho fundamental al territorio o como un agravante de la situación:
i) La existencia de un estudio socioeconómico caducado es decir que al momento de la tutela tenía más de cinco años de elaboración.

"1. La posesión tradicional de los indígenas sobre sus tierras tienen efectos equivalentes al título de pleno derecho que otorga el Estado,

2. La posesión tradicional otorga a los indígenas el derecho a exigir el reconocimiento oficial de propiedad y su registro"

Para la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dicho reconocimiento no puede ser "meramente abstracto o jurídico de tierras, territorios o recursos indígenas" sino que se requiere "la materialización de los derechos territoriales ancestrales", en "la realidad y en la práctica"⁸. En este sentido, la Corte considera que hay responsabilidad de los estados, en donde se violen derechos humanos de los pueblos indígenas a consecuencia de "no haber delimitado y demarcado la propiedad comunal"⁹



DERECHOS DE LAS VICTIMAS INDIGENAS EN EL MARCO DEL CONFLICTO ARMADO

El Auto de seguimiento a la sentencia T-025 numero 004 de 2009¹⁰ busca la protección de los derechos fundamentales de las personas y los pueblos indígenas desplazados por el conflicto armado o en riesgo de desplazamiento forzado, situación de la que fueron víctimas los integrantes de la comunidad indígena. Dicho Auto hace seguimiento a la sentencia T-025 de 2004, en el marco de la superación del Estado de cosas inconstitucional, en general en los hechos objeto de la presente acción de tutela, prácticamente el contenido total del Auto ha sido desconocido y si bien en él, se ordena al Ministerio del Interior la elaboración de un plan de salvaguarda especial para el pueblo indígena y un Programa General de Garantías para evitar el desplazamiento de la población indígena o mitigar los efectos del desplazamiento cuando este ya ha ocurrido, la nula implementación del Auto está suponiendo la continua repetición en el territorio indígena de todas las conductas tipificadas en el mismo. Al igual que las entidades del Estado competentes para la constitución del resguardo han desconocido tajantemente la situación particular del pueblo indígena en riesgo de extinción.

En cuanto al tema de desarrollo de actividades económicas lícitas, que ha sido objeto de discusión en el auto citado, la Corte Constitucional ha expresado:

(Resulta) especialmente preocupante (...) el desarrollo de actividades lícitas de explotación de recursos naturales, en forma irregular, por actores económicos del sector privado o por los grupos armados ilegales –tales como explotación maderera indiscriminada, siembra y explotación de monocultivos agroindustriales, explotación minera irregular, y otras actividades afines-. A menudo estas actividades afectan los lugares sagrados de los grupos



ii) Que los territorios objeto de la solicitud ante el INCODER sean propiedad de los indígenas o baldíos, donde no habitan colonos ni existen mejoras.

⁸ Corte IDH, Caso Comunidad indígena Yakyé Axa vs Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005 [en línea]. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_125_esp.pdf

⁹ Corte IDH, Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingnï vs Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001, párr. 153 [en línea]. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_79_esp.pdf y Corte IDH, Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006, párr. 144 [en línea]. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_146_esp.pdf

¹⁰ Este argumento puede ser utilizado en dos situaciones:

- Cuando la comunidad indígena sujeto de la acción jurídica es víctima directa o indirecta del conflicto armado.
- Cuando el pueblo indígena sujeto de la acción jurídica es uno de los 34 pueblos indígenas en riesgo de extinción de acuerdo con el Auto 004 de 2009, es decir debe formular o se encuentra formulando un Plan de Salvaguarda.

étnicos, con el consiguiente impacto destructivo sobre sus estructuras culturales; de por sí, se ha reportado que generan altos índices de deforestación y daño ambiental dentro de sus resguardos.

En este sentido ha de resaltarse que múltiples grupos indígenas han denunciado estrategias de violencia por parte de los actores armados interesados, o bien en la realización directa de megaproyectos agrícolas y de explotación de recursos naturales, o bien en el apoyo a ciertas empresas y actores económicos que desarrollan estos proyectos, y con los cuales se han asociado para lucrarse con los beneficios de tales actividades.

Situación por la que atraviesa actualmente el conjunto de los pueblos indígenas de Colombia y que se viene presentando desde hace algunos años.



DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA

El objeto de análisis aparece cuando se desconoce el derecho a la Consulta Previa, reconocido en:

- Constitución Política de Colombia (art. 2, 7, 40, 330)
- Convenio 169 de la OIT (Ley 21 de 1991), sobre pueblos indígenas y tribales
- Decreto 200 de 2003 establece que le corresponde a la Dirección de Etnias coordinar interinstitucionalmente la realización de la consulta previa.
- La Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas de la ONU (2007)

Para el caso específico se trata de la Consulta Previa de una medida legislativa que afecta directamente a los pueblos indígenas, específicamente el conocimiento tradicional, la soberanía alimentaria, la autonomía, cultura, derechos desconocidos por la omisión del estado en garantizar el derecho fundamental a la Consulta Previa de los pueblos indígenas y de las comunidades afro. Como se dijo anteriormente son varios los instrumentos jurídicos que reconocen el Derecho Fundamental a la Consulta Previa, para el caso específico son pertinentes, la Constitución Política como se mencionaba anteriormente tiene como elemento definitorio el carácter pluralista, el reconocimiento y garantía de la diversidad étnica y cultural y la democracia participativa (Art. 1, 7, 70), de suerte que el Estado está al servicio de la sociedad y debe orientar sus acciones a hacer efectiva la participación de todos y todas en las decisiones que les afecten, por ejemplo en el control del poder político (Art. 40). Más adelante, en el artículo 330 dispone que la explotación de recursos naturales deba hacerse con la participación de las autoridades indígenas y sin desmedro de su identidad cultural. Por su parte, el Convenio 169 de la OIT establece en su artículo 6.1:

"Artículo 6.1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:

- a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;*
- b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernen;*
- c) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin.*

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

“Siendo clara la obligación del Estado Colombiano de materializar el derecho a la Consulta Previa y el Consentimiento libre, previo e informado, la Corte Constitucional ha precisado “(...)que el derecho de los pueblos indígenas a ser consultados previamente sobre las decisiones administrativas y legislativas que los afecten directamente es la medida de acción positiva que la comunidad internacional prohíbe y recomienda para combatir los orígenes, las causas, las formas y las manifestaciones contemporáneas de racismo, discriminación racial, xenofobia y las formas de intolerancia conexa que afectan a los pueblos indígenas y tribales -Declaración y Programa de Acción de Durban”¹¹

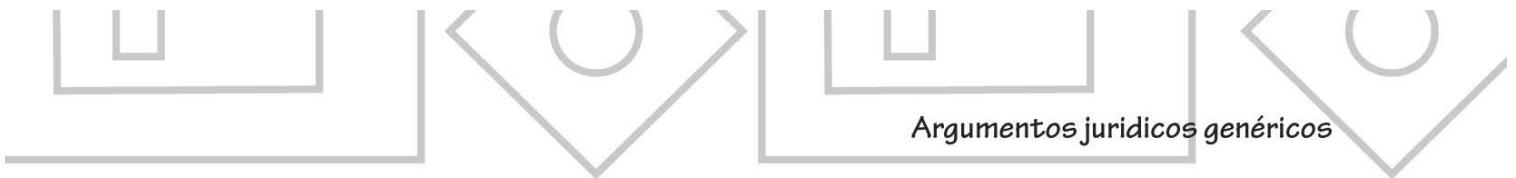
La Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas de la ONU (2007), establece inequívocamente en su Artículo 19 que:

“Los Estados celebrarán consultar y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado.”

Como se observa, tanto la Constitución como el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas instituyen el criterio de la obligatoriedad de realizar la Consulta Previa de las medidas legislativas y administrativas que afecten a nuestros Pueblos Indígenas para que puedan presumirse constitucionales.

Siendo las anteriores normas de obligatoria observancia para el Estado colombiano la incorporación hecha por la Corte Constitucional no sólo es adecuada sino necesaria para la pervivencia de los Pueblos Indígenas. En efecto, en la sentencia C-737 de 2005, la Corte Constitucional dejó claro que el derecho fundamental a la Consulta Previa debe realizarse

¹¹ Corte Constitucional de Colombia, sentencia SU-383 de 2003, de 13 de mayo de 2003, M.P. Álvaro Tafur Galvis [en línea]. Disponible en:http://www.mamacoca.org/FSMT_sept_2003/pdf/SENTENCIA%20SU-383-03%20OPIAC.pdf



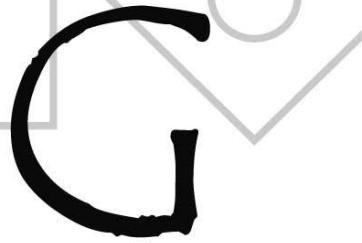
no sólo cuando se trate de la explotación de recursos naturales existentes en el territorio sino en todas las medidas que afecten directamente a los Pueblos Indígenas.

Esta línea fue reiterada en la Sentencia C-030 de 2008.

Por ultimo, como se expresa en los hechos de la demanda la entrada en vigencia de la medida administrativa tiene como consecuencia una afectación inconsulta al territorio de la comunidad indígena irrespetando el goce y uso del territorio del cual son propietarios, por un lado, y por otro desconoce el ejercicio de integridad cultural y autonomía que requiere como presupuesto, para ser ejercido, el derecho al Territorio. Que en este caso sólo es posible anudado al ejercicio del derecho a la Consulta.







Ratios decidendi

(fundamento de derecho principal)



Estos son los fundamentos jurídicos que ha expresado la Corte Constitucional, en las sentencias que hemos participado como accionantes o coadyuvantes durante la implementación del litigio estratégico, para tutelar los derechos territoriales de los pueblos indígenas, a su vez estos tienen la calidad de fundamentos jurídicos vinculantes para los jueces en otros procesos judiciales siempre y cuando se trate de hechos y situaciones similares.



T-129 de 2011 Derecho fundamental a la propiedad colectiva – obligación de concertación en casos específicos (Chidíma y Pescadito)

"La Constitución brinda a las comunidades étnicas una protección especial sobre las costumbres, la autonomía y el territorio, salvaguarda que no sólo se extiende y termina en la norma, sino que debe ser prestada de forma efectiva por las autoridades. Así, siendo la propiedad colectiva sobre el territorio étnico un derecho del pueblo respectivo, la regla correlativa es la exigibilidad de éste, así como el respeto y defensa por parte de todos los organismos del Estado y de los particulares. Tal protección especial entraña la potestad –y derecho– de las comunidades étnicas no solo de exigir ser consultadas, sino de determinar la alternativa menos lesiva en los eventos que: (i) impliquen el traslado o desplazamiento de las comunidades por la obra o el proyecto; (ii) estén relacionados con el almacenamiento o vertimiento de desechos tóxicos en las tierras étnicas; y/o (iii) representen un alto impacto social, cultural y ambiental en una comunidad étnica, que conlleve a poner en riesgo la existencia de la misma, entre otros".



T-433 de 2011 Derecho fundamental al Territorio (Caso Eyakera, Darién chocoano)

"La titulación de la tierra, como derecho de las comunidades indígenas, es esencial para la protección de su derecho constitucional fundamental al reconocimiento de la diversidad étnica y cultural, y es un deber que la Constitución política impone al Estado, generando una vulneración de dicho derecho y del debido proceso administrativo, las dilaciones administrativas que perpetúen la incertidumbre de los derechos fundamentales de la comunidad indígena".



T-693 de 2011 Derecho fundamental al Territorio indígena no titulado (Caso Achagua y Piapoco, Orinoquia Colombiana)

"Los pueblos indígenas y tribales tienen derecho a ser consultados respecto de las medidas que les conciernen directamente, en especial si se trata de la explotación de recursos naturales ubicados dentro de sus territorios, entendiendo por éstos aquellas áreas no sólo tituladas a una comunidad –como el resguardo– sino también aquellas ocupadas ancestralmente y que constituyen el ámbito tradicional de sus actividades sociales, económicas, religiosas y espirituales".



T-698 de 2011¹² Derecho Fundamental al Territorio indígena no constituido en resguardo (Caso de Cañamomo y Lomaprieta)

"El proceso de consulta deberá hacerse cuando la intervención avalada por la administración tenga la capacidad de generar una afectación directa sobre la comunidad, la cual puede ocurrir cuando la medida interviene en una zona con presencia de minorías étnicas, independientemente de quién aparezca como su propietario. En estos casos, la propiedad colectiva fundada sobre el concepto de ancestralidad prima sobre los derechos particulares devenidos de un título de dominio".

¹² Esta es la sentencia que decidió otorgar el amparo del derecho fundamental a la Consulta Previa y al Territorio sobre un predio titulado a un particular, pero al mismo tiempo reconocido como sitio sagrado por parte de una comunidad indígena.



C-1051 de 2012 (LEY 1518 DE 2012 aprobatoria del “Convenio Internacional para la Protección de Obtenciones Vegetales” - UPOV 91-)

“La decisión de la Corte Constitucional de declarar la inexequibilidad de la ley aprobatoria del tratado se basó en los siguientes fundamentos jurídicos:

- o *La consulta previa a los pueblos indígenas y tribales sobre medidas legislativas o administrativas que los afecten directamente, constituye un derecho fundamental de las minorías étnicas, según el artículo 6º del Convenio 169 de la OIT, el cual hace parte del bloque de constitucionalidad.*
- o *Existe un estrecho vínculo entre la consulta previa y la protección de la identidad cultural de las comunidades étnicas, lo que hace obligatoria la realización de aquella respecto de medidas legislativas o administrativas que afecten la preservación, autonomía y cultura de la etnia.*
- o *La imposición de restricciones propias de una patente sobre nuevas variedades vegetales como la que consagra la UPV 91, podría limitar el desarrollo natural de la biodiversidad derivada de las condiciones étnicas, culturales y de los ecosistemas donde habitan dichos pueblos.*
- o *En relación a leyes aprobatorias de tratados internacionales que tengan afectación directa sobre los pueblos indígenas y tribales, la consulta podrá llevarse a cabo en 3 momentos: i) antes del sometimiento del instrumento internacional, por parte del Presidente de la República, al Congreso de la República; ii) bien durante la negociación o iii) cuando se cuente con un texto aprobado por las Estados, es decir, luego de la firma del tratado.”*





Conclusiones

■◆■◆■

A lo largo del presente documento, se han presentado los principales resultados que la ONIC y ASFC han alcanzado a lo largo de los tres años de trabajo y planeación de una estrategia de litigio en defensa del Derecho Fundamental al Territorio, en el marco del proyecto “Fortalecimiento del acceso a la justicia de los pueblos indígenas y otra víctimas del conflicto”.

La idea de fondo de este escrito ha sido de resumir estas exitosas experiencias de forma que las mismas puedan representar un útil instrumento que las autoridades y líderes indígenas puedan utilizar para la presentación de acciones de tutela o solicitudes de revocatorias directas frente a situaciones de despojo u otra forma de vulneración del Derecho Fundamental al Territorio.

En específico, se ha intentado presentar todos los insumos técnicos y jurídicos de manera que los mismos puedan ser una herramienta dinámica y de fácil lectura para la elaboración de argumentos jurídicos sólidos y documentados como fundamento preliminar de eventuales acciones jurídicas que se quieran desarrollar en el futuro.

Si se considera la actual situación política y social de Colombia, se comprende fácilmente que, para todos los pueblos indígenas del país, la defensa del Derecho Fundamental al Territorio constituye uno de los ejes principales para garantizar sus gobiernos propios, sus derechos fundamentales, colectivos e individuales y en muchos casos, sus mismas existencias. Por eso, esperamos que por medio de este documento se haya brindado un útil instrumento para fundamentar acciones jurídicas exitosas que enfrenten de manera eficaz la pasividad de las instituciones del Estado que, siempre más frecuentemente, utilizan los requisitos burocráticos como argumentos para desconocer los derechos fundamentales de los pueblos indígenas, únicos propietarios de los territorios que han conservado y habitado ancestralmente.



LITIGIO ESTRATÉGICO
INTEGRAL EN DEFENSA DEL
DERECHO FUNDAMENTAL AL
TERRITORIO



LAWYERS WITHOUT BORDERS
AVOCATS SANS FRONTIERES
ABOGADOS SIN FRONTERAS

Canada



Canada

"Esta publicación ha sido elaborada gracias al apoyo del gobierno de Canadá. El contenido de esta publicación es de sola responsabilidad de Abogados sin fronteras Canadá y de la Organización Nacional Indígena de Colombia, y no refleja necesariamente la posición del gobierno canadiense".



Diseño editorial

ecosueño
www.ecosuenopublicidad.com

