

Sentencia T-680/12

Referencia: expediente T-1.842.451

Peticionarios: Consejo Comunitario de Comunidades Negras de la Unidad Comunera de Gobierno Rural de Isla del Rosario – Caserío Orika, Filiberto Camargo, Zuleima Caraballo y Ana Rosa Martínez.

Procedencia: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil

Magistrado ponente: NILSON PINILLA PINILLA

Bogotá, D.C., veintisiete (27) de agosto de dos mil doce (2012).

La Sala Sexta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Nilson Pinilla Pinilla, Jorge Ignacio Pretelt Chaljub y Humberto Antonio Sierra Porto, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

En la revisión del fallo proferido por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia el 28 de enero de 2008, confirmatorio del dictado por una Sala de Decisión Civil del Tribunal Superior de Bogotá el 27 de noviembre de 2007, dentro de la acción de tutela iniciada mediante apoderado por el Consejo Comunitario de Comunidades Negras de la Unidad Comunera de Gobierno Rural de Isla del Rosario – Caserío Orika y por los señores Filiberto Camargo, Zuleima Caraballo y Ana Rosa Martínez.

El expediente llegó a esta corporación, por remisión que hizo la referida Sala de Casación en virtud de lo ordenado por los artículos 86 y 241 numeral 9° de la Constitución Política y 32 del Decreto 2591 de 1991. La Sala de Selección número tres ordenó revisarlo, mediante auto de 28 de marzo de 2008.

I. HECHOS Y NARRACIÓN EFECTUADA EN LA DEMANDA

Los apoderados del Consejo Comunitario de Comunidades Negras de la Unidad Comunera de Gobierno Rural de Isla del Rosario – Caserío Orika y de los señores Filiberto Camargo, Zuleima Caraballo y Ana Rosa Martínez presentaron el 14 de noviembre de 2007 demanda de acción de tutela contra la Nación – Ministerio de Agricultura – Instituto Colombiano de Desarrollo Rural INCODER, que según afirman viene vulnerando derechos fundamentales de la organización y los ciudadanos accionantes.

En lo referente a la organización accionante se invocan de manera específica los derechos de petición, debido proceso, a la consulta previa, a la existencia, a la integridad cultural y social, a la identidad cultural y a la autonomía de las comunidades culturales. En relación con los ciudadanos actores se plantea la vulneración de los derechos de petición, debido proceso e identidad cultural.

La violación de los derechos fundamentales invocados se derivaría de los hechos que pueden ser resumidos como sigue:

1. En 1984 el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria – INCORA, que para esa época cumplía funciones análogas a las que actualmente corresponden al INCODER, concluyó el proceso de clarificación de la propiedad de los predios que conforman el archipiélago de Nuestra Señora del Rosario, que hace parte de la comprensión territorial del hoy Distrito Turístico de Cartagena de Indias, trámite que había sido iniciado desde el año de 1968. Al término de dicho proceso el INCORA expidió la resolución 04698 de 1984, confirmada en vía gubernativa mediante resolución 04393 de 1986, por la cual se declaró que las islas conocidas con el nombre de *Islas del Rosario* nunca han salido del patrimonio nacional y que, por lo tanto, todos ellos son baldíos reservados pertenecientes a la Nación, en virtud de lo previsto en los Códigos Fiscales de 1873 y 1912.

2. En 1999 la Procuraduría Delegada para Asuntos Agrarios inició una acción de cumplimiento contra el INCORA, encaminada a que dicha entidad adelantara el proceso de desalojo y recuperación de los predios a que se ha hecho referencia, que para esa fecha se encontraban ocupados por particulares. Esta acción fue fallada favorablemente en dos instancias¹, ordenándose al INCORA proceder a dichas actuaciones.

3. Más adelante, varios de los habitantes de las Islas del Rosario conformaron el Consejo Comunitario de Comunidades Negras de la Unidad Comunera de Gobierno Rural de Isla del Rosario – Caserío Orika (en adelante el Consejo Comunitario de Comunidades Negras), dentro del marco de lo previsto en la Ley 70 de 1993 y el Decreto 1745 de 1995, organización que fue inscrita y registrada por la Secretaría de Participación y Desarrollo Social de la Alcaldía Mayor de Cartagena el 21 de febrero de 2005. Dicho Consejo, accionante dentro de este proceso, presentó el 16 de febrero de 2006 a consideración del INCODER una solicitud de titulación colectiva “*del globo de terreno ocupado ancestralmente por la comunidad negra de las Islas del Rosario*”, para lo cual invocó el artículo 55 transitorio de la Constitución Política, así como la Ley 70 de 1993 y el Decreto 1745 de 1995, anteriormente referidos.

4. El Consejo Directivo del INCODER expidió el Acuerdo 041 de 2006, “*por el cual se modifica parcialmente el Acuerdo N° 033 ‘por el cual se regula la ocupación y el aprovechamiento temporal de los terrenos que conforman las islas del archipiélago de Nuestra Señora del Rosario y de San Bernardo’*”.

¹ Sentencias de la Sección Tercera del Tribunal Administrativo de Cundinamarca del 2 de mayo de 2001 y de la Sección Cuarta del Consejo de Estado del 6 de julio de 2001.

Este acuerdo tiene por fin buscar formas de normalización de la ocupación de los terrenos que conforman este archipiélago, y contempla la posibilidad de que el INCODER celebre respecto de ellos contratos de arrendamiento o de usufructo con los habitantes de las islas, actos jurídicos cuyos términos y condiciones se establecieron en el mismo acuerdo.

5. Durante el tiempo transcurrido entre la presentación de la solicitud a que se hizo referencia en el punto 3 anterior y la interposición de la acción de tutela, el representante legal del Consejo Comunitario de Comunidades Negras presentó al INCODER varios derechos de petición indagando por el resultado de dicha solicitud². La referida entidad ha respondido cada una de estas solicitudes³, sin embargo, según lo entienden los tutelantes, no ha resuelto de fondo lo solicitado desde febrero de 2006, esto es, la titulación colectiva del globo de terreno *“ocupado ancestralmente por la comunidad negra de las Islas del Rosario”*. Ello por cuanto, resaltan los demandantes, la última de tales comunicaciones precisa que *“la naturaleza jurídica de los citados documentos de septiembre 20 y diciembre 5 de 2006 no son (sic) actos administrativos y por tanto no decide de fondo el tema objeto de estudio”*.

6. A lo largo del año 2007, y al menos hasta la fecha de presentación de la tutela, funcionarios del INCODER han visitado de manera individual a muchos de los habitantes de las Islas del Rosario agrupados en torno a la entidad demandante, para proponerles la celebración de contratos de arrendamiento y/o usufructo de los regulados por el Acuerdo 041 de 2006 a que se hizo referencia en el hecho 4 anterior. Indican que los emisarios del INCODER les han manifestado a los pobladores que la celebración de estos contratos sería el *“único mecanismo para que los miembros de la comunidad puedan permanecer en las islas”*, sin hacer nunca alusión al estado del proceso de titulación colectiva iniciado por esta comunidad ante el INCODER, al que arriba se hizo referencia.

A este respecto informan los demandantes que los habitantes de las islas a quienes se ha propuesto la celebración de estos contratos se han rehusado a ello⁴, pues consideran que previamente el INCODER debe resolver la solicitud de titulación colectiva que se encuentra pendiente, y que además la negociación individual de este tipo de contratos *“va en contra de la naturaleza colectiva de la comunidad, y atenta contra los derechos fundamentales a la existencia, la integridad cultural y social, la identidad cultural y la autonomía”* de la organización demandante.

Paralelamente, el INCODER ha celebrado contratos de arrendamiento con los *“poseedores”* de hoteles y casas de recreo, personas que no pertenecen a la comunidad demandante, sobre predios que, según se afirma, sí hacen parte del globo de terreno al que se refiere la citada solicitud de titulación colectiva.

2 Solicitudes de fechas mayo 2 y septiembre 5 de 2006 y de enero de 2007.

3 Comunicaciones de 11 y 15 de mayo, 20 de septiembre y 5 de diciembre de 2006, 29 de enero y 1° de marzo de 2007.

4 Los mismos demandantes informan (hecho 21) que, por excepción, una de las personas requeridas accedió a firmar el contrato de usufructo propuesto ante el temor de ser desalojado por las autoridades.

7. El 21 de mayo de 2007 la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, atendiendo una solicitud que en tal sentido hiciera el Ministerio de Agricultura, emitió un concepto conforme al cual *“el INCODER no está facultado para expedir resoluciones de adjudicación de propiedad colectiva a las comunidades negras, sobre baldíos reserva de la Nación, ya que tales bienes tienen el carácter de inadjudicables”*.

8. En el mes de septiembre de 2007 los representantes del INCODER intentaron realizar un procedimiento de desalojo en relación con el predio *“Caño Ratón”*, ocupado por los señores Zuleima Caraballo y Filiberto Camargo, miembros del Consejo Directivo demandante dentro de la presente acción y así mismo demandantes a título individual, procedimiento que no se llevó a término, por la oposición de los miembros de la comunidad presentes en la diligencia.

9. Habiendo transcurrido un período de veinte meses entre la fecha en que se presentó la solicitud de titulación colectiva a que se ha hecho referencia y aquella en que se presentó la demanda de tutela, el INCODER no ha iniciado los trámites necesarios, previstos en el Decreto 1745 de 1995, para decidir sobre esta solicitud, ni ha dado una respuesta de fondo al respecto. Al mismo tiempo sostienen los apoderados de los demandantes que el INCODER ejecuta actos de disposición sobre las tierras objeto de dicha solicitud, lo que vulnera los derechos fundamentales de las personas y comunidad demandantes.

II. PRETENSIONES DE LA DEMANDA

A partir de lo anterior, los apoderados de los demandantes solicitan que para tutelar los derechos fundamentales que aquéllos estiman vulnerados se ordene a la Nación – Ministerio de Agricultura – INCODER, lo siguiente: i) tramitar la solicitud de titulación colectiva presentada por los accionantes; ii) dar una respuesta de fondo a dicha solicitud, respuesta que, al decir de los demandantes, debe contener un ejercicio de ponderación entre el carácter de baldíos reservados que tienen los predios de las Islas del Rosario y los derechos fundamentales de las comunidades negras y de los demás demandantes; iii) retrotraer todos los contratos de arrendamiento y/o usufructo que se hubieren celebrado sobre predios que hagan parte del globo de terreno objeto de esta solicitud de titulación colectiva; iv) suspender la totalidad de las transacciones jurídicas que se encuentren en curso en relación con estos mismos predios, así como los desalojos de la población nativa que los ocupa, actividades que sólo podrían reanudarse una vez exista una respuesta de fondo frente a la solicitud de titulación colectiva a que se ha hecho referencia; v) no realizar otra operación de este tipo en relación con los citados terrenos hasta tanto no exista una decisión de fondo sobre esa misma solicitud.

III. PRUEBAS APORTADAS CON LA DEMANDA

En sustento de su solicitud, los apoderados de los demandantes anexaron como pruebas (folios 15 a 92 cd. inicial), copia de los siguientes documentos:

- a. Constancia de inscripción y registro del Consejo Comunitario de Comunidades Negras de la Unidad Comunera de Gobierno Rural de Isla del Rosario – Caserío Orika, expedido por la Alcaldía Mayor de Cartagena con fecha febrero 21 de 2005.
- b. Solicitud de titulación colectiva del globo de terreno “*ocupado ancestralmente por la comunidad negra de las Islas del Rosario*”, presentado por la entidad demandante el 16 de febrero de 2006.
- c. Primera página del derecho de petición presentado el 2 de mayo de 2006 por el representante legal de la entidad demandante ante el Gerente Regional del INCODER en la ciudad de Cartagena, solicitando información sobre el estado de la solicitud anteriormente referida.
- d. Certificación expedida por el Coordinador del Grupo Técnico Territorial del INCODER en Cartagena, en la que hace constar que la solicitud de titulación colectiva fue remitida a la Oficina Asesora Jurídica del INCODER para su respectivo trámite.
- e. Comunicación suscrita por el Coordinador del Grupo Técnico Territorial del INCODER en Cartagena en respuesta al anterior derecho de petición, reiterando que dicha solicitud fue remitida a la Oficina Asesora Jurídica del INCODER en la ciudad de Bogotá para su respectivo trámite.
- f. “*Borrador final*” del derecho de petición presentado el 5 de septiembre de 2006 ante el INCODER por el representante legal de la entidad demandante, pidiendo responder la solicitud de titulación colectiva.
- g. “*Borrador final*” del escrito presentado el 5 de septiembre de 2006 ante la Procuraduría General de la Nación por el representante legal de la entidad demandante, informándole que 7 meses después de su radicación el INCODER aún no había respondido esta solicitud.
- h. Oficio N° 145002 de fecha septiembre 20 de 2006 suscrito por el Gerente General del INCODER, mediante el cual responde el derecho de petición presentado en septiembre 5 de 2006.
- i. Oficio N° 20062163328 de fecha diciembre 5 de 2006, suscrito por el Coordinador (e) del Grupo de Asuntos Étnicos del INCODER, dirigido al representante legal de la entidad demandante.
- j. “*Borrador final*” del derecho de petición presentado en enero de 2007 ante el INCODER por el representante legal de la entidad demandante, pidiendo aclaración sobre la naturaleza y alcance de los dos oficios anteriormente referidos.
- k. Oficio N° 07-1841-DET-1000 de fecha enero 29 de 2007, proveniente de la Subdirección de Comunidades Negras, Minorías Étnicas y Culturales del Ministerio del Interior y de Justicia, dirigido al representante legal de la entidad demandante.
- l. Oficio N° 2230 de marzo 1° de 2007 mediante el cual el INCODER responde el derecho de petición presentado en enero de 2007.
- m. Modelo del contrato de usufructo propuesto en varias oportunidades por los representantes del INCODER a distintos miembros de la comunidad demandante.
- n. Escritos de oposición a la diligencia de desalojo que el INCODER pretendió realizar en septiembre de 2007 en el predio *Caño Ratón*, suscritos por el señor Jaison Vallecillas, esposo de una de las

demandantes y por el señor Filiberto Camargo, así mismo demandante.

De igual manera, los apoderados de los demandantes solicitaron que al dar traslado de esta acción al INCODER, se le formularan algunos interrogantes, cuya respuesta debería obrar como prueba dentro del presente proceso.

IV. TRÁMITE JUDICIAL

Mediante auto de noviembre 15 de 2007, el Magistrado Ponente de la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá admitió la demanda interpuesta y ordenó dar traslado a las entidades accionadas. En la misma providencia se ordenó al INCODER que en cualquier acto jurídico o diligencia que desde febrero de 2006 se viniera adelantando en relación con predios que hagan parte del archipiélago de las Islas del Rosario, se informe a los interesados sobre la existencia de esta acción de tutela.

1. Respuesta del INCODER

Esa entidad hizo llegar una comunicación suscrita por el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica (fs. 263 a 274 cd. inicial), en la cual se pronuncia sobre los hechos de la demanda y se opone a las pretensiones de los actores.

Así mismo, adjunta a su escrito y solicita que se tenga como prueba, copia de diversos documentos (fs. 178 a 262 ib.), dentro de los cuales se destacan los siguientes: i) las resoluciones expedidas por el INCORA al término del proceso de clarificación de la propiedad que se realizó en relación con los predios de las Islas del Rosario; ii) el Acuerdo 041 de 2006 expedido por el Consejo Directivo del INCODER; iii) dos conceptos emitidos por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado⁵ en relación con el tema que da lugar a esta acción de tutela; iv) sentencias del Tribunal Administrativo de Cundinamarca y de la Sección Tercera del Consejo de Estado, resolviendo la acción de cumplimiento iniciada por la Procuraduría Delegada para Asuntos Ambientales contra el INCORA⁶.

En su escrito, después de pronunciarse en torno a los hechos de la demanda, el INCODER reitera la naturaleza de baldíos reservados que tienen los predios cuya adjudicación o titulación colectiva pretende la organización accionante, carácter que, a su entender, quedó establecido por las resoluciones dictadas por el INCORA a mediados de los años 1980 al término del proceso de clarificación⁷ y fue luego reiterado por el Consejo de Estado, tanto al decidir la acción de cumplimiento impetrada por la Procuraduría contra el entonces INCORA⁸, como a través de los dos conceptos emitidos por su Sala de Consulta y Servicio Civil por solicitud del Ministerio de Agricultura⁹.

5 De fechas octubre 12 de 2005 y marzo 21 de 2007.

6 Mismas sentencias indicadas en la nota 1 de esta sentencia.

7 Se refiere a las ya citadas resoluciones 04698 de 1984 y 04393 de 1986.

8 Mismas sentencias citadas en la nota 1.

9 Mismos conceptos citados en la nota 5.

A partir de lo anterior, indica que no resulta posible resolver favorablemente la solicitud de titulación colectiva que al decir de la entidad demandante se encuentra pendiente de ser respondida. En relación con el mismo tema indica que, en su entender, esa entidad ya dio a los interesados una respuesta de fondo en relación con este tema¹⁰, aunque de carácter negativo, por lo que no sería posible predicar vulneración del derecho fundamental de petición.

También desmiente que se haya buscado el desalojo violento de los habitantes de las Islas del Rosario, pero defiende la posibilidad de suscribir con ellos contratos de arrendamiento y/o de usufructo dentro del marco de lo previsto en el Acuerdo 041 de 2006, emanado del Consejo Directivo del INCODER, afirmando que la legalidad de dichos contratos fue también avalada por el Consejo de Estado.

Por todo lo anterior, después de hacer una breve revisión de la jurisprudencia constitucional relacionada con la procedencia de la acción de tutela, el representante del INCODER reitera su desacuerdo con la presunta vulneración de derechos fundamentales de las comunidades negras y/o de algunos de sus miembros por parte de esa entidad y concluye solicitando al juez de tutela no acceder al amparo solicitado.

2. Respuesta del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural

Este Ministerio intervino mediante escrito presentado por la entonces Jefe de la Oficina Asesora Jurídica, en el que pide despachar desfavorablemente las pretensiones de los actores.

Comienza por indicar que el procedimiento concluido por el entonces INCORA en 1984 tuvo como uno de sus principales fundamentos el hecho de que, en relación con el archipiélago de las Islas del Rosario, no se logró probar que dichos predios hubieran sido "*ocupados por poblaciones organizadas con anterioridad al Código Fiscal de 1912*", ni tampoco que esos mismos terrenos hubieran sido "*apropiados por particulares en virtud de títulos traslaticios de dominio en cadena ininterrumpida hasta antes de la expedición del Código Fiscal*". Anota también que las acciones para controvertir este acto administrativo¹¹ y/o sus fundamentos se encuentran caducadas.

Seguidamente se refiere, en el mismo orden, a los siguientes aspectos: i) la acción de cumplimiento iniciada por la Procuraduría y adelantada contra el INCORA en el año 2001; ii) la orden de liquidación del INCORA y la simultánea creación del INCODER, en el año 2003; iii) el concepto emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado¹², que entre otros temas, se pronunció sobre el alcance del término *clarificación*, que fuera mencionado en las sentencias que resolvieron la ya referida acción de

10 Se refiere particularmente a la comunicación de fecha marzo 1º de 2007.

11 Como ya se ha dicho, esta decisión fue confirmada por resolución 04393 de 1986 expedida también por el Gerente General del INCORA, con lo cual quedó agotada la vía gubernativa.

12 C. P. Flavio Augusto Rodríguez Arce (octubre 12 de 2005).

cumplimiento¹³; iv) el Acuerdo 041 de 2006 del Consejo Directivo del INCODER y los contratos de usufructo y arrendamiento que por él se regulan; v) las precisiones hechas por la Sala de Consulta del Consejo de Estado¹⁴ en torno a la viabilidad de adjudicar a las comunidades negras terrenos en lugares distintos a la Cuenca del Pacífico, la imposibilidad de adjudicar terrenos que tengan el carácter de baldíos reservados, y la legalidad, frente a la Ley 70 de 1993, de los contratos previstos en el Acuerdo 041 de 2006.

A continuación explica que el INCODER sí respondió de manera clara y oportuna la solicitud de titulación colectiva elevada por la organización aquí accionante, respuesta que se habría dado en las comunicaciones de septiembre 20 y diciembre 5 de 2006, cuyas copias obran en el expediente (folios 68 a 72 cd. inicial). Sin embargo, advierte que la respuesta dada por el INCODER tuvo el carácter de rechazo *in limine* de lo pedido, el cual se fundamenta en la naturaleza de baldíos reservados de los predios cuya titulación se solicita, que había sido claramente establecida en la actuación administrativa adelantada en la década de los 1980, a que se ha hecho referencia. Resalta que el hecho de que la respuesta haya tenido este carácter, no implica vulneración de los derechos de petición y al debido proceso de los peticionarios.

Posteriormente, rechaza la afirmación de los demandantes en torno al supuesto intento de desalojo que habría tenido lugar el 11 de septiembre de 2007, frente a lo cual explica que la presencia de funcionarios del INCODER en las islas para esas mismas fechas, tenía por objeto la realización de inspecciones oculares y la obtención de otras pruebas que sirvan de sustento a futuras actuaciones administrativas.

En lo que se refiere a los aspectos procesales de la acción, la representante del Ministerio hace las siguientes consideraciones: i) no cumple adecuadamente con el criterio de subsidiaridad; ii) no existe en el presente caso posibilidad de perjuicio irremediable, ya que el eventual perjuicio de los accionantes, aún frente a la eventualidad de un desalojo, es de carácter económico; iii) en lo que respecta a ese Ministerio no existe legitimación por pasiva, pues es el INCODER establecimiento público con personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, la entidad competente en relación con todos los asuntos que dan lugar a la presente acción; iv) no se presenta prueba suficiente sobre la supuesta violación de los derechos fundamentales invocados.

3. Sentencia de primera instancia

El 27 de noviembre de 2007, una Sala Civil de Decisión del Tribunal Superior de Bogotá decidió denegar la tutela solicitada, al considerar que las entidades accionadas no han vulnerado los derechos fundamentales de los demandantes. Para adoptar esta decisión, el Tribunal efectuó las siguientes consideraciones:

13 En estos conceptos el Consejo de Estado precisa que el término *clarificación* se refiere únicamente a aquellos predios respecto de los cuales no se hubiere completado dicho proceso (*clarificación de la propiedad*) durante la actuación administrativa adelantada por el INCORA durante los años 1968 a 1984.

14 C. P. Gustavo Aponte Santos (marzo 21 de 2007).

En primer lugar, resalta la importancia que en torno al tema discutido tiene el hecho de si se dio o no respuesta a la solicitud de titulación colectiva presentada a comienzos de 2006 por el Consejo aquí accionante, entendiendo que todos los demás derechos invocados dependen de manera directa de dicho aspecto. Sobre este tema el Tribunal estimó que el INCODER sí dio respuesta a dicha solicitud, por lo que concluyó que en este caso no existió la alegada vulneración de derechos fundamentales.

Respecto del mismo asunto, concluyó que la respuesta dada por el INCODER se ajusta a los parámetros señalados por la jurisprudencia de la Corte Constitucional en torno al alcance del derecho de petición, sin que corresponda al juez de tutela calificar el acierto ni la legalidad de la respuesta emitida por el requerido. Además, consideró que tratándose de actos administrativos, existe un medio de defensa judicial apropiado para controvertirlos, como es la acción de nulidad, además de, si fuere necesario, la suspensión provisional.

Todo lo anterior, afirmó el Tribunal, no impide reconocer y relieves la importancia de los derechos que la Constitución Política ha reconocido a las comunidades negras, pero de igual manera deben destacarse las características que la misma Constitución le asigna a los bienes de uso público¹⁵, los cuales son inalienables, imprescriptibles e inembargables (art. 63 Const.).

También anotó el Tribunal que: i) no existe en el expediente prueba suficiente de las diligencias o intentos de desalojo que los demandantes atribuyen al INCODER; ii) las diligencias adelantadas por esta entidad no son otra cosa que la ejecución de lo ordenado por el juez competente al término de la acción de cumplimiento adelantada en su momento contra el INCORA; iii) la ley contempla acciones y procedimientos apropiados para oponerse a eventuales acciones de desalojo, que son medios de defensa a disposición de los accionantes; iv) si los accionantes pretenden cuestionar la legalidad del Acuerdo 041 de 2006 emanado del Consejo Directivo del INCODER, deben ejercer las acciones contencioso administrativas pertinentes.

4. Impugnación de los accionantes

Inconformes con la decisión de primera instancia, los apoderados de los actores la impugnaron de manera oportuna. Los recurrentes comienzan por resaltar el acierto del Tribunal *a quo* al considerar la importancia que para el presente caso tiene el hecho de si se dio o no respuesta a la solicitud de titulación colectiva. Sin embargo, discrepan en lo que se refiere a la efectiva existencia de una respuesta que satisfaga los parámetros expuestos por la Corte Constitucional, en lo que se refiere al derecho fundamental de petición.

A este respecto señalan que si ha de tomarse como respuesta la comunicación de fecha marzo 1º de 2007, ésta careció de la necesaria oportunidad, máxime si se entendiera que lo que hubo fue una decisión de rechazo *in limine*.

15 El Tribunal asume y afirma que los predios de las Islas del Rosario tienen este carácter.

También afirman que este acto no fue debidamente notificado a los interesados, y que no se les informó sobre los recursos procedentes. Indican que ni dicha respuesta ni las demás que el INCODER ha expedido a lo largo de esta actuación administrativa cumplen con los requisitos de claridad, precisión y congruencia, necesarios para ser tenido como respuesta efectiva. Agregan que ninguno de estos pronunciamientos resolvió la solicitud de titulación colectiva a que se ha hecho referencia, sino otras solicitudes puntuales elevadas por los peticionarios con posterioridad a la petición inicial.

También, sobre la procedencia o no de un rechazo *in limine*, explican que esta solicitud no podría ser respondida de esa manera, ya que al formularla los peticionarios eran plenamente conscientes de las decisiones administrativas de los años 1980, en las que se atribuyó a estos predios el carácter de baldíos reservados. Por ello, debe entenderse que la respuesta a este tipo de solicitud no puede limitarse a poner de presente esta circunstancia, ni tampoco hacer caso omiso de la necesidad de realizar el ejercicio de ponderación propuesto por los demandantes. Por lo anterior, y más allá de esas consideraciones, entienden los impugnantes que esa solicitud no puede tenerse por respondida.

Posteriormente, explican que aún bajo el supuesto de que se entienda que la petición de titulación colectiva sí ha sido efectivamente respondida, la tutela sería en todo caso procedente, como mecanismo principal. Ello por cuanto, frente a los recursos y acciones disponibles para la impugnación de dicha decisión, que es básicamente la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, de acuerdo con el análisis que al respecto ha hecho la jurisprudencia constitucional, debe considerarse que éste no es un medio de defensa suficientemente adecuado y efectivo como para excluir la procedencia de la acción de tutela.

En relación con este aspecto resalta también que, contrario a lo sostenido en sus respuestas por las entidades demandadas, lo que está de por medio no es un mero perjuicio económico, pues no obstante que ciertamente está en juego la propiedad de unas tierras, debe tenerse en cuenta lo que la eventual pérdida de este espacio territorial implicaría para la comunidad demandante, particularmente su fraccionamiento interno, la afectación de su integridad e identidad cultural y su eventual desaparición como minoría étnica.

Así, se cumplirían los requisitos para que en caso de considerarse que no procede la tutela como mecanismo principal, se aprecie la inminencia de un perjuicio irremediable para la comunidad actora y la consiguiente procedencia de esta acción, al menos como mecanismo transitorio. En la misma línea se menciona la larga duración del proceso contencioso administrativo, que resultaría desproporcionada frente a la importancia de los derechos que, según explican los recurrentes, se pretende proteger.

Por lo anterior, el recurso concluye planteando varios tipos de pretensiones, todas ellas conducentes a la concesión de la tutela bajo distintos supuestos, a saber: i) si se considera que no ha habido respuesta a la solicitud de titulación colectiva, que se ordene darle el correspondiente trámite y respuesta, así como

las demás órdenes que se plantearon en la demanda de tutela; ii) para el caso de que se asuma que sí ha habido respuesta, que se ordene dejar sin efectos esa decisión, y se tomen las demás medidas antes solicitadas; iii) que en caso de concluirse que existe un medio de defensa procedente para atacar esta decisión, se conceda la tutela como mecanismo transitorio y en consecuencia se ordene al INCODER suspender todos los actos jurídicos y/o transacciones que hasta la fecha haya celebrado en relación con estos predios, así como abstenerse de emprender ningún otro hasta tanto no exista una decisión judicial de fondo en torno al tema aquí planteado.

5. Sentencia de segunda instancia

La impugnación interpuesta fue decidida por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia mediante fallo de enero 28 de 2008, confirmándose la sentencia impugnada, por compartir la totalidad de los razonamientos que frente al tema propuesto realizó el Tribunal de primera instancia.

En esta línea, observó el *a quo* que la entidad pública demandada sí dio contestación efectiva al derecho de petición elevado por la organización y las personas demandantes, y que el hecho de no haberse accedido a lo solicitado no es razón para afirmar que este derecho ha sido conculcado. Resaltó también que el INCODER, en sus varias comunicaciones, advirtió a los peticionarios que las áreas sobre las cuales pretenden la titulación son baldíos reservados no adjudicables, lo que junto a los pronunciamientos judiciales recaídos sobre la materia, impedía dar curso favorable a la solicitud presentada. Finalmente, señaló que la acción de tutela no es el mecanismo judicial adecuado para ventilar ni decidir los posibles desacuerdos existentes en torno a las decisiones administrativas y judiciales a que se ha hecho referencia.

6. Pruebas y otras actuaciones surtidas ante la Sala de Revisión

6.1. Mediante auto de julio 2 de 2008, para mejor proveer, la entonces Sala Séptima de Revisión decretó varias pruebas y ordenó suspender los términos para fallar el presente asunto.

En primer término, la Sala decidió oficiar a varias entidades públicas¹⁶ para solicitarles que suministraran la información de carácter histórico, social y demográfico que en razón de sus funciones conste en sus archivos o haya llegado a su conocimiento, en relación con la existencia o no de comunidades negras organizadas asentadas en el territorio que actualmente corresponde al archipiélago de las Islas del Rosario, en el Distrito de Cartagena. Se solicitó también que al responder se incluyera la totalidad de la información disponible en relación con la antigüedad de los asentamientos humanos existentes y sus características demográficas y socio-económicas, así como lo relacionado con las fuentes históricas y/o documentales de donde la información suministrada hubiere sido tomada.

¹⁶ Esta solicitud se dirigió a la Dirección de Etnias del Ministerio del Interior y de Justicia, a la Alcaldía Mayor del Distrito Turístico y Cultural de Cartagena de Indias y al Instituto Colombiano de Antropología e Historia (ICANH).

En la misma providencia se solicitó a varias facultades y departamentos académicos¹⁷ elaborar y enviar con destino a esta Sala de Revisión un estudio sucinto que compendiará la información por ellos conocida en relación con la existencia o no de comunidades negras organizadas, asentadas en el territorio del actual archipiélago de las Islas del Rosario. También en este caso se pidió incluir la información disponible acerca de la antigüedad de los asentamientos humanos, sus características demográficas y socio-económicas y las fuentes históricas y documentales en que tales estudios se hubieren basado.

Como resultado de las pruebas decretadas, se obtuvieron las siguientes respuestas e informaciones:

6.1.1. Del Ministerio del Interior y de Justicia

Este Ministerio, por conducto del Jefe de la Oficina Asesora Jurídica envió un escrito con algunos anexos (fs. 135 a 153 cuaderno Corte Constitucional) informando sobre las gestiones adelantadas frente al asunto consultado¹⁸.

A este respecto informó de la existencia de una Comisión Consultiva de Alto Nivel de Comunidades Negras, aun cuando no aportó ninguna información sobre su naturaleza, composición o funciones. También refirió la realización de varias reuniones, que habrían contado con participación de representantes de las comunidades interesadas en la titulación colectiva y comentó sobre la propuesta que habría formulado el entonces Presidente de la República, para conceder a tales comunidades el usufructo de las tierras cuya titulación pretenden. Relató que el tema específico que es objeto de la presente acción de tutela ha sido abordado en varias de esas reuniones, sin llegarse hasta esa fecha a ningún acuerdo al respecto. Mencionó también que en tales conversaciones ha participado de manera activa el antropólogo Carlos Durán, quien ha realizado una amplia investigación profesional sobre esta materia¹⁹.

Dentro de los anexos aportados se encuentra una copia informal de una de las reuniones a que se hizo referencia, realizada en Santa Marta el 25 de noviembre de 2007, la cual recoge varias intervenciones en las que algunos de los asistentes realizan relatos históricos acerca de la presencia de las comunidades negras en las Islas del Rosario, así como de las actuaciones que durante las décadas recientes han cumplido las autoridades, tanto nacionales como del Distrito de Cartagena. También se adjuntó copia de varios documentos relativos a la constitución, reconocimiento y representación legal del Consejo Comunitario que obra como demandante.

17 Las instituciones consultadas en este caso fueron el Departamento de Historia de la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de los Andes, el Departamento de Historia y Geografía de la Facultad de Ciencias Sociales de la Pontificia Universidad Javeriana y el Departamento de Historia de la Facultad de Ciencias Humanas de la Universidad Nacional de Colombia.

18 En su comunicación, el entonces Ministerio del Interior y de Justicia informó además que, mediante Decreto 1720 de mayo de 2008, la antigua Dirección de Etnias se fraccionó dando lugar a la creación de dos nuevas direcciones, de una parte la de Asuntos Indígenas, Minorías y ROM, y de otra, la de Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras.

19 Según se informó, este investigador es autor de la monografía titulada “¿Es nuestra isla para dos? Conflicto por el desarrollo y la conservación en Islas del Rosario”.

6.1.2. Del Instituto Colombiano de Antropología e Historia ICANH

En respuesta a lo solicitado, la Jefe de la Oficina Jurídica de este Instituto remitió al despacho del Magistrado sustanciador una copia en medio magnético del ya mencionado trabajo del antropólogo Carlos Andrés Durán Bernal titulado “*¿Es nuestra isla para dos? Conflictos para el desarrollo y conservación de las islas del Rosario*” (fs.154 y 155 ib.), al considerar que su análisis puede ser de utilidad en la solución del problema aquí planteado.

6.1.3. De los centros universitarios consultados

El Departamento de Historia y Geografía de la Facultad de Ciencias Sociales de la **Universidad Javeriana** presentó a la Corte un documento elaborado por varios profesores de ese centro (fs. 158 a 161 ib.) en el que suministran un listado de fuentes de información existentes en la Internet relacionados con la presencia de comunidades afrodescendientes en el territorio colombiano y, en particular, en el archipiélago de las Islas del Rosario.

Por su parte, los Directores del Departamento de Historia de la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de los Andes y del Departamento de Historia de la Universidad Nacional de Colombia enviaron a la Corte sendos escritos (fs. 156 y 162 ib.) en los que informan que esos centros de estudios no han desarrollado ninguna línea de investigación respecto a los asentamientos de comunidades negras en el territorio de las Islas del Rosario, razón por la cual se abstienen de aportar información sobre el tema.

El señor Decano de la **Facultad de Ciencias Humanas de la Universidad Nacional de Colombia** hizo llegar al Magistrado sustanciador (fs. 163 a 176 ib.) un escrito sobre los temas planteados, elaborado por el Grupo de Estudios Afro-colombianos del Centro de Estudios Sociales de esa Facultad. Dentro de la información consignada en este escrito, puede destacarse lo siguiente:

Inicialmente, se refiere a los conceptos básicos definidos y mencionados en normas tales como el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo OIT²⁰ y en la Ley 70 de 1993, en especial el de *comunidad negra organizada*, de los cuales dependería el derecho del grupo accionante a la adjudicación y la propiedad colectiva de los terrenos solicitados. A partir de esto, enfoca su estudio a establecer si los actuales habitantes de las Islas del Rosario encuadrarían dentro de dicha definición.

A continuación informa sobre la composición demográfica de la población actualmente agrupada en la organización comunitaria accionante, que según datos provistos por ella misma ascendía para el año 2006 a 570 personas, pertenecientes a todos los grupos étnicos²¹. Resalta que la sola existencia de una organización de estas características es indicativa del grado de cohesión

²⁰ Incorporada al derecho interno mediante Ley 21 de 1991.

²¹ Esta información, tanto como muchos otros datos consignados y comentados a lo largo de este escrito proviene también de la ya citada monografía “*¿Es nuestra isla para dos? Conflicto por el desarrollo y la conservación en Islas del Rosario*”, del antropólogo Carlos Andrés Durán Bernal.

interna e identidad cultural que distingue a sus integrantes. Además, la creación de la entidad accionante sería coetánea a la fundación del poblado Orika, ubicado sobre el territorio cuya titulación colectiva se pretende, la cual según se informa tuvo lugar en el año 2001.

Posteriormente se refiere a lo que denomina *“la memoria colectiva y la historia compartida”*. A este respecto informa que los miembros de la comunidad negra residente en esta región del país tienen como común denominador ser descendientes de los antiguos esclavos, circunstancia que además influye de manera determinante en la situación de exclusión, marginación social e incluso servidumbre, que hasta la fecha presente sufren aún muchas personas de raza negra.

En el mismo aparte, y en relación con la antigüedad de los asentamientos humanos existentes en las Islas del Rosario, da cuenta de la existencia de una antigua y muy estrecha relación entre sus pobladores y los de la actual isla de Barú, que siglos atrás fue una península, pero fue luego separada del continente a raíz de la construcción del Canal del Dique. Informa que, al menos desde las épocas de la colonia española, los habitantes de Barú desarrollaban actividades agrícolas en varias de las islas que actualmente conforman el archipiélago de las Islas del Rosario, pero que por la falta de agua, el carácter malsano del clima de aquéllas y la posibilidad de acceso terrestre a la ciudad de Cartagena de Indias, durante mucho tiempo la mayoría de ellos prefirieron continuar residiendo de manera estable en la isla de Barú. A partir de una cita del ya referido antropólogo Carlos Durán Bernal, señala que *“el poblado de Barú debe ser visto como el casco urbano y el resto de la península y sus islas, como la periferia agrícola”*. Sin embargo, permite entender también que la explotación económica de la zona mediante el desarrollo de actividades agrícolas, piscícolas y/o pecuarias fue estable, y que no obstante lo antes explicado, siempre hubo grupos humanos, en su mayoría trabajadores agrícolas, posiblemente de raza negra, que solían pernoctar en algunas de estas islas y con ello se convirtieron en sus primeros pobladores.

Más adelante explica el esquema de propiedad colectiva y el consiguiente rechazo a la apropiación privada que, según indica, era característico desde esa época en los pobladores de estas islas. Como sustento de ello transcribe algunos apartes de escrituras públicas relacionadas con estas tierras²², incluyendo una de 1851 y otras de 1890, en las que por el contrario se probaría la existencia de propiedad privada con fines de explotación agrícola.

Relata lo ocurrido durante el siglo XX, especialmente en la segunda mitad de éste, época en la que comenzó la llegada a las islas de colonos mestizos o de raza blanca provenientes de Cartagena, algunos de los cuales establecieron casas de recreo y otros dieron inicio a las actividades turísticas que más recientemente se desarrollan en ellas. Informa que a partir de estos hechos, muchos de los pobladores de raza negra terminaron empleándose al servicio

²² Tomadas igualmente del texto del antropólogo Durán Bernal, si bien se incluyen las referencias al protocolo notarial de la ciudad de Cartagena de donde éste las habría tomado.

de esas personas, como trabajadores de la construcción, cuidadores de las casas o sitios de recreo, o empleados de la industria turística, y que mientras esas actividades se concentraron en los bordes y playas, los nativos y sus viviendas debieron replegarse al interior de las islas, en particular en la denominada Isla Grande, pues normalmente esos terrenos no se consideran aptos para las actividades turísticas y/o recreativas.

Finalmente destaca lo que considera una particular *relación campo-poblado*, que caracteriza a los habitantes de las Islas del Rosario, la que entiende como expresión del manejo territorial y de las prácticas económicas y sociales de esta población. Explica que a semejanza de lo que, según antes relató, ocurría hace varios siglos, los pobladores de estas islas mantienen una especial relación con el entorno y el territorio de este archipiélago y de la isla de Barú y con las áreas marinas circundantes, lo cual hace parte de su memoria colectiva, dependiendo de ello para su supervivencia, mediante el aprovechamiento con prácticas de desarrollo sostenible.

Señala que las actividades, principalmente agrícolas o de pesca a las que ellos se dedican encuadran claramente en el concepto de *prácticas tradicionales de producción*, definido en el artículo 2° de la Ley 70 de 1993. Añade que si bien los habitantes de las islas reconocen y respetan la propiedad privada, también aceptan y le atribuyen quizás mayor importancia a la pacífica ocupación y uso del suelo por parte de quienes lo requieran para su subsistencia, siempre que exista disposición para trabajar y que ese uso sea compatible con las costumbres y prácticas de producción de esa comunidad.

Con base en todo lo anterior, a manera de conclusión sostiene que “*la población afrocolombiana de las Islas del Rosario cuenta con una conciencia de identidad y unos rasgos culturales comunes que son característicos del concepto de comunidad negra organizada*”²³. Más adelante, agrega que estas islas “*no han estado deshabitadas por siglos, sino que han sido excluidas de la historia oficial, por la invisibilidad histórica (fuentes orales y escritas) a la que han estado condenadas las poblaciones afrocolombianas*”. En esta línea, resalta que la resolución expedida por el INCORA en 1984 por la cual se declaró que las tierras de estas islas son baldíos reservados incurre en contradicción al considerar que en ellas no ha existido una “*población organizada*”, no obstante reconocer simultáneamente que esos territorios “*venían siendo ocupados desde épocas remotas por nativos de escasos recursos, quienes la explotan rudimentariamente en cultivos de pancoger y otros*”, planteamientos que considera opuestos al espíritu de la Constitución Política de 1991.

6.1.4. En razón a que varias de las autoridades y entidades consultadas, resaltaron la pertinencia e importancia de la monografía “*¿Es nuestra isla para dos? Conflictos para el desarrollo y conservación de las islas del*

23 También contemplada y definida en el artículo 2° de la Ley 70 de 1993.

Rosario”, de autoría del antropólogo Carlos Andrés Durán Bernal²⁴, e incluso algunas de ellas enviaron su texto completo al Magistrado sustanciador, la Sala realiza a continuación un breve resumen de su contenido y conclusiones.

Para apreciar la relevancia de este documento, debe indicarse que aborda, desde la perspectiva antropológica, varios de los temas planteados por la organización accionante, los que por ende resultan pertinentes para la resolución del presente caso. En cuanto a su contenido, después de formular el problema objeto de investigación, se desarrolla en seis distintos capítulos y uno más de conclusiones. Tales capítulos corresponden a los siguientes temas: i) el siglo de las bonanzas; ii) “*la cultura de la liga*” frente al desarrollo turístico; iii) el “*paraíso*” de las ciencias ambientales y el turismo; iv) las islas son baldíos reservados; v) Orika y el movimiento social isleño; vi) la utopía del desarrollo sostenible. Una vez desarrollados estos temas, el capítulo de conclusiones resalta los siguientes aspectos:

En primer lugar el autor realiza un recuento de lo que denomina “*la llegada del desarrollo*”, en el que describe las transformaciones sociales, económicas, y ecológicas que se operaron en varias zonas del archipiélago de las Islas del Rosario durante las décadas recientes, con el arribo de las personas que iniciaron y desarrollaron la industria turística que actualmente existe en ese lugar. A este respecto señala las grandes diferencias existentes entre la llamada “*cultura de la liga*”, que de tiempo atrás practicaban los nativos, y los nuevos retos y necesidades propios de la economía de mercado en la que se encuentran inmersos los empresarios turísticos.

Explica que la *cultura de la liga* es un sistema económico basado en la autosatisfacción diaria de las necesidades individuales, principalmente a través de la pesca, y en la mutua solidaridad de quienes integran la comunidad, dispuestos a apoyarse unos a otros en caso de no lograr conseguir algún día el sustento de su familia. Resalta también que en este sistema el nativo es autónomo para trabajar o no cada día, dependiendo de su ánimo o estado de salud, así como de los excedentes de que disponga, costumbres y supuestos que chocan frontalmente con los que caracterizan el régimen laboral “*formal*” que practican los empresarios turísticos, quienes consideran a los nativos perezosos y poco confiables.

Relata también las situaciones que frente a estos hechos han afrontado las familias nativas, ante la disyuntiva de insertarse en el mercado “*formal*” que les ofrecería la industria del turismo, en todo caso con bajos salarios, o permanecer dentro de su propia cultura pero sintiéndose excluidos por el entorno ahora dominante. Finalmente, alude a la notoria transformación del paisaje generada por la llegada y el auge de la industria turística y al grave daño ecológico causado por esta misma situación, que además ha conducido al repliegue de los nativos hacia la parte interna de las islas, único territorio

²⁴ Este documento fue elaborado por su autor como trabajo de grado para optar al título de Magister en Antropología Social de la Universidad de los Andes de Bogotá, y fue concluido en diciembre de 2006.

no atractivo para la construcción de proyectos de esta naturaleza.

En la segunda parte de las conclusiones, titulada “*paraíso y utopía*”, el autor relata cómo la industria turística busca excluir a los nativos de todas las fuentes de empleo resultantes de ella. También presenta lo que considera una grave dicotomía existente entre el argumento de ser las islas baldíos reservados pertenecientes a la Nación, cuya recuperación se justifica en el interés de todos los colombianos por disfrutar de sus recursos, y la realidad que, en su concepto, muestra que el no reconocimiento de los derechos pretendidos por los nativos favorece sólo a un limitado grupo de ciudadanos, aquellos que desde hace ya varias décadas lograron hacerse al control de la floreciente industria turística de las islas. Así, explica el autor, la conservación del paraíso turístico que se pretende defender en aras del interés colectivo, deja sin opciones e implica el sacrificio de los derechos de los nativos, quienes en su condición de ciudadanos colombianos deberían también ser aceptados como potenciales beneficiarios de estos recursos.

6.2. Con posterioridad a la práctica de estas pruebas se recibieron varios escritos provenientes de autoridades y personas que expresan su opinión sobre este caso y plantean a la Sala alguna solicitud concreta respecto del sentido del fallo que ahora se profiere.

6.2.1. La primera de estas intervenciones fue presentada el 4 de septiembre de 2008 por el entonces **Procurador General de la Nación**, Edgardo Maya Villazón, quien en desarrollo de lo establecido en el numeral 2° del artículo 277 de la Constitución Política, coadyuvó la solicitud de tutela (fs. 179 a 188).

Consideró el jefe del Ministerio Público que en desarrollo del concepto de Estado social de derecho, propio de la Nación colombiana, y en virtud del mandato de protección a su diversidad étnica y cultural (art. 7° superior y Convenio 169 de la OIT²⁵), los actores son sujetos merecedores de la especial protección del Estado, tanto como los miembros de otros grupos étnicos (entre ellos los indígenas, raizales y gitanos), diferentes a la mayoría de la población colombiana. Sostiene entonces que el análisis de los hechos planteados en esta tutela debe estar enmarcado por esta premisa. A partir de ello, analiza lo relativo a la eventual vulneración de cada uno de los derechos invocados.

En esta línea, afirma el Procurador que en este caso existe una evidente vulneración del derecho de petición, pues el INCODER no dio contestación oportuna a la solicitud de titulación colectiva aquí referida, y las comunicaciones que a este respecto ha expedido no resuelven de fondo sobre lo pedido ni cumplen con los demás requisitos desarrollados por la ley y la jurisprudencia de esta corporación, entre ellos los de oportunidad, debida notificación, claridad, precisión y congruencia. También considera que las circunstancias equívocas en que se produjeron las supuestas respuestas al derecho de petición de los accionantes, así como la simultánea adjudicación a

²⁵ Incorporado al derecho interno mediante Ley 12 de 1991.

terceros de parte de los terrenos cuya titulación colectiva se solicita (bajo las figuras del usufructo o el arrendamiento), implican la vulneración del derecho fundamental de aquéllos al debido proceso administrativo.

Afirma que esos mismos hechos implican también el desconocimiento del derecho a la consulta previa a la comunidad negra sobre las medidas que podrían afectarla, derecho previsto en el ya citado Convenio 169 de la OIT, cuyo articulado hace parte del bloque de constitucionalidad. Esta situación se deriva especialmente de la expedición y aplicación del Acuerdo 041 de 2006, que regula la celebración de los contratos individuales de usufructo y arrendamiento sobre las tierras objeto de la solicitud de titulación colectiva, sin tomar en cuenta en manera alguna la opinión de las comunidades negras que con su formalización se verían afectadas.

En igual sentido, sostiene que la actuación del INCODER en el presente caso vulnera a los miembros de la organización actora los derechos fundamentales a la existencia, a la integridad cultural y social y a la autonomía de las comunidades étnicas. La sustentación de estos temas va precedida de una explicación según la cual las comunidades negras son sujetos titulares de los mismos derechos fundamentales que le carta política y la jurisprudencia constitucional reconocen a las comunidades indígenas²⁶, y en general a todos los grupos étnicos cuyos integrantes tienen características que los distinguen de la mayoría de los restantes ciudadanos.

Respecto al derecho de las comunidades étnicas a la propiedad colectiva de la tierra, cita la sentencia T-188 de 1993, así como documentos de la Asamblea Nacional Constituyente de 1991 y el referido Convenio 169 de la OIT, todos los cuales explican la relación existente entre ese derecho y la posibilidad de desarrollar otros de los derechos fundamentales reconocidos a tales comunidades, especialmente el de la identidad cultural. Derecho que, según explica, genera el correlativo deber del Estado de maximizar la posibilidad de que estas comunidades accedan a su disfrute y de abstenerse de obstruirlo, como lo estaría haciendo el INCODER al no impartirle a la solicitud de los accionantes el procedimiento legalmente previsto, esto es, el contenido en el Decreto 1745 de 1995.

Frente a los otros derechos fundamentales predicables únicamente de los grupos étnicos en cuanto sujetos colectivos, se refiere en primer lugar al derecho a la existencia o subsistencia, derecho que sería análogo al derecho a la vida de las personas naturales, y que en este caso consiste en la garantía de no desaparecer como comunidad, poder fortalecer su cultura y hacer posible que sus descendientes gocen también de esas posibilidades.

Recalca que la actitud omisiva del INCODER al no resolver sobre lo pedido y proceder en cambio a fraccionar el territorio cuya titulación colectiva se ha solicitado, pone en serio riesgo el derecho de esa comunidad a su subsistencia, así como el de su integridad cultural y social, al fomentar su desunión y

26 Cita de manera particular la sentencia C-169 de 2001.

fragmentación con la adjudicación parcial de su territorio a personas extrañas a la comunidad, e incluso provocar conflictos entre sus miembros.

Finalmente, señala que la actuación del INCODER implica también el desconocimiento del derecho a la autonomía de la comunidad accionante, según el entendimiento que de él han tenido el Convenio 169 de la OIT y la jurisprudencia constitucional, puesto que en este caso se hace imposible que aquella ejerza verdadero control sobre las decisiones que afectan su existencia y desarrollo como comunidad.

6.2.2. Mediante memorial presentado ante la Secretaría de esta corporación el 7 de noviembre de 2008 (fs. 200 a 214), los ciudadanos Daniela Botero Marulanda, Ingrid Díaz Moreno, Margarita González Rangel, Catalina Martínez Sarmiento, Sergio Ramírez Díaz, Juan Pablo Vera Lugo y Julio Arias Vanegas, **estudiantes de Antropología de la Pontificia Universidad Javeriana**, coadyuvaron la solicitud de tutela. En sustento de su posición realizaron una presentación, desde la perspectiva antropológica, sobre el pasado y el presente de los pobladores de las Islas del Rosario, dividido en tres apartes principales, que se explican a continuación:

En primer lugar se refirieron a lo que denominaron la “*marginación y exclusión de los afrocaribeños en la construcción de la Nación*”, aparte en el cual destacan la importancia que la ciudad de Cartagena tuvo durante la época colonial como primer puerto de entrada y lugar de activo comercio de los esclavos negros traídos de África, hechos que más adelante explican la composición racial y demográfica que, aún en la actualidad, tiene la población de esa ciudad y de la Región Caribe en general. Señalan que, pese a ser numéricamente mayoritarios, las personas de raza negra y sus descendientes no han tenido una participación activa e importante en las decisiones que determinan la vida política y económica de la región, lo que a su entender es producto de la forma como se ha contado la historia nacional²⁷ y de la consiguiente invisibilización a la que la población negra ha sido sometida en cuanto actor social en Colombia, todo lo cual constituiría además una prolongación de las circunstancias que en siglos anteriores justificaron la existencia de la esclavitud. Añaden que la usual presentación de la Nación colombiana como de carácter mestizo contribuye también a la invisibilización social de la población negra, situación que podría comenzar a cambiar a partir de la vigencia de la Constitución de 1991 y de su artículo 55 transitorio.

En el segundo punto abordan la problemática de la “*etnicidad socio-cultural afro-caribeña*”, destacando que la Ley 70 de 1993, por la cual se desarrolla la norma superior antes citada en lo referente a la propiedad colectiva de la tierra, sería en cierta forma una nueva fuente de exclusión de algunas poblaciones afrodescendientes, en razón a lo restrictivo de las definiciones

²⁷ En este punto destacan la activa participación que, contrario a lo que habitualmente se cree, y a la versión que darían las élites criollas de la época, tuvo la población negra dentro de los movimientos y la guerra de independencia a comienzos del Siglo XIX.

que fijan su campo de acción²⁸ y al hecho de referirse casi exclusivamente a quienes habitan los departamentos de la Región Pacífica.

Resaltan que los residentes de las Islas del Rosario, tanto como otras poblaciones de raza negra de otras regiones del país, sostienen una particular relación con el territorio circundante, de donde derivan su sustento mediante actividades como la pesca y la agricultura, y frente al cual desarrollan un estrecho vínculo de pertenencia, que justifica la forma de propiedad colectiva que la carta de 1991 previó para ellos. Concluyen que esta población estaría siendo doblemente discriminada, de una parte por ser negros (en la forma que es habitual en Colombia), y de otra, por no encuadrar de manera exacta en los supuestos de los cuales depende la posibilidad de gozar de los derechos que la Constitución reconoció a los afrodescendientes residentes en Colombia.

Por último, analizan de manera particular la situación de los denominados *baruleros*²⁹, habitantes de las Islas del Rosario. Afirman que estos grupos humanos han habitado zonas de este archipiélago y de sus áreas marinas circundantes desde hace 150 años a lo menos, experimentando la peculiar relación con el territorio que antes quedó descrita, frente a lo cual refiere el impacto que ellos han sufrido durante las últimas décadas, como resultado de la llegada de los colonos provenientes de Cartagena y de otros lugares del país, y el florecimiento de la industria turística que se busca consolidar en estas áreas.

Explican cómo estas circunstancias amenazan la supervivencia de esta comunidad y fuerzan a sus integrantes a abandonar su cultura y terminar mimetizándose dentro de la sociedad predominante, sea que permanezcan en las islas o que emigren a Cartagena o a otros lugares, asumiendo trabajos de bajo reconocimiento y remuneración, entre ellos los de vigilancia y/o servicio doméstico, o peor aún, viviendo situaciones de pobreza y marginación, lo que así mismo prolonga la tradicional exclusión de estas comunidades. Añaden que en estas circunstancias la protección ofrecida por la Constitución resulta ilusoria, pues se reduce apenas al reconocimiento de la diversidad cultural, mientras que la Ley y el sistema jurídico sólo aparecen en sus vidas para exigirles y, en muchos casos, para perjudicarles.

Para concluir, se refieren a las distintas presiones de las que estarían siendo objeto los integrantes de la población barulera, las cuales podrían terminar por anular y hacer desaparecer la identidad cultural de aquéllos. Señalan que la actuación que en este sentido ha desplegado el INCODER, tal como ha quedado explicado en la demanda de tutela y en otras intervenciones, es un nuevo ejemplo de esas presiones, contrarias a los derechos garantizados por la norma superior, y en esa medida hacen un llamado a la Corte Constitucional para que reconozca la complejidad de la situación subyacente y adopte una decisión verdaderamente protectora de los derechos de los accionantes.

28 Se refieren particularmente a la definición de *comunidad negra*, contenida en el numeral 5° del artículo 2° de esta ley.

29 Este nombre es casi un gentilicio para esas poblaciones y alude a la ya explicada relación existente entre ellos y la cercana isla de Barú.

6.2.3. El 20 de noviembre de 2008 se recibió una comunicación suscrita por el entonces **Jefe de la Oficina Jurídica del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural** (fs. 216 a 270 ib.), en la que plantea algunas consideraciones que solicita a la Sala tener en cuenta al momento de decidir sobre esta acción, y anexa varios documentos relativos al tema.

En primer término, manifiesta que los terrenos cuya titulación colectiva pretenden los actores son baldíos reservados, conforme a lo establecido en el Código Fiscal de 1912, según quedó aclarado al término de la actuación administrativa adelantada por el antiguo INCORA entre los años 1968 y 1984, puesto que en esa oportunidad no se probó que dichos terrenos hubieran sido ocupadas por poblaciones organizadas con anterioridad a la vigencia de ese código. Agrega que si bien los interesados agotaron la vía gubernativa (interponiendo el recurso de reposición al resolver el cual se confirmó la decisión inicial) no ejercieron en cambio las acciones judiciales procedentes contra esa decisión, por lo cual éste quedó en firme hace ya varios años.

Posteriormente: i) explica el contenido del Acuerdo 041 de 2006, adoptado por la Junta Directiva del INCODER, que regula la posibilidad de celebrar contratos de usufructo sobre los terrenos de las Islas del Rosario, y establece los requisitos para ello; ii) señala que la acción de tutela es improcedente para reclamar derechos cuya defensa hubiere sido posible mediante acciones judiciales ordinarias, que anteriormente se dejó caducar; iii) recuerda la existencia de un fallo emitido al término de una acción de cumplimiento, confirmado en segunda instancia por el Consejo de Estado, en el que se ordenó a la Nación proceder a la recuperación de estas tierras al considerarlas indebidamente ocupadas, precisamente en atención a su carácter de baldíos reservados, y iv) reseña dos conceptos emitidos por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, en los que se habría ratificado la calidad de baldíos reservados que tienen estos terrenos y la obligación del INCODER de proceder a su recuperación.

A partir de lo anterior y respecto del caso concreto, reitera que los terrenos en cuestión tienen el carácter de inadjudicables, pues así lo establecen tanto la Ley 70 de 1993 como el Decreto 1745 de 1995, razón por la cual en su opinión procedía el rechazo *in limine* de la solicitud presentada por la organización accionante. Finalmente, asegura que el INCODER no ha adelantado ningún procedimiento de desalojo como lo denuncian los actores, pues las diligencias cumplidas el 11 de septiembre de 2007 tenían apenas el carácter de inspecciones oculares y no contaron con la presencia de la fuerza pública, aspectos que busca acreditar con las copias que adjunta de las actas de tales inspecciones (fs. 262 a 267).

6.3. Recaudadas las anteriores pruebas, mediante auto de septiembre 22 de 2009 el Magistrado sustanciador ordenó oficiar a la organización y personas accionantes, así como al INCODER en su calidad de entidad demandada, para que respondieran sendos breves cuestionarios encaminados a establecer la ocurrencia de hechos nuevos durante el tiempo transcurrido desde la fecha de interposición de esta acción de tutela.

6.3.1. En respuesta al anterior requerimiento, la entonces Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del INCODER informó el 30 de septiembre de 2009 que ese Instituto: i) no ha dirigido a los accionantes ninguna nueva comunicación que tenga o no el carácter de acto administrativo y que haga referencia a la solicitud de titulación colectiva presentada por aquéllos; ii) ha adelantado un total de 242 procedimientos de “*recuperación de baldíos indebidamente ocupados*” en jurisdicción del Distrito de Cartagena, de los cuales anexa una relación (fs. 308 a 326), en la que no consta la fecha de tales procedimientos ni es claro que se trate de terrenos comprendidos dentro de la solicitud de titulación colectiva a que se ha hecho referencia; iii) no ha promovido ni sido objeto de ninguna otra acción judicial, de tutela o de otro tipo, relacionada con los hechos que dieron lugar a esta demanda³⁰.

6.3.2. Por su parte, el abogado Rodrigo Uprimny Yepes, quien invocó su múltiple condición de ciudadano, director del Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad DEJUSTICIA y apoderado especial de los accionantes, informó al despacho del Magistrado sustanciador el 6 de octubre de 2009 que: i) sus poderdantes no han recibido ninguna nueva comunicación oficial relacionada con el caso aquí planteado; ii) se han presentado acciones o procedimientos ejecutados por varias entidades, entre ellas la Unidad de Tierras UNAT, de la Dirección de Parques Nacionales y de la Corporación Autónoma Regional del Canal del Dique – CARDIQUE, que perturbarían y/o afectarían a los miembros de la comunidad solicitante³¹ y pretenderían hacer nugatorios los efectos de una eventual decisión favorable de la Corte Constitucional en este proceso; iii) la comunidad y personas accionantes no han iniciado en contra del INCODER ninguna otra acción judicial distinta a la presente tutela, que tenga relación con la solicitud de titulación colectiva sobre predios de las Islas del Rosario por ellos presentada.

A esta comunicación se anexaron copias de varios documentos relevantes, entre ellos: i) carta que el Consejo Comunitario Afrodescendiente de las Islas del Rosario envió el 29 de enero de 2009 a los abogados de DEJUSTICIA relatando varios de los hechos referidos en la nota anterior; ii) comunicación que los señores José Julio Gómez y Ever de la Rosa Morales, miembros de la organización demandante dirigieron el 7 de julio de 2009 al Director General de CARDIQUE, mediante la cual se presentan descargos dentro de la investigación administrativa que esa entidad adelanta contra el primero de ellos; iii) carta de fecha 15 de octubre de 2008 dirigida por el Consejo

30 En los tres casos se aclara que la respuesta cobija también a la Unidad Nacional de Tierras Rurales UNAT, creada a través de la Ley 1152 de 2007, entidad que tenía a su cargo la realización de este tipo de procedimientos y que habría quedado disuelta y en estado de liquidación como efecto de la sentencia C-175 de 2009 de esta corporación, que declaró la inexequibilidad de esa ley.

31 El apoderado de los solicitantes suministró las fechas exactas e información precisa sobre la naturaleza de los hechos a que se refiere, los cuales incluyen: i) la solicitud a los pobladores de las islas (según afirmó, en algunos casos bajo engaño o presión, o aprovechando condiciones de indefensión) para que firmen documentos en los que renuncian a sus derechos en relación con la propiedad colectiva de estas tierras; ii) la destinación de predios que hacen parte de los solicitados para la construcción de instalaciones públicas, como algunas destinadas a alojar a la Policía Nacional; iii) el adelantamiento de investigaciones y/o la imposición de sanciones derivadas de la construcción de pequeñas obras de interés de la comunidad, llevadas a cabo por miembros de la organización accionante; iv) el desconocimiento del Consejo Comunitario demandante como entidad que ejercería autoridad de organización administrativa dentro del territorio de su jurisdicción.

Comunitario accionante al Capitán de Corbeta Ítalo Pineda Vargas, también en relación con la investigación adelantada por CARDIQUE; iv) resolución N° 0371 expedida el 22 de mayo de 2009 por el Director General de CARDIQUE, por la cual se resuelve un recurso de reposición dentro del trámite de la investigación administrativa adelantada por esa entidad contra el señor José Julio Gómez, miembro de la comunidad accionante.

6.4. Posteriormente, el 26 de noviembre de 2009 el representante legal y varios otros miembros de la organización accionante dirigieron al Magistrado ponente y a otros integrantes de esta corporación un memorial, en el que informan sobre algunos hechos entonces recientes, que en su concepto deberían ser tenidos en cuenta al momento de adoptar esta decisión, que reclaman sea favorable a lo solicitado en la demanda.

Los interesados relatan que durante los meses anteriores a su comunicación, autoridades nacionales, entre ellas el INCODER, CARDIQUE y la Unidad Administrativa Especial del Sistema de Parques Nacionales Naturales UAESPNN, han adelantado nuevas actuaciones que implican desconocer la existencia del Consejo Comunitario y avanzar en el proceso de ponerse en imposibilidad de cumplir una eventual decisión de esta Corte a favor de los accionantes. Señalan que las referidas autoridades continúan desconociendo el derecho a la consulta previa de la comunidad negra habitante de las islas, bajo el argumento de que al no ser titulares de una propiedad colectiva dicho trámite no resulta obligatorio. Igualmente se refieren a la existencia de sanciones e investigaciones administrativas contra varios integrantes de ese Consejo Comunitario, por acciones en beneficio de su comunidad que debieran considerarse legítimas en caso de reconocerse el derecho de ésta a la titulación colectiva pretendida.

Por todo lo anterior, los peticionarios solicitan a la Corte Constitucional decidir prontamente este caso, lo que hasta la fecha no ha sido posible debido a su complejidad, al ingente recargo de asuntos que padece la corporación, y a la cantidad, calidad y densidad de las intervenciones recibidas.

6.5. El 8 de marzo de 2011 el abogado Rodrigo Uprimny Yepes hizo llegar al despacho del Magistrado sustanciador copia en 128 folios de un conjunto de documentos relativos a la situación denunciada por la ciudadana Miryam del Socorro Ponce Zapata, habitante de Isla Grande y miembro de la comunidad que solicita la titulación colectiva que dio origen a esta acción de tutela, quien ha sido objeto de una actuación administrativa adelantada por la Alcaldía Distrital de Cartagena, y sería además víctima de actuaciones irregulares e intimidaciones propiciadas por arrendatarios del INCODER, a través de las cuales se pretende inducirla a vender sus derechos y abandonar la zona.

Estos documentos incluyen escritos presentados ante la Alcaldía Local, la Personería Distrital, el INCODER, así como copias de una demanda de tutela intentada contra la primera de estas entidades y de su respectiva decisión, además de un escrito que el representante legal del Consejo Comunitario accionante dirige a este tribunal, en el que pone en conocimiento esos hechos

y nuevamente solicita que se emita decisión de fondo sobre lo demandado.

6.6. El 3 de agosto de 2012 el señor Ever de la Rosa, representante legal del Consejo Comunitario, accionante hizo llegar al Magistrado sustanciador un extenso escrito en el que, además de recordar algunos de los hechos que motivaron la presentación de esta acción, informa sobre situaciones acaecidas durante los meses más recientes, en particular las actuaciones cumplidas por la corporación autónoma regional CARDIQUE, competente en el archipiélago de las Islas del Rosario, en contra de varios pobladores³² miembros de este Consejo Comunitario, por la presunta comisión de infracciones ambientales.

El memorialista denuncia lo que sería un ánimo persecutorio contra los integrantes de esa comunidad por parte de la autoridad ambiental, que ha ordenado la demolición de construcciones levantadas por aquéllos, además de lo cual las actuaciones desarrolladas serían contrarias a la diversidad cultural pues habrían debido dar lugar a un procedimiento de consulta previa.

En razón a estas circunstancias, solicita a esta Sala de Revisión adoptar como medida provisional, con apoyo en lo dispuesto en el artículo 7° del Decreto 2591 de 1991, la orden a CARDIQUE de suspender las referidas actuaciones y no iniciar ninguna otra del mismo tipo hasta tanto se resuelva esta acción.

V. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. La competencia

La Corte Constitucional es competente para decidir esta acción en Sala de Revisión, con fundamento en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

2. El asunto que se debate y los temas constitucionales relevantes

Como quedó reseñado en páginas precedentes, parte esencial del problema planteado se referiría a la posible vulneración del derecho de petición de la organización y las personas naturales que obran como accionantes, en cuanto el INCODER, destinatario de la solicitud de titulación colectiva por ellos presentada, pese a haber remitido respuestas parciales, no habría decidido de fondo sobre dicha solicitud, formulada hace más de cinco (5) años.

Empero, los actores señalaron en su demanda que la decisión del presente caso no puede limitarse a dilucidar este aspecto, pues también están en juego otros derechos fundamentales de la comunidad solicitante en cuanto sujeto colectivo, entre ellos el derecho a la consulta previa respecto de las decisiones que podrían afectarla, así como lo relativo a la existencia y la integridad cultural y social de dicha comunidad.

³² Entre ellos los señores Andrés Camargo Valencia, Myriam Ponce, Delio Londoño, José Julio Gómez y el propio Ever de la Rosa, además de otras personas a quienes denomina *comunidad en general*.

Propusieron entonces que el juez de tutela realizara una ponderación integral entre tales derechos, claramente reconocidos por la carta política de 1991, y el carácter de baldíos reservados que tendrían los territorios cuya propiedad colectiva se pretende, que por haberse definido antes de la vigencia de la actual Constitución, habría omitido tener en cuenta el profundo sentido de estas garantías.

Pese a ello, ambas decisiones de instancia consideraron que el INCODER sí dio respuesta efectiva a lo solicitado, en la medida en que, no obstante las equívocas advertencias contenidas en algunas de sus comunicaciones en el sentido de que aquéllas no tendrían el carácter de actos administrativos, sí fue claro en señalar que la titulación pretendida era jurídicamente imposible, en razón al carácter de baldíos reservados que conforme al Código Fiscal de 1912 tendrían la totalidad de los terrenos que fueron objeto de dicha solicitud.

Adicionalmente, estimaron que los otros derechos invocados dependerían directamente del sentido de lo decidido en torno a la solicitud de titulación, tema que no podría ser objeto de controversia por el juez de tutela, quien debe limitarse a determinar si hubo o no respuesta, y si ésta fue oportuna y cumplió con los demás requisitos establecidos por la jurisprudencia constitucional.

Según se consideró, al haberse constatado estas circunstancias, la decisión judicial debía ser negativa pues no puede cuestionar el sentido de los actos administrativos resultantes, y en caso contrario, de considerarse insatisfecho el derecho de petición, el fallo debería contraerse a ordenar una respuesta que sí observe debidamente esos parámetros. Por lo anterior, tanto el *a quo* como el *ad quem* se abstuvieron de realizar la ponderación constitucional planteada por los demandantes.

Esta Sala observa que la vulneración o no del derecho de petición como resultado de la actuación desplegada por el INCODER es ciertamente un tema central para la resolución del caso planteado. Sin embargo, también encuentra evidente que no es este el único problema de derechos fundamentales que aquí debe resolverse, pues los hechos que dieron lugar a la solicitud de tutela no se limitan a esa falta de respuesta, sino que incluyen otras actuaciones coetáneas del mismo INCODER (ver entre otros los hechos referidos en los numerales 4, 6 y 8 del resumen efectuado en las páginas 2 a 4 de esta sentencia), que podrían generar vulneración de otros de los derechos allí citados, entre ellos los relativos a la necesidad de consulta previa, así como a la forma como la actuación unilateral del Estado podría afectar la subsistencia de esta comunidad, y su identidad cultural.

De otra parte, no es menos cierto que la actuación cumplida por ese Instituto como resultado de la solicitud formulada por los demandantes podría así mismo implicar la vulneración de varios de esos derechos, además del desconocimiento del de petición.

En atención a lo anterior, se considera que para resolver sobre el asunto objeto de revisión resulta necesario asumir también el análisis de los derechos

fundamentales distintos al de petición que fueron invocados en la demanda, tal como desde entonces se solicitó por los apoderados de los actores.

Ahora bien, teniendo en cuenta que entre estos últimos, y con la sola excepción del debido proceso administrativo, todos los demás derechos cuya vulneración se aduce se caracterizan por no ser predicables de las personas individualmente consideradas, sino del grupo étnico afrodescendiente al que todas ellas pertenecen, la Sala considera pertinente comenzar por recordar el alcance de los derechos que la Constitución de 1991 reconoció a este grupo poblacional, así como los supuestos que la jurisprudencia ha señalado como necesarios para su vigencia y ejercicio.

Una vez analizado este trascendental aspecto, esta corporación volverá sobre la jurisprudencia constitucional acerca de los otros derechos fundamentales invocados, petición y debido proceso, para a partir de ello poder determinar si en el presente caso existe o no una situación que amerite protección.

Luego, concluida la presentación del anunciado marco conceptual aplicable a este asunto y a partir de las pruebas disponibles, la Sala realizará el análisis del caso concreto, para así adoptar la decisión que en derecho corresponda.

3. Derechos de los grupos étnicos afrodescendientes en la carta de 1991

El tratamiento particular y la especial protección a los colombianos miembros de las comunidades afrodescendientes es una nota característica de la actual carta política, que a diferencia de su antecesora, fue especialmente cuidadosa de la protección de esos derechos. Ello marcó un cambio drástico y una compensación, frente al *statu quo* previo a la Constitución de 1991, en el que muchos de estos ciudadanos, si bien gozaban nominalmente de todos los mismos derechos atribuidos a los demás colombianos, no encontraron condiciones para que dicha igualdad fuera real y efectiva.

Sin perjuicio del sustento genérico que sin duda puede derivarse desde el preámbulo del estatuto superior, los derechos especiales de la población afrodescendiente encuentran su fuente y primera referencia precisa en el artículo 7° *ibidem*, conforme al cual “*El Estado reconoce y protege la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana*”.

Más adelante, además de la consagración también genérica del derecho a la igualdad (art. 13) y de la obligación del Estado de velar porque esa igualdad sea real y efectiva, se encuentran muchas otras referencias particulares a los derechos de los grupos étnicos (arts. 10°, 68, 72 y 176), que en cuanto tales, son sin duda aplicables a los miembros de la comunidad afrodescendiente³³.

Con todo, una más aplicable mención de los derechos de estas personas se encuentra en el artículo 55 transitorio de la Constitución, que previó la

33 Por ejemplo, la Ley Estatutaria 649 de 2001 desarrolló el tema de las circunscripciones especiales para la elección de la Cámara de Representantes, incluyendo lo relativo a dos curules que se reservan para miembros de las comunidades negras.

obligación de dictar, dentro de los dos años siguientes a su vigencia, una ley que reconociera a las comunidades negras de ciertas regiones del país el derecho a la propiedad colectiva de las tierras ancestralmente ocupadas por ellas, mandato que se cumplió de manera oportuna con la expedición de la Ley 70 de 1993.

En esa misma línea, la Constitución de 1991 hace también un reconocimiento semejante, aunque relativamente más amplio, a los miembros de los pueblos y comunidades indígenas, igualmente comprendido en el mandato general de protección a la diversidad étnica y cultural contenido en el artículo 7° superior, pero también en otras normas constitucionales específicas, tales como los artículos 96, 171, 246, 286, 321, 329, 330, 356 y 56 transitorio de la carta política. El alcance de esos derechos, tanto como el de aquellos que se atribuyen a los miembros de las comunidades negras, ha sido objeto de amplio desarrollo por parte de la jurisprudencia de esta Corte, en decisiones tanto de tutela como en trámites de constitucionalidad³⁴.

En relación con la necesidad de alcanzar en estos campos la igualdad real y efectiva, cabe incluso considerar que toda medida legislativa, judicial o de cualquier otra índole que se adopte a efectos de hacer valer la diversidad étnica y cultural repetidamente proclamada por la Constitución tendría entonces el carácter de una acción afirmativa³⁵, en cuanto implica un trato ventajoso, y en cuanto tal formalmente desigual, encaminado a favorecer a personas y grupos humanos que tradicionalmente han sido marginados o discriminados frente a aquellos considerados predominantes, todo ello con el único propósito de avanzar hacia la igualdad sustancial entre los miembros de todo el conglomerado social.

En la misma línea puede también anotarse la necesidad, reconocida por la jurisprudencia, de aplicar un enfoque diferencial al diseño y aplicación de las políticas públicas con las que se pretende afrontar situaciones problemáticas que si bien potencialmente podrían afectar a todas las personas, adquieren características especiales, usualmente de mayor gravedad, frente a determinados tipos de sujetos, entre ellos las comunidades étnicas³⁶.

34 Ver entre otras las sentencias T-188 y T-380 de 1993, T-254 de 1994 y SU-510 de 1998 (M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz), C-139 y T-496 de 1996, T-523 de 1997, T-652 de 1998 y C-169 de 2001 (M. P. Carlos Gaviria Díaz), SU-039 de 1997 y T-667A de 1998 (M. P. Antonio Barrera Carbonell), T-030 de 2000 (M. P. Fabio Morón Díaz), T-606 de 2001 y T-375 de 2006 (M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra), T-932 de 2001, T-603 y T-1090 ambas de 2005 (M. P. Clara Inés Vargas Hernández), T-1127 de 2001 y T-559 de 2006 (M. P. Jaime Araújo Rentería), T-782 de 2002 y T-811 de 2004 (M. P. Jaime Córdoba Triviño), SU-383 de 2003 (M. P. Álvaro Tafur Galvis), T-552 de 2003, T-1238 de 2004 y C-030 de 2008 (M. P. Rodrigo Escobar Gil), T-778 de 2005, T-009 de 2007 y C-461 de 2008 (M. P. Manuel José Cepeda Espinosa), T-979 de 2006, T-586 de 2007, T-769 de 2009 y T-1045A de 2010 (M. P. Nilson Pinilla Pinilla), C-175 de 2009 (M. P. Luis Ernesto Vargas Silva), C-615 de 2009 y T-745 de 2010 (M. P. Humberto Antonio Sierra Porto), T-547 de 2010 (M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo) y T-129 de 2011 (M. P. Jorge Iván Palacio Palacio).

35 El concepto de acción afirmativa en cuanto mecanismo apropiado para el logro de la igualdad real y efectiva y sus efectos dentro de la dogmática constitucional han sido ampliamente desarrollados por esta corporación desde sus inicios. Sobre este tema ver, entre muchos otros, citando sólo algunos más recientes, los fallos C-258 y T-1258 de 2008, T-030 y C-293 de 2010.

36 Ver en este sentido, entre otros, los autos A-004 y A-005 de 2009 (en ambos M. P. Manuel José Cepeda Espinosa), dictados por la Corte Constitucional dentro del proceso de seguimiento a la sentencia T-025 de 2004 sobre desplazamiento forzado, en los cuales se reconocen y analizan pormenorizadamente las especiales

Ahora bien, el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo – OIT sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, adoptado por la 76ª reunión de la Conferencia General de ese organismo realizada en Ginebra en 1989, cuya ratificación e incorporación al derecho interno fue autorizada por el Estado colombiano mediante Ley 21 de 1991, y que en virtud de lo dispuesto por el artículo 93 de la Constitución hace parte integrante del bloque de constitucionalidad, presenta un desarrollo más amplio y comprehensivo de los derechos de los integrantes de “*los pueblos indígenas y tribales en países independientes*”³⁷.

Más adelante, con ocasión de la revisión automática de constitucionalidad de la ya mencionada Ley Estatutaria 649 de 2001, esta corporación precisó³⁸ que las comunidades negras son titulares de derechos colectivos similares a los de las comunidades indígenas, aunque con las diferencias impuestas por sus especificidades culturales y su régimen legal propio. Más concretamente, la Corte señaló que tales comunidades y sus miembros, tanto como los de los pueblos indígenas, son titulares de todos los derechos consagrados en el referido Convenio 169 de la OIT, pues sin ninguna duda cumplen las condiciones y supuestos previstos por su artículo 1º, cuyas definiciones determinan su campo de aplicación³⁹.

Esos criterios fueron resumidos por la misma Corte en ese pronunciamiento como la suma de un elemento “*objetivo*”, referente a la existencia de rasgos culturales y sociales compartidos por los miembros del grupo, que les diferencien de los demás sectores sociales, y un elemento “*subjetivo*”, que radica en la existencia de una identidad grupal que lleve a los individuos a asumirse como miembros de la colectividad en cuestión. Se explicó allí que las comunidades negras de Colombia cumplen a cabalidad tales condiciones, según resulta tanto de la observación histórica y sociológica que de ellas puede hacerse, como de los desarrollos legislativos de los años recientes, especialmente de la ya referida Ley 70 de 1993, pero también de la Ley 99 de ese mismo año⁴⁰.

circunstancias que agravan este problema cuando los sujetos afectados pertenecen a los grupos étnicos minoritarios, indígenas y afrodescendientes respectivamente.

37 La inclusión de este convenio dentro del bloque de constitucionalidad se deriva del hecho de desarrollar un tema de derechos humanos y fue reconocida al menos desde la sentencia SU-039 de 1997. Este planteamiento ha sido posteriormente reiterado en gran cantidad de decisiones, entre ellas las sentencias SU-383 de 2003, C-620 de 2003 (M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra), y en años más recientes C-208 de 2007 (M. P. Rodrigo Escobar Gil), C-030, C-461 y C-864 de 2008 (M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra), C-175 y C-615 de 2009, C-063, T-745 y C-915 de 2010 (M. P. Humberto Antonio Sierra Porto) y C-702 de 2010 (M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub).

38 Sentencia C-169 de 2001 (M. P. Carlos Gaviria Díaz).

39 Este criterio fue reiterado también en la sentencia T-955 de 2003 (M. P. Álvaro Tafur Galvis) y en otras posteriores.

40 La Ley 99 de 1993, “*Por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental, SINA y se dictan otras disposiciones*” contiene normas que establecen la necesidad de llevar a cabo consultas previas con las comunidades negras respecto de ciertas decisiones que pueden afectarlas, entre ellas el otorgamiento de licencias ambientales para la realización de obras, construcciones y proyectos dentro de sus territorios.

En la misma sentencia, y en otras posteriores, la Corte señaló también que el concepto de *comunidades negras* a las cuales se aplican los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución y por el Convenio 169 no se restringe a aquellas que habitan en la Cuenca del Pacífico colombiano (a las que específicamente se refirió el artículo 55 transitorio superior), sino que se extiende a las que estén ubicadas en otros puntos del territorio nacional, siempre que cumplan con los dos elementos reseñados en el párrafo anterior⁴¹.

Así pues, de lo expuesto resulta claro que la organización demandante y sus miembros pueden ser titulares de los derechos fundamentales reconocidos en el derecho colombiano a las comunidades negras, siempre que concurren las dos circunstancias antes comentadas, verificación que en esta providencia asumirá la Sala al abordar el estudio del caso concreto.

Antes de proseguir, se debe insistir en que tales derechos fundamentales son esencialmente distintos a los que radican en cada uno de los miembros de tales comunidades individualmente considerados, y diferentes también de aquellos de los que son titulares las personas jurídicas (concepto dentro del cual no encuadran estos grupos) y de los derechos constitucionales colectivos⁴². En tal medida, procede para su defensa el ejercicio de la acción de tutela, y por lo mismo, se descarta la necesidad de acudir al uso de la acción popular prevista en el artículo 88 superior, desarrollada por la Ley 472 de 1998. Así mismo, es necesario recordar que la determinación de estos derechos, así como la de cuál es su esencia y contenido, está fuertemente ligada a lo establecido en precitado Convenio 169 de la OIT “*sobre pueblos indígenas y tribales*”.

Procede entonces la Corte a establecer y describir de manera detallada cuáles son tales derechos.

3.1. El derecho a la subsistencia

Dentro de los derechos de los cuales son titulares estas comunidades el primero es sin duda el derecho a la existencia o subsistencia, de superlativa importancia, análoga a la que reviste el derecho a la vida respecto de los seres humanos, a partir del cual pueden prevenirse las acciones que atenten o pongan en riesgo la permanencia o continuidad de la comunidad o grupo étnico en cuanto tal.

41 Según consta en las actas de la Asamblea Nacional Constituyente, el alcance territorial de esta norma (artículo 55 transitorio) fue objeto de amplia discusión entre sus miembros, pues mientras algunos preferían restringirlo a las comunidades ubicadas en la cuenca del Pacífico, otros propusieron extenderlo a la región Caribe, y eventualmente a todo el territorio nacional. El texto finalmente aprobado se refiere en principio a “*zonas rurales ribereñas de los ríos de la cuenca del Pacífico*”, pero su parágrafo 1° dejó prevista la posibilidad de que estas reglas se apliquen a otras zonas del país, que presenten condiciones similares.

42 Este principio se desarrolla por primera vez en la sentencia T-380 de 1993 (M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz) y es posteriormente reiterado, entre otros, en los fallos T-001 de 1994 (M. P. José Gregorio Hernández Galindo), T-254 de 1994, SU-039 de 1997, C-169 de 2001, SU-383 y T-955 de 2003, C-180 de 2005 (M. P. Humberto Antonio Sierra Porto), T-778 de 2005, T-979 de 2006 y C-461 de 2008.

La efectividad de este derecho es además punto de partida y presupuesto indispensable para la vigencia de las demás garantías que la carta política y las normas internacionales integrantes del bloque de constitucionalidad reconocen a las comunidades y grupos étnicos como sujetos colectivos, entre ellas el derecho a la identidad social y cultural y a su integridad, y el derecho a la consulta previa, que se desarrollan más adelante.

En la sentencia T-380 de 1993 (M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz), primera en la que esta Corte estudió de fondo este derecho, se analizó el caso de un grupo indígena Emberá-Catío localizado en las cercanías del río Chajeradó, entre los departamentos de Antioquia y Chocó, que ejerció la acción de tutela contra la autoridad ambiental de la región y contra una compañía maderera, a raíz de los daños que esta última había causado, con la aparente aquiescencia u omisión de la primera, como consecuencia de la explotación forestal intensiva adelantada dentro del territorio habitado por la comunidad indígena actora, durante los meses precedentes.

En el aludido fallo, esta corporación, después de sustentar la existencia de derechos fundamentales en cabeza de la comunidad accionante, se refirió expresamente al derecho a la subsistencia de aquella como presupuesto necesario para la protección de la diversidad étnica y cultural de que trata el artículo 7° superior.

Señaló la Corte que este mandato constitucional “*supone la aceptación de la alteridad ligada a la aceptación de multiplicidad de formas de vida y sistemas de comprensión del mundo diferentes de los de la cultura occidental*”, lo que implica que la Constitución protege plenamente esos usos, costumbres y formas de vida distintas a las predominantes (las que allí se engloban bajo la alusión a la denominada cultura occidental), y garantiza las condiciones necesarias para que ello sea posible. Agregó que la supervivencia de una comunidad de estas características está normalmente ligada a la preservación del territorio en el cual se asienta, y consecuentemente a la prevención de los daños ambientales que pudieran derivarse de hechos como los antes relatados.

A partir de lo anterior, al encontrar probadas la amenaza, e incluso la ya consumada destrucción parcial de la riqueza ambiental antes existente en el territorio ocupado por la comunidad indígena demandante, como resultado de la explotación forestal denunciada, el juez constitucional concedió la tutela y ordenó la inmediata suspensión de dicha actividad, así como el pleno restablecimiento de los recursos naturales afectados como consecuencia del ilícito aprovechamiento logrado por la empresa explotadora.

Posteriormente, en la sentencia SU-039 de 1997 (M. P. Antonio Barrera Carbonell)⁴³, la Sala Plena de la Corte decidió sobre un caso en el que se había concedido una licencia ambiental para adelantar una explotación petrolífera en territorio de varios departamentos parcialmente ocupados por

43 Con salvamento parcial de voto de los Magistrados Hernando Herrera Vergara, Vladimiro Naranjo Mesa y Fabio Morón Díaz y del conjuer Jaime Vidal Perdomo.

indígenas de la comunidad U'wa, sin realizar previamente una consulta previa adecuada con los integrantes de dicha comunidad.

Para resolver sobre este caso la Corte partió de reiterar su jurisprudencia sobre el derecho a la subsistencia de las comunidades indígenas, además de lo cual se pronunció sobre el balance que debe procurarse entre la explotación de los recursos naturales, cuando sea legítima y su realización interese a la economía nacional y al bienestar de toda la población, y la necesidad de garantizar la protección de la diversidad étnica y cultural, que como se explicó, supone el derecho de las comunidades indígenas al mantenimiento de su integridad y a su subsistencia. Sobre estos temas dijo en esa ocasión la Corte:

“La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas debe hacerse compatible con la protección que el Estado debe dispensar a la integridad social, cultural y económica de las comunidades indígenas, integridad que como se ha visto antes configura un derecho fundamental para la comunidad por estar ligada a su subsistencia como grupo humano y como cultura. Y precisamente, para asegurar dicha subsistencia se ha previsto, cuando se trate de realizar la explotación de recursos naturales en territorios indígenas, la participación de la comunidad en las decisiones que se adopten para autorizar dicha explotación.”

Estos mismos planteamientos fueron reiterados en las sentencias C-418 de 2002⁴⁴ y SU-383 de 2003 (en ambas M. P. Álvaro Tafur Galvis). En la segunda de estas providencias la Corte, también en Sala Plena⁴⁵, analizó la situación planteada con ocasión de la fumigación aérea de cultivos ilícitos en zonas de varios departamentos del sur-oriental del país, parcialmente ocupadas por distintas comunidades indígenas, especialmente en cuanto dicha práctica podría implicar grave afectación de los ecosistemas de esas regiones y poner en riesgo tanto la salud como la seguridad alimentaria de sus habitantes.

En este caso la Corte comenzó por realizar un extenso estudio de la normatividad internacional sobre la materia, dentro del cual se analizó al detalle el contenido del Acuerdo 169 de la OIT, el de su antecedente, el Acuerdo 107 aprobado en el año 1957, y el de sus respectivos documentos Guías de aplicación. Sobre estas bases, y en razón a las características particulares del caso concreto, la Corte discurrió en relación con las posibles consecuencias sobre el bienestar de los miembros de las comunidades indígenas que pudieran resultar de los problemas de salud, el deterioro de sus cultivos y, en general, la afectación de sus prácticas tradicionales de producción y explotación económica, como consecuencia de las acciones de fumigación adelantadas por las entidades accionadas.

44 Sobre la exequibilidad de un artículo del Código de Minas (Ley 685 de 2001) relacionado con la explotación de proyectos mineros dentro de los territorios indígenas.

45 Con salvamentos parciales de voto de los Magistrados Alfredo Beltrán Sierra, Clara Inés Vargas Hernández y Jaime Araújo Rentería.

A partir de lo anterior, y aun cuando la decisión fue la de negar la tutela en lo atinente a los derechos a la salud y al medio ambiente sano, precisó esta corporación que, no obstante la innegable importancia e interés social de las tareas de fumigación y erradicación de cultivos ilícitos, sus previsibles efectos sobre las condiciones de vida de los integrantes de las comunidades accionantes y sobre los cultivos de los que aquéllas derivaban parte de su alimentación, eran razones suficientes para ordenar condicionar la continuidad de las mismas a la previa realización de una consulta en la que tales aspectos pudieran ser adecuadamente discutidos y acordados.

En la sentencia T-955 de 2003 (M. P. Álvaro Tafur Galvis) la Corte reiteró nuevamente su postura frente al derecho fundamental de los grupos étnicos a su subsistencia como comunidad, al resolver el caso planteado por el Consejo Mayor (comunidad negra) de la Cuenca del Río Cacarica en el departamento de Chocó, también frente a la situación resultante de la explotación maderera adelantada dentro de sus territorios, siendo demandadas las mismas dos entidades que lo fueron más de diez años atrás, en el proceso concluido mediante el fallo T-380 de 1993, antes reseñado.

Frente a este caso, la correspondiente Sala de Revisión comenzó por reiterar que dentro del marco de la Constitución y los instrumentos internacionales aplicables, especialmente el Convenio 169 de la OIT, la defensa efectiva del derecho a la subsistencia de las comunidades indígenas y negras que habitan el territorio colombiano es presupuesto indispensable del reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural previsto en el artículo 7° superior.

De otra parte, la Corte resaltó en este fallo la importancia que la propiedad colectiva de la tierra, reconocida por la Constitución, tiene para la efectiva vigencia del derecho a la subsistencia de estas comunidades, en cuanto su existencia se encuentra estrechamente ligada a la posibilidad de continuar desarrollando sus formas tradicionales de producción, entre ellas la caza y la pesca así como determinados cultivos, además de constituir su espacio natural.

Así pues, la anterior enumeración no exhaustiva de precedentes relevantes, permite apreciar la importancia del derecho fundamental a la subsistencia de las comunidades indígenas, y como se ha explicado, también de las comunidades negras, derecho cuya efectiva realización está íntimamente ligada a la defensa de los restantes derechos fundamentales de estos grupos minoritarios, de cuyos alcances se ocupa ahora la Sala.

Conviene además resaltar que, tanto como ocurre en el caso del derecho a la vida para los seres humanos, puede entenderse que existe vulneración o amenaza de este derecho fundamental, no sólo ante la presencia de hechos o situaciones que de manera inminente pongan el derecho en peligro o posibilidad de perderse, sino incluso ante eventos que de manera más lenta o discreta, causen en todo caso afectaciones ciertas, generalmente irreversibles, a partir de las cuales se dificulte o reduzca su goce efectivo. Como más adelante se verá, este aspecto es especialmente importante en el análisis de las situaciones que pudieran comprometer la efectiva vigencia de este derecho.

3.2. El derecho a la identidad étnica y cultural y su integridad

Estrechamente ligado con el derecho a la subsistencia de las comunidades nativas, e incluso usualmente confundido con aquél o subsumido dentro del mismo, la Corte se ha referido también de manera separada al derecho de aquéllas a mantener y preservar su identidad étnica y cultural, el cual es reflejo y consecuencia directa del principio estipulado en el artículo 7° constitucional, y en cuanto derecho fundamental autónomo, es susceptible de protección independiente, mediante la acción de tutela.

La diferencia concreta entre ambos conceptos reside en que mientras el derecho a la subsistencia alude principalmente a la supervivencia física de la comunidad y de sus integrantes frente a situaciones que pudieran afectar colectivamente la salud, crear peligro para un gran número de ellos, o constituir real amenaza de extinción para la comunidad, el derecho a la integridad étnica y cultural se refiere a la preservación de los usos, los valores, las costumbres y tradiciones, las formas de producción, la historia y la cultura, y todas las demás situaciones que definen e identifican a la comunidad desde el punto de vista cultural y sociológico, así como a la defensa de su particular cosmovisión espiritual o religiosa, es decir, todos aquellos aspectos que la hacen diversa frente al grupo que podría definirse como predominante.

La jurisprudencia constitucional se ha referido a este derecho en gran cantidad de ocasiones, tanto en pronunciamientos de constitucionalidad como de tutela, pues en muchas de las situaciones que afectan a las comunidades étnicas el principal tema subyacente es el respeto por la diversidad étnica y cultural, de que trata el citado artículo 7° de la carta política. También ha destacado que la preservación de los aspectos que definen la identidad étnica y cultural de estas comunidades es susceptible de protección mediante la acción de tutela, aun cuando el interés que se solicita amparar no se haya individualizado en cabeza de personas específicas, precisamente por cuanto se trata de un derecho fundamental atribuible a la comunidad indígena en cuanto sujeto colectivo, más que a cada uno de sus integrantes.

Adicionalmente, en el caso de la realización de proyectos de exploración y explotación de recursos naturales y/o de la construcción de obras públicas en áreas total o parcialmente coincidentes con el territorio de comunidades indígenas (y/o afrodescendientes, según lo ha precisado la jurisprudencia), el parágrafo del artículo 330 superior prevé de manera específica la necesidad de proteger la integridad cultural de aquéllas, razón por la cual este principio ha sido fundamento esencial de varias de las más importantes decisiones en las que esta corporación ha tutelado los derechos de estas colectividades frente a la amenaza resultante de ese tipo de proyectos, ordenando en la mayoría de los casos la previa realización de consultas con las comunidades afectadas.

Dentro de esta línea de pronunciamientos pueden destacarse, entre otras, las sentencias T-380 de 1993 y T-955 de 2003 (ya citadas) sobre las explotaciones madereras en las selvas entre Antioquia y Chocó; SU-039 de 1997 y T-880 de 2006 (M. P. Álvaro Tafur Galvis), sobre explotaciones petrolíferas en

territorio de los pueblos U'wa y Motilón-Barí respectivamente; T-652 de 1998 (M. P. Carlos Gaviria Díaz) sobre la construcción del embalse de Urrá dentro del área de influencia del pueblo Emberá-Katío; SU-383 de 2003 sobre la fumigación de cultivos ilícitos en los departamentos del sur-oriente del país.

En años más recientes, se destacan los fallos T-769 de 2009 (M. P. Nilson Pinilla Pinilla) sobre explotación de oro y otros metales dentro del territorio de algunos resguardos indígenas ubicados entre los departamentos de Antioquia y Chocó, T-547 de 2010 (M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo) sobre el desarrollo de un puerto multipropósito en territorios parcialmente habitados por los pueblos Kogi, Arhuaco, Kankuamo y Wiwa de la Sierra Nevada de Santa Marta, T-745 de 2010 (M. P. Humberto Antonio Sierra Porto) sobre la construcción de una carretera en un área rural cercana a Cartagena, mayoritariamente habitada por comunidades afrodescendientes y T-1045A de 2010 (M. P. Nilson Pinilla Pinilla), sobre el otorgamiento de una concesión minera dentro de territorios habitados por una comunidad negra, a un ciudadano no integrante de dicha comunidad, sin previa consulta de ésta.

También de este tipo es el caso analizado en la reciente sentencia T-129 de 2011 (M. P. Jorge Iván Palacio Palacio), a propósito de reclamos planteados por los miembros de dos resguardos de la etnia Emberá-Katío, frente a la incidencia de varios importantes proyectos (una carretera, una interconexión eléctrica binacional y una explotación minera) que se pretendía realizar en el área de su influencia (localizada en el departamento de Chocó) y que la comunidad estimaba potencialmente lesivos de su identidad étnica y cultural.

En esta decisión, frente a las explicaciones dadas por las autoridades y entidades interesadas en tales proyectos, en el sentido de que ellos traerían progreso y desarrollo a la región y resultaban de trascendencia para el interés público, la Corte planteó una extensa y comprehensiva reflexión de carácter antropológico y sociológico, a partir de la cual destacó las amplias diferencias que pueden existir entre el concepto de desarrollo asumido por las sociedades occidentales de tipo capitalista, con el cual podría identificarse la postura de esas entidades, y las nociones de desarrollo, bienestar o interés general propias de las comunidades étnicas, que por definición son minoritarias y distintas a las de los grupos sociales actualmente predominantes.

A partir de esta consideración, destacó la Corte en qué medida proyectos que los voceros de los grupos mayoritarios podrían estimar de gran importancia y prioridad para la comunidad, pueden ser simultáneamente percibidos por los grupos étnicos como una grave amenaza para la integridad de su identidad étnica y cultural, lo que a su turno justificaría la realización de procedimientos consultivos, como se explicará más adelante.

Ahora bien, en todos estos casos la Corte ha relevado que para que el derecho a la integridad étnica y cultural sea verdaderamente protegido es necesario prevenir, o según el caso impedir, toda acción que pueda conducir al desconocimiento o anulación de dicha diversidad, o al debilitamiento de su propia identidad e integridad cultural.

En torno al mismo tema, este tribunal ha conocido también otros casos en los que este derecho de la comunidad indígena o afrodescendiente podría verse afectado en forma mediata por acciones específicas que, en relación con muy diversos temas, impactan directamente a uno o más de sus integrantes.

Así, en la sentencia T-778 de 2005 (M. P. Manuel José Cepeda Espinosa), aunque el caso debatido versaba sobre el derecho a la participación política de una persona integrante de una comunidad indígena, la Corte tuvo como fundamento la trascendencia del derecho a la integridad étnica y cultural de esta última. Y en aplicación de esos principios constitucionales, dictó algunas órdenes que facilitaron la participación política de la accionante, pese a los obstáculos contenidos en normas de carácter legal, que fueron inaplicadas en razón a la prevalencia de tales preceptos superiores.

También en el fallo T-1105 de 2008 (M. P. Humberto Antonio Sierra Porto) se realizó un amplio análisis del principio de protección de la identidad étnica y cultural, a partir de los referidos valores constitucionales, de los instrumentos internacionales relevantes sobre la materia (en particular el Convenio 169 de la OIT), y de anteriores pronunciamientos de esta misma corporación. En ese caso este principio sirvió como punto de partida para la aplicación de un enfoque diferencial de derechos y una acción afirmativa en beneficio de una integrante de una comunidad indígena, a quien se le otorgó un cupo universitario especial, aunque las plazas disponibles con este propósito en la institución demandada ya se habían agotado, en atención al carácter tradicionalmente desfavorecido de la comunidad étnica a la que la accionante pertenecía. Esta medida se justificó como una forma de favorecer el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural del que la existencia de la comunidad indígena interesada es expresión.

La sentencia T-113 de 2009 (M. P. Clara Elena Reales Gutiérrez) abordó nuevamente este derecho, a propósito de la exención que la ley concede a los integrantes de comunidades indígenas que pueden no prestar el servicio militar obligatorio, como medida de protección a la identidad étnica y cultural del grupo al que pertenecen. Frente a este tema señaló la Corte que *“el derecho colectivo fundamental a la identidad cultural indígena es una garantía, de la comunidad y de cada uno de sus miembros, para poder actuar según su cosmovisión, dentro y fuera del territorio”*, parámetro que sirve de base y justificación constitucional a la comentada exención⁴⁶.

Desde esa perspectiva, la Corte precisó que si bien el derecho a no prestar el servicio militar en estos casos es individualmente renunciable, incluso quien voluntariamente haya iniciado la prestación de dicho encargo tendría la opción de interrumpirlo y retirarse de la institución militar, antes de cumplir el correspondiente tiempo de servicio. Ello es consecuencia de la prevalencia del principio sobre protección a la diversidad étnica y cultural, que obliga al

46 El artículo 27 de la Ley 48 de 1993 que regula esta situación fue declarado exequible mediante sentencia C-058 de 1994 (M. P. Alejandro Martínez Caballero).

Estado a facilitar las medidas que, en los distintos ámbitos, favorezcan el máximo goce y efectividad de este derecho de las comunidades minoritarias.

Más recientemente, las sentencias T-903 de 2009 (M. P. Luis Ernesto Vargas Silva) y T-973 de 2009 (Mauricio González Cuervo), a propósito de temas relacionados con la jurisdicción especial indígena y el derecho al autogobierno de las comunidades étnicas, explicaron también que estas dos instituciones tienen su origen y su sustento constitucional en la protección a la diversidad étnica y cultural de tales comunidades.

A propósito del tema, la primera de estas providencias incluyó además una amplia recopilación de los criterios que la jurisprudencia ha elaborado para la solución de las tensiones que pueden presentarse en el desarrollo e interpretación de este derecho, frente a los alcances de otros principios y derechos constitucionales con los cuales pudiera entrar en conflicto.

Esta breve recopilación jurisprudencial, así mismo sin pretensión de exhaustividad, permite apreciar la gran importancia y el amplio alcance del derecho a la preservación de la diversidad étnica y cultural, así como de qué forma el propósito de fortalecer y mantener esa diversidad, que se asume como un interés de toda la colectividad, permea muy distintas situaciones de la vida en sociedad y llena de significado las diversas manifestaciones y derechos específicos que la Constitución y la normatividad internacional reconocen a esas comunidades.

3.3. El derecho a la consulta previa

Como directa consecuencia y herramienta de primer orden para la realización de los dos derechos fundamentales de las comunidades étnicas anteriormente desarrollados, aparece la posibilidad que aquéllas tienen de ser consultadas y escuchadas antes de la adopción de decisiones, sean ellas de carácter estatal o privado, que de manera trascendental pudieran afectar su estabilidad, posibilidad que la jurisprudencia de esta Corte ha definido asimismo como derecho fundamental.

La especial protección conferida por el derecho a la consulta consiste en la realización de un proceso mediante el cual el Estado garantiza a los grupos étnicos potencialmente implicados y a sus autoridades propias la participación directa y el acceso a la información sobre iniciativas o proyectos, tanto de contenido normativo como de otra naturaleza, entre ellas la construcción de obras civiles, que de manera directa afecten a sus comunidades o que deban tener lugar en el territorio que ellas ocupan o al cual se encuentran vinculadas. Estas diligencias buscan permitir la identificación de los impactos positivos y/o negativos del proyecto en cuestión y salvaguardar la idiosincrasia de los pueblos indígenas y tribales existentes en la región de que se trata, para lo cual debe facilitarse y procurarse la participación activa de las comunidades interesadas en las discusiones previas, así como en la efectiva toma de decisiones, las cuales deberán ser concertadas, en la medida de lo posible.

El derecho a la consulta previa se sustenta en dos referencias normativas precisas, la primera de las cuales se encuentra en la Constitución de 1991, cuyo artículo 330, relacionado con las funciones de los territorios indígenas, establece en su parágrafo la obligación del Estado de propiciar la participación de sus representantes en las decisiones relativas a la explotación de recursos naturales dentro de tales territorios, lo que a su vez ha sido entendido como una manifestación específica del principio participativo (arts. 1º, 2º y 40 ib.).

La otra fuente relevante en relación con el tema es el ya citado Convenio 169 de la OIT⁴⁷, varias de cuyas cláusulas (arts. 15, 17, 22, 27 y 28) establecen la obligación de adelantar consultas sobre temas específicos, y cuyos artículos 6º y 7º plantean además como reglas generales: i) el deber de “*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*”, y ii) el derecho de éstos a “*decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera*”, así como a “*participar en la formulación, aplicación o evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente*”.

El derecho a la consulta previa ha tenido gran importancia y amplio desarrollo en el país durante las dos últimas décadas, a partir de la casi simultánea entrada en vigencia de esas dos fuentes normativas. Por ello, el tema ha sido objeto de permanente análisis por parte de esta corporación, que a través de los años ha consolidado una nutrida línea jurisprudencial sobre la materia, tanto en decisiones de tutela como de constitucionalidad, ello en razón a que siendo la consulta un mecanismo de protección de la diversidad étnica y cultural, gran parte de los casos relativos a los derechos de las minorías raciales involucran este factor.

En el proceso de armonización de estas reglas, los pronunciamientos de esta corporación han precisado que el deber de consulta no se restringe apenas a la explotación de recursos naturales en los territorios indígenas (según resultaría del artículo 330 superior), pues beneficia además a las comunidades negras o afrodescendientes y, respecto de una u otra, se aplica también frente a muchas otras situaciones y decisiones; pero igualmente, que pese a su carácter abierto, ese principio tampoco tiene un alcance de obligatoriedad absoluta, ya que existen casos específicos en los que se ha apreciado que no es insubsanable.

La consagración del derecho a la consulta previa como institución básica del marco jurídico aplicable a los pueblos indígenas y tribales en los países independientes es un elemento distintivo del Convenio 169 de la OIT, aprobado en 1989. Como la jurisprudencia lo ha explicado, este instrumento fue adoptado como producto de una nueva y más moderna aproximación a la

47 Incorporado al derecho interno mediante la Ley 21 de 1991, ratificado y vigente para Colombia desde el 7 de agosto de 1991.

situación de tales pueblos en todas las regiones del mundo, que busca eliminar la tendencia hacia la integración o asimilación de tales comunidades con los grupos predominantes, que prevaleció en décadas anteriores, tal como puede apreciarse en el antiguo Convenio 107 suscrito en 1957, para en su lugar asentar el principio conforme al cual las estructuras y formas de vida son permanentes y perdurables, dado el interés que asiste a toda la comunidad de que el valor intrínseco de sus culturas sea salvaguardado⁴⁸.

Ahora bien, según se desprende de lo previsto en los artículos 6° y 7° del Convenio 169 (parcialmente transcritos en párrafos precedentes), y tal como páginas atrás se anunció, el deber de consulta con las comunidades nativas tiene dos tipos de escenarios en los que debe materializarse: i) el relacionado con la acometida de grandes proyectos, incluyendo la construcción de obras de infraestructura (puentes, carreteras, hidroeléctricas u otras semejantes), como también las exploraciones mineras o de otros recursos naturales, entre ellos el petróleo, en territorios ocupados por tales comunidades o respecto de los cuales aquellas tienen una vinculación especial, casos en los cuales la Constitución ordena la previa realización de la consulta, y su omisión puede ocasionar la paralización de tales iniciativas hasta tanto aquella se realice⁴⁹, además de responsabilidades de otro tipo; ii) el atinente a la aprobación de iniciativas normativas, a nivel legislativo, administrativo y aún constitucional, casos en los cuales la no realización de la consulta que debiera haberse adelantado puede acarrear la inexecutable de las medidas así adoptadas⁵⁰.

Dentro de este contexto, es posible apreciar la existencia de dos grandes tipos de compromisos para los Estados signatarios de este Convenio: El primero de ellos se orienta a promover las condiciones que permitan el desarrollo de los pueblos indígenas y tribales de un modo tal que respete la diversidad étnica y cultural, asegure los espacios de autonomía requeridos y se desenvuelva en un marco de igualdad, que específicamente se refiere a *“su relación con las tierras o territorios, a las condiciones de trabajo, a aspectos relacionados con la formación profesional, la artesanía y las industrias rurales, a salud y seguridad social, a educación y medios de comunicación y a contactos y cooperación a través de las fronteras”*. El segundo alude a la manera como deben adoptarse y ponerse en ejecución esas medidas, las cuales tienen como ejes la participación y el respeto por la diversidad y la autonomía⁵¹.

Planteado así el sentido general del derecho de las comunidades étnicas a la consulta previa de determinadas decisiones públicas, e incluso privadas, es del

48 Sobre el proceso evolutivo y las diferencias de enfoque existentes entre estos dos convenios ver también la ya citada sentencia SU-383 de 2003.

49 Son de este tipo, entre otras, las situaciones planteadas en las acciones de tutela resueltas mediante las ya citadas sentencias SU-039 de 1997, T-652 de 1998, SU-383 de 2003, T-880 de 2006, T-769 de 2009, T-547, T-745 y T-1045A de 2010 y T-129 de 2011.

50 Se ha planteado este problema, entre otros, en los casos fallados mediante las ya referidas sentencias C-169 de 2001, C-418 y C-891 de 2002, C-620 de 2003, C-208 de 2007, C-030 y C-461 de 2008, C-175 y C-615 de 2009. Recientemente, en la sentencia C-702 de 2010 esta Corte analizó si tal tipo de glosa cabe incluso en relación con los actos legislativos o reformas constitucionales, siendo afirmativa la conclusión mayoritaria.

51 Ver a este respecto la sentencia C-030 de 2008, citada a su vez en el fallo T-769 de 2009.

caso señalar las condiciones y circunstancias en que tales consultas deberán realizarse, a falta de una precisa regulación legal, que se echa de menos.

En primer término, y en efecto, es necesario reconocer que no existe una norma específica, de carácter constitucional, legal o administrativo, que de manera directa e integral precise las hipótesis en las que tales consultas deberán adelantarse. Existen, sin embargo, distintos referentes que la Corte considera suficientes para decidir sobre la procedencia de la consulta frente a un caso concreto, derivados de una interpretación armónica de los preceptos constitucionales a que se ha hecho referencia, las demás normas que integran el bloque de constitucionalidad, particularmente el referido Convenio 169 de la OIT y su documento Guía de Aplicación, las Leyes 70 y 99 de 1993, la jurisprudencia de esta corporación sobre la materia, y algunas otras normas de carácter administrativo, entre ellas el Decreto 1320 de 1998, aún vigente⁵².

Ahora bien, para efectos de dar cumplimiento a esta obligación en los casos en que ello resulta imperativo, deben considerarse algunos parámetros y reglas ya suficientemente decantadas y consolidadas en reiterados fallos de esta Corte, relativas a las circunstancias de tiempo, modo y lugar que deberán rodear el proceso consultivo para que éste pueda ser considerado válido y vinculante.

Así por ejemplo, se ha precisado que la consulta previa no es un mero trámite, ni una diligencia que se agota de manera puramente formal al margen de su resultado efectivo, sino una verdadera oportunidad de interacción en la que, de manera razonable y sin límites estrictos de tiempo o de otra naturaleza, las comunidades interesadas puedan comprender a cabalidad, y evaluar los pros y contras de la iniciativa que se propone, formular sus observaciones dentro de un ambiente de diálogo franco y respetuoso y, en lo posible, participar de la decisión que al término de ese procedimiento se adopte.

Sin embargo, precisamente en atención a la ausencia de una normatividad que de manera concreta establezca la forma en que han de realizarse estas consultas, así como a la diversidad de circunstancias en las que ellas resultan necesarias, esta corporación ha resaltado que corresponde al Estado definir las condiciones específicas en que se cumplirá la consulta *“de manera que sea efectiva y conducente, pero sin que quepa hablar, en ese contexto, de términos perentorios para su realización, ni de condiciones ineludibles para el efecto”*.

⁵² Este decreto regula el desarrollo de la consulta con los grupos étnicos en algunas de las situaciones contempladas por el Convenio 169 de la OIT y es a la fecha el más comprehensivo desarrollo normativo expedido en relación con el tema por las autoridades colombianas desde la entrada en vigencia del referido instrumento internacional. Sin embargo, desde la sentencia T-652 de 1998 y en varias otras ocasiones (fallos SU-383 de 2003, T-880 de 2006, y más recientemente, T-769 de 2009, T-547, T-745 y T-1045A de 2010, entre otros), esta corporación ha considerado que esta preceptiva resulta inaplicable en los casos en que conforme al Convenio 169 de la OIT se requiera la realización de un procedimiento de consulta, pues este decreto fue expedido sin llevar a cabo el trámite consultivo que en razón a la materia regulada resultaba necesario, precisamente en desarrollo de lo previsto en dicho Convenio. Debe incluso indicarse que el Consejo de Administración de la OIT en sus reuniones 276 y 277, acogiendo reclamaciones presentadas por varias organizaciones sindicales colombianas decidió recomendar al Estado colombiano la modificación de esta norma, recomendación que a la fecha no se ha cumplido.

Al mismo tiempo, ha resaltado la Corte, ello no implica que el procedimiento de consulta quede enteramente librado a la discrecionalidad de las autoridades, pues por el contrario deberá garantizarse que el mismo cumpla fielmente los objetivos originalmente previstos en el pluricitado Convenio 169 de la OIT⁵³.

En torno a la efectividad de los trámites consultivos, de igual manera la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha pronunciado, dentro del marco de sus competencias, en términos semejantes a los de esta corporación, resaltando que éstos deben tener lugar dentro de una relación de comunicación y entendimiento, signada por el mutuo respeto y la buena fe, entre los voceros de los pueblos indígenas y tribales y las autoridades públicas⁵⁴.

También en relación con las condiciones en que debe realizarse la consulta, desde la sentencia SU-039 de 1997, esta corporación ha requerido:

“a) Que la comunidad tenga un conocimiento pleno sobre los proyectos destinados a explorar o explotar los recursos naturales en los territorios que ocupan o les pertenecen, los mecanismos, procedimientos y actividades requeridos para ponerlos en ejecución.

b) Que la comunidad sea enterada e ilustrada sobre la manera como la ejecución de los referidos proyectos puede conllevar una afectación o menoscabo a los elementos que constituyen la base de su cohesión social, cultural, económica y política y, por ende, el sustrato para su subsistencia como grupo humano con características singulares.

c) Que se le de la oportunidad para que libremente y sin interferencias extrañas pueda, mediante la convocación de sus integrantes o representantes, valorar conscientemente las ventajas y desventajas del proyecto sobre la comunidad y sus miembros, ser oída en relación con las inquietudes y pretensiones que presente, en lo que concierna a la defensa de sus intereses y, pronunciarse sobre la viabilidad del mismo. Se busca con lo anterior, que la comunidad tenga una participación activa y efectiva en la toma de la decisión que

53 Estos planteamientos constan en el fallo C-030 de 2008 y han sido ampliamente reiterados en decisiones subsiguientes, entre ellas en los ya citados fallos C-175, C-615 y T-769 de 2009, C-915 y T-1045A de 2010, y más recientemente en las sentencias T-116 y T-379 de 2011(en ambas M. P. Humberto Antonio Sierra Porto).

54 Mediante fallo de noviembre 28 de 2007, al resolver el caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam la Corte Interamericana señaló que *“al garantizar la participación efectiva de los integrantes del pueblo Saramaka en los planes de desarrollo o inversión dentro de su territorio, el Estado tiene el deber de consultar, activamente, con dicha comunidad, según sus costumbres y tradiciones (supra párr. 129). Este deber requiere que el Estado acepte y brinde información, e implica una comunicación constante entre las partes. Las consultas deben realizarse de buena fe, a través de procedimientos culturalmente adecuados y deben tener como fin llegar a un acuerdo. Asimismo, se debe consultar con el pueblo Saramaka, de conformidad con sus propias tradiciones, en las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad, si éste fuera el caso. El aviso temprano proporciona un tiempo para la discusión interna dentro de las comunidades y para brindar una adecuada respuesta al Estado. El Estado, asimismo, debe asegurarse que los miembros del pueblo Saramaka tengan conocimiento de los posibles riesgos, incluido los riesgos ambientales y de salubridad, a fin de que acepten el plan de desarrollo o inversión propuesto con conocimiento y de forma voluntaria. Por último, la consulta debería tener en cuenta los métodos tradicionales del pueblo Saramaka para la toma de decisiones.”*

deba adoptar la autoridad, la cual en la medida de lo posible debe ser acordada o concertada.”

Ahora bien, en torno a este mismo tema, la ya citada sentencia T-129 de 2011 realizó una recopilación de los requisitos que, según se ha explicado en este acápite, deben observarse para que un procedimiento consultivo pueda ser válido y efectivo frente a los casos en que resulte jurídicamente obligatorio.

Entre aquellas reglas no expresamente referidas en los párrafos precedentes pueden desatacarse las siguientes: i) que dentro del trámite de la consulta no se admiten posturas adversariales o de confrontación, pues el objetivo de este procedimiento es promover el diálogo en condiciones de igualdad entre las partes interesadas; ii) que la consulta debe adelantarse teniendo como premisa un enfoque diferencial, vista la diversidad de concepciones normalmente existentes entre los grupos étnicos y aquellos otros usualmente considerados predominantes; iii) que debe fijarse un cronograma del procedimiento consultivo dentro del cual ha de contemplarse tanto una fase de preconsulta como también las de post-consulta o seguimiento; iv) que es necesario realizar un ejercicio mancomunado de ponderación de los intereses en juego a partir del cual los derechos e intereses de las comunidades étnicas no resulten sometidos a más limitaciones que aquellas que sean constitucionalmente imperiosas; v) que las autoridades en materia ambiental y arqueológica no expidan licencias ambientales ni autoricen la iniciación de obras sin la previa comprobación de que se ha adelantado el procedimiento de consulta que resulte aplicable y se ha adoptado, si así se requiere, un Plan de Manejo Arqueológico conforme a la ley; vi) que dentro del marco del proceso consultivo se garantice que los beneficios sociales que se deriven de la ejecución de la obra o proyecto propuesto sean compartidos con las comunidades afectadas; vii) que los grupos étnicos en cuyo interés se realiza la consulta cuenten durante ésta con el acompañamiento de la Procuraduría General de la Nación y la Defensoría del Pueblo, y si esta posibilidad existe, con el de instituciones u organismos internacionales cuyo mandato consista en buscar la defensa de los derechos de tales comunidades.

Ahora bien, es necesario referirse al efecto que se derivaría de los posibles resultados de la consulta, especialmente en caso de no lograrse acuerdos entre las autoridades y las comunidades interesadas. Desde el fallo SU-039 de 1997 y en varias otras decisiones más recientes, este tribunal sostuvo que en esos casos las autoridades competentes retienen la posibilidad de tomar decisiones o adoptar medidas conducentes a la realización de las iniciativas que hubieren sido materia de consulta, señalando que “... *la decisión de la autoridad debe estar desprovista de arbitrariedad y de autoritarismo; en consecuencia debe ser objetiva, razonable y proporcionada a la finalidad constitucional que le exige al Estado la protección de la identidad social, cultural y económica de la comunidad indígena.*” Advirtió también la Corte que “*En todo caso deben arbitrarse los mecanismos necesarios para mitigar, corregir o restaurar los efectos que las medidas de la autoridad produzcan o puedan generar en detrimento de la comunidad o de sus miembros.*”

Sin embargo, más recientemente, en las ya citadas sentencias T-769 de 2009, T-1045A de 2010 y T-129 de 2011, y a partir de la precisión contenida en la parte final del artículo 6° del Convenio 169 de la OIT, la Corte ha enfatizado que el objetivo central del procedimiento de consulta es el de obtener el consentimiento libre, previo e informado de las comunidades afectadas en torno a la realización del proyecto propuesto, naturalmente no como resultado de una imposición, sino como fruto de la reflexión franca y transparente a que se ha hecho referencia. A partir de ello, en el fallo últimamente citado se planteó la Corte de manera directa la pregunta de si esta regla conduce a considerar que las comunidades consultadas tienen entonces un poder de veto respecto de los proyectos que hubieren sido objeto de esta deliberación.

Al abordar este delicado interrogante, la Sala Quinta de Revisión reconoció la imposibilidad de trazar una regla uniforme a este respecto, pues en desarrollo de las pautas constitucionales aplicables es necesario evitar los escenarios extremos y posiblemente impositivos, como lo serían por igual aquellos en que las comunidades simplemente resisten de manera absoluta la realización del proyecto que se le hubieren propuesto, como aquellos en los que la pretendida consulta, pese a su apariencia, se reduce apenas a informar a las comunidades sobre decisiones de carácter unilateral que al respecto hubieren tomado las autoridades, normalmente conducentes a la viabilidad de los proyectos objeto de consulta. Según explicó entonces la Corte, *“el criterio que permite conciliar estos extremos depende del grado de afectación de la comunidad, eventos específicos en que la consulta y el consentimiento pueden incluso llegar a determinar la medida menos lesiva, como medida de protección de las comunidades”*.

Sin embargo, en esos mismos pronunciamientos precisó esta corporación que de conformidad con otras normas del referido Convenio 169 de la OIT (entre ellos su artículo 16), el consentimiento de las comunidades consultadas resulta indispensable en casos excepcionales, por ejemplo cuando el proyecto o medida propuesta implique el traslado de la comunidad a un territorio diferente al que aquélla ha venido ocupando, puesto que este hecho lesiona de manera directa el derecho a la existencia y la integridad de la respectiva etnia.

De otra parte, en lo que respecta a la consecuencia jurídica de la omisión frente al deber de realizar un procedimiento consultivo, esta Corte ha precisado que su desconocimiento generaría una situación de incumplimiento susceptible de evaluación y control, en principio a través de las correspondientes instancias internacionales.

Sin embargo, como el deber de consulta del Convenio 169 de la OIT hace parte del texto superior mediante la figura del bloque de constitucionalidad, y que específicamente *“ha sido considerado como una expresión de un derecho fundamental de participación, vinculado en este caso específico al también fundamental derecho a la integridad cultural, social y económica”*, es del caso anotar que la omisión de la consulta en aquellos asuntos en los que ella resulte imperativa conforme a dicho Convenio, tiene también consecuencias inmediatas en el ordenamiento interno. Así, este derecho de consulta es

susceptible del amparo constitucional, por cuya vía las comunidades indígenas pueden obtener que no se hagan efectivas medidas que no hayan sido previa y debidamente consultadas y que se disponga la adecuada realización de las consultas que sean necesarias.

Por último, debe anotarse que la obligación y posibilidad de realizar frente a las comunidades afectadas una consulta de las características antes descritas no excluye, sino que se complementa con la posibilidad de que el tema sea puesto a consideración de la “*Mesa Permanente de Concertación*” creada por el Decreto 1397 de 1996, a partir de lo cual no sólo la comunidad directamente afectada sino un conjunto mayor de sujetos interesados podrían tomar parte en las decisiones que al efecto se adopten.

3.4. Derecho a la propiedad colectiva de la tierra

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

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

Este sólido vínculo de pertenencia se explica además en otras circunstancias propias y frecuentes en estas poblaciones, entre ellas el sentido de comunidad, así mismo fuerte, y en cualquier caso superior al que suelen experimentar los miembros de los grupos humanos que habrían de considerarse mayoritarios o predominantes en muchos países occidentales, la presencia de factores relacionados con la espiritualidad y la cosmovisión propias de tales comunidades, así como la existencia de prácticas de subsistencia caracterizadas por la autosuficiencia alimentaria asociada al aprovechamiento del territorio, igualmente típicas y frecuentes en estos grupos étnicos más que en otros⁵⁵. Todo lo anterior justifica entonces que las normas antes referidas,

⁵⁵ En el caso de las comunidades afrodescendientes existentes en Colombia esta particular situación ha sido descrita a través del concepto de *relación campo-poblado*, que aparece mencionado y descrito en varios de los documentos acopiados como prueba en Sede de Revisión (punto 6 del apartado IV, relativo al trámite procesal surtido con anterioridad a esta providencia).

tanto constitucionales como internacionales, hayan reconocido este derecho, que para nuestro caso tiene categoría de derecho fundamental, estableciendo además mecanismos adecuados para su defensa y efectividad.

Las anteriores razones aparecen directamente contempladas en el numeral 1° del artículo 13 del Convenio 169 de la OIT, con el que inicia la Parte Segunda de este instrumento relativa a las *Tierras*⁵⁶, conforme al cual *“Al aplicar las disposiciones de esta parte del Convenio, los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación”*.

A continuación, el artículo 14 de este mismo Convenio establece directamente el derecho que se viene comentando al estipular que *“Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan”*, luego de lo cual agrega que *“Además, en los casos apropiados, deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia”*

Otras disposiciones de este Convenio aseguran a los pueblos indígenas y tribales, entre otros: i) el derecho a ser consultados, y más aún decidir sobre, entre otros aspectos, aquellas situaciones que afecten *“las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera”* (numeral 1° del art. 7°); ii) la garantía de que los Gobiernos tomen las medidas necesarias para garantizar los referidos derechos de propiedad y posesión sobre esos territorios (numeral 2° del art. 14), y iii) el derecho a no ser desalojados o trasladados de las tierras que ocupan (art. 16), situación que como ya se explicó en el acápite anterior, requiere inexorablemente la plena aceptación de la respectiva comunidad.

Paralelamente, la Constitución de 1991 contiene varias disposiciones que así mismo reconocen este derecho y relievan su importancia, principalmente los artículos 329 y 330 sobre resguardos y territorios indígenas y el antes referido artículo 55 transitorio, que explícitamente trata sobre el derecho a la propiedad colectiva de la tierra por parte de las comunidades negras, y es punto de partida de las disposiciones legales y reglamentarias que desarrollan los derechos de estas comunidades en Colombia. De manera complementaria, deben también tenerse en cuenta, entre otros, el artículo 58, cuyo inciso 3° se refiere al deber del Estado de promover las formas asociativas y solidarias de propiedad, el 63 que establece para *“las tierras comunales de los grupos étnicos y las tierras de resguardo”* las mismas garantías de inalienabilidad, imprescriptibilidad e inembargabilidad que caracterizan los bienes de uso público y el 64, que aunque desde una perspectiva más genérica, habla del deber del Estado de *“promover el acceso progresivo a la propiedad de la tierra de los trabajadores agrarios, en forma individual o asociativa”*.

56 Artículos 13 a 19.

Así, en cumplimiento de lo ordenado por el artículo 55 transitorio de la Constitución, el Congreso de la República expidió la ya referida Ley 70 de 1993, que según se anuncia desde su artículo 1° tiene por objeto principal “...reconocer a las comunidades negras que han venido ocupando tierras baldías en (...) el derecho a la propiedad colectiva”. Posteriormente, el Gobierno Nacional expidió también el Decreto 1745 de 1995, que reglamenta esa ley en lo relacionado con el procedimiento que deberá cumplirse para el reconocimiento de este derecho.

A partir de estos criterios normativos, la amplia jurisprudencia de este tribunal ha tenido también ocasión de referirse específicamente a este tema, el cual aparece mencionado por primera vez, aunque en relación con comunidades indígenas, en la sentencia T-188 de 1993 (M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz). En ese fallo, en el que se decide una acción de tutela originada en las demoras presentadas dentro del trámite de constitución de un resguardo, la Corte reconoció en breves consideraciones la naturaleza de derecho fundamental que para los grupos étnicos tiene el derecho a la propiedad colectiva de la tierra, para lo cual se refirió a las razones que explican la gran importancia que la mayoría de los grupos étnicos le atribuyen a este aspecto.

El tema fue abordado nuevamente años después, en la sentencia T-955 de 2003 (M. P. Álvaro Tafur Galvis), esta vez a propósito de una comunidad afrodescendiente residente en el departamento de Chocó, titular de derechos de propiedad colectiva en esa región. Este fallo se pronunció respecto de un conflicto surgido en relación con el ejercicio de los derechos derivados de esta calidad por parte de esa comunidad, el cual estaba siendo afectado como resultado de explotaciones madereras que se adelantaban en la zona, con la anuencia de la autoridad ambiental del lugar. En este caso la Corte efectuó reflexiones mucho más extensas sobre la importancia y sentido de este derecho, que resultan directamente pertinentes al asunto ahora planteado, en razón a tratarse en ambos casos de comunidades negras o afrodescendientes.

En esa oportunidad, explicó además la Corte que el derecho fundamental de las comunidades afrodescendientes a la propiedad colectiva de las tierras no nace en Colombia apenas en 1991 con la vigencia de la nueva Constitución y del Convenio 169 de la OIT, sino que se remonta al menos a 1967, pues mediante la Ley 31 de ese año se incorporó al derecho interno el ya referido Convenio 107 de la OIT, antecedente del hoy vigente, que pese a su carácter parcial e incipiente, al menos en comparación con el que actualmente rige, incorporaba y reconocía ya ese derecho.

De otra parte, precisó la Corte que el derecho a la propiedad colectiva de los territorios de las comunidades negras implica para éstas el derecho a usar, gozar y disponer de los recursos naturales renovables existentes en sus territorios con criterios de sustentabilidad, y dentro del marco de las limitaciones establecidas en las leyes aplicables, para el caso las contenidas en el Decreto Ley 2811 de 1974, Código de los Recursos Naturales Renovables, que pese a las tácitas modificaciones contenidas en leyes posteriores, se encuentra aún vigente a la fecha, en su mayor parte. Consideración que a su

turno condujo a concluir que las actividades de explotación maderera que se venían adelantando dentro del territorio colectivo debieron haber sido objeto de consulta previa con los representantes de esta comunidad.

Más adelante, el fallo C-180 de 2005 (M. P. Humberto Antonio Sierra Porto), al analizar la constitucionalidad de disposiciones de la Ley 160 de 1994 sobre el tema de la adjudicación de tierras baldías a los agricultores campesinos y/o a los miembros de comunidades étnicas, reiteró que en este último caso existe una consideración diferente pues el derecho de las comunidades indígenas y los grupos étnicos a la propiedad colectiva tiene el carácter de derecho fundamental.

Luego, en el ya referido auto A-005 de 2009 (M. P. Manuel José Cepeda Espinosa), en el que se analizaron las especiales circunstancias que agravan el fenómeno del desplazamiento cuando sus víctimas son comunidades afrodescendientes, esta corporación se refirió explícitamente a la importancia que para estas comunidades tiene el tema de la propiedad colectiva de sus territorios ancestrales, reiterando que la jurisprudencia ha reconocido el carácter de derecho fundamental que es inherente a esta circunstancia⁵⁷.

Sin embargo, son pronunciamientos más recientes los que contiene decisiones de más hondo impacto y significado en torno al derecho de los grupos étnicos a la adjudicación de territorios de propiedad colectiva en desarrollo de lo previsto en la Constitución y el tantas veces citado Convenio 169 de la OIT.

En la sentencia T-909 de 2009 (M. P. Mauricio González Cuervo) la Corte decidió sobre una situación relacionada con un proceso de titulación colectiva de tierras a una comunidad negra en territorios ubicados en los departamentos de Cauca y Valle del Cauca, que en su momento había sido iniciado ante el INCORA y llevaba diez años sin ser resuelto de fondo. En este caso la Corte concluyó que con esos hechos resultaba lesionado el derecho fundamental al debido proceso administrativo, y consecuentemente, también vulnerados los derechos fundamentales de la comunidad afrodescendiente, entre ellos, a la titulación colectiva de las tierras que históricamente han ocupado. Por ello, ordenó al INCODER, entidad que para la fecha era la responsable del tema, resolver prontamente la solicitud de titulación colectiva de la comunidad accionante, para entonces aún pendiente de decisión de fondo.

En apoyo de su decisión la correspondiente Sala de Revisión incluyó extractos de varios pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos e incluso de un informe de su Relator Especial sobre los Derechos de los Afrodescendientes y contra la Discriminación Racial, en todos los cuales se resalta el alcance e importancia de estos derechos, así como la trascendencia

⁵⁷ En esta decisión se explicó además que ese estrecho apego de las comunidades hacia sus tierras constituye a veces un factor que se traduce en mayor riesgo y afectación de sus derechos, en cuanto en muchos casos ello los induce a optar por permanecer cerca de sus territorios, e incluso a auto-confinarse dentro de ellos cuando se reduce la posibilidad de circulación dentro de las áreas circundantes. Como también que, incluso el logro de la titulación colectiva de las tierras a que la Constitución les da derecho puede llegar a constituir un nuevo y adicional problema para las comunidades negras, en cuanto ese hecho los convierte en objetivo de diversos grupos, en su mayoría ilegales, que de hecho continúan pugnando por el control de esos territorios.

del derecho a la titulación colectiva de sus tierras. Esas referencias estuvieron precedidas de la siguiente reflexión, que sintetiza este último aspecto:

“A partir de lo hasta aquí expuesto sobresale, pues, el nexo estrecho que existe entre el reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural y la necesidad de preservar el territorio ancestral de las comunidades y pueblos tribales. Para el caso de las comunidades afrodescendientes resulta importante destacar la vinculación estrecha entre su supervivencia y el derecho al territorio como un lugar de vida, de desarrollo y mantenimiento de lazos culturales. O dicho en otros términos: el territorio como un ‘universo en el cual se hace posible la existencia misma de las comunidades afrodescendientes’. Con independencia de la relación entre las personas que conforman la comunidad y la tierra ‘el territorio recoge la esencia misma de la existencia de un grupo social. Los pobladores hacen parte del territorio, así como la tierra, los ríos, los recursos y la vida’.”⁵⁸

Finalmente, en esta misma línea, es del caso citar también la reciente sentencia T-433 de 2011 (M. P. Mauricio González Cuervo), sobre la asignación de tierras de resguardo a una comunidad indígena, a partir de lo cual se reiteró otra vez la importancia del derecho fundamental a la propiedad del territorio, con apoyo en extensas transcripciones del recién citado fallo T-909 de 2009. En este caso, después de resaltar la importancia del multiculturalismo, o lo que es lo mismo, la diversidad étnica y cultural protegida por la Constitución Política, se ordenó también a la entidad competente decidir en un tiempo prudencial la solicitud de titulación pendiente de resolución.

3.5. Conclusión sobre los derechos fundamentales de los grupos étnicos

De lo expuesto en los acápites anteriores queda claro entonces el alcance de los principales derechos fundamentales que según ha reconocido este tribunal, recaen sobre los grupos étnicos, tanto indígenas como afrodescendientes, específicamente el derecho a la subsistencia, el derecho a la preservación de su identidad étnica y cultural, el derecho a la consulta previa de ciertas decisiones que pueden afectarlos y el derecho a la propiedad colectiva de las tierras ocupadas por la comunidad. Estas precisiones se retoman más adelante, al analizar frente al caso concreto si en este evento ha existido vulneración de los derechos radicados en la organización comunitaria demandante.

4. De los demás derechos fundamentales invocados en la demanda

Según se dijo, previo al análisis del caso concreto, corresponde ahora volver brevemente sobre la esencia de los demás derechos fundamentales invocados en el presente caso, principalmente el de petición y el debido proceso.

4.1. Del derecho de petición

⁵⁸ La parte en comillas sencillas corresponde a un texto del autor Sergio Andrés Coronado Delgado titulado “El territorio: derecho fundamental de las comunidades afrodescendientes en Colombia”, tomado de la página www.iidh.ed.cr, que se cita en este aparte.

En relación con el contenido y alcances de este derecho, como es bien sabido, la Corte Constitucional ha trazado desde sus inicios una voluminosa y consistente línea jurisprudencial. Adicionalmente, el desarrollo del derecho de petición se remonta a muchos años antes de la creación de este tribunal, ya que aquél hizo parte del Título III de la derogada Constitución de 1886, lo que dio sobrada ocasión para que las autoridades, los particulares y los jueces se familiarizaran suficientemente con él. Desde 1991, este derecho fue además definido como derecho fundamental.

El derecho de petición se considera también un derecho instrumental, puesto que es un vehículo que permite y facilita el ejercicio de muchos otros derechos, tanto fundamentales como sin esa connotación. De igual manera ha resaltado la Corte que esta garantía resulta esencial y determinante en cuanto mecanismo de participación ciudadana, dentro de una democracia que se define a sí misma como participativa.

Es del caso anotar que el derecho de petición se dirige a quienes la norma constitucional denomina genéricamente *las autoridades*, entendiendo por tales los distintos órganos y dependencias del Estado, no sólo al interior de la rama ejecutiva sino también en las demás, así como en los órganos autónomos e independientes. Sin embargo, caben también dentro de este concepto de autoridades los particulares que bajo cualquiera de las circunstancias previstas en la ley, ejerzan funciones públicas.

En lo que hace al núcleo esencial de este derecho, han entendido de manera unánime tanto la doctrina como la jurisprudencia nacional⁵⁹, que éste consiste en la posibilidad de presentar peticiones respetuosas a las autoridades, es decir, a que aquéllas sean recibidas, seguida de la garantía de que tales peticiones serán objeto de pronta resolución.

Frente a este punto es claro que el solicitante no tiene, en modo alguno, derecho a esperar que la autoridad resuelva su pedido de manera favorable, concediendo lo que aquél busca, al punto de poder afirmar que se vulnera el derecho de petición si quien lo resuelve no accede, sin objeción, a la totalidad de lo pedido. La garantía de este derecho consiste en que la autoridad deberá necesariamente abordar la solicitud que ha recibido, pronunciarse de fondo sobre ella de manera clara, precisa y congruente con lo solicitado, en un tiempo prudencial cuya específica duración depende de la modalidad de petición elevada, y asegurarse de que la respuesta efectivamente llegue a conocimiento del interesado.

La necesidad de que la respuesta sea emitida dentro de un tiempo previamente conocido es determinante para la efectividad de este derecho, pues es la que garantiza que el solicitante no tenga que esperar de manera indefinida, con lo que además queda a salvo tanto la posibilidad de adelantar actuaciones posteriores a partir del sentido de la respuesta obtenida, si así lo estimare el

59 En lo que atañe a la jurisprudencia de esta Corte, ver entre muchísimas otras, las sentencias T-377 de 2000 (M. P. Alejandro Martínez Caballero), T-249 de 2001 (M. P. José Gregorio Hernández Galindo), T-1160-A de 2001 (M. P. Manuel José Cepeda Espinosa) y T-690 de 2007 (M. P. Nilson Pinilla Pinilla).

petionario, como puede ser la de controvertirla prontamente mediante el uso de las acciones contencioso administrativas. La jurisprudencia ha aclarado incluso que en caso de que transcurra el tiempo al cabo del cual la Ley tiene prevista la posibilidad de invocar la figura del silencio administrativo, ello no exime a la autoridad de la obligación de responder debidamente, pues este remedio sucedáneo, lejos de desvanecer la vulneración del derecho de petición, lo que hace es evidenciarla.

Claro lo anterior, es necesario señalar que el derecho de petición puede tener diversos alcances, dependiendo de la naturaleza de lo que se pide, así como de la de las partes involucradas, esto es, el petionario y la autoridad a quien la solicitud se dirige.

Sobre el objeto de la petición, la ley, concretamente el Código Contencioso Administrativo vigente para la época de los hechos que motivaron esta acción (Decreto 1 de 1984) distinguía con claridad varias formas de petición, entre ellas: i) la presentada en interés general; ii) la que se instaura en razón a un interés particular, usualmente con el propósito de constituir un derecho de la misma naturaleza; iii) el derecho de petición de informaciones, que incluye la posibilidad de consultar los documentos públicos y de obtener copia de ellos; iv) la formulación de consultas y v) la iniciación de actuaciones por solicitud ciudadana en cumplimiento de un deber legal. Cada una de estas especies tiene, según su naturaleza, distinto alcance y forma de protección⁶⁰.

La referida preceptiva legal aplicable contiene también otras reglas y aspectos cuya debida observancia incide en el acatamiento o vulneración de este importante derecho fundamental. Entre ellos pueden destacarse, por su relevancia frente al caso planteado, los dos siguientes: i) la necesidad de informar al petente cuando no fuere posible responder en el tiempo previsto en la ley, la fecha aproximada en la que se le dará respuesta (art. 6), y ii) la posibilidad de requerir al petionario, por una sola vez, para que allegue los documentos e informaciones que no hubiere presentado y que fueren necesarios para decidir sobre lo solicitado, con la prevención de que en este caso se interrumpirá el término para decidir, cuyo conteo se reanudará en el momento en que aquél presente lo solicitado (art. 12).

Por último, debe recordarse que las normas contenidas en el Código Contencioso Administrativo (tanto el de 1984 como el actualmente vigente) constituyen un régimen general aplicable a todas las formas y situaciones relacionadas con el derecho de petición, a partir de lo cual el mismo legislador, o en su caso las autoridades administrativas, pueden establecer normas especiales aplicables a determinadas actuaciones. Ello ha ocurrido en

60 Desde el 2 de julio de 2012 entró a regir el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo contenido en la Ley 1437 de 2011. La regulación del derecho de petición, de contenido semejante a la del código derogado, salvo por la exclusión de las llamadas peticiones presentadas en cumplimiento de un deber legal, se encuentra contenida en los artículos 13 a 33, los cuales fueron declarados inexecutable por este tribunal mediante sentencia C-818 de 2011 (M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub), pues en cuanto el derecho de petición es un derecho fundamental, su desarrollo legislativo ha debido realizarse mediante ley estatutaria, y no ordinaria, como en este caso ocurrió. Sin embargo, y según lo dispuso ese mismo fallo, los efectos de esa decisión fueron diferidos hasta el 31 de diciembre de 2014.

el presente caso en tanto el Presidente de la República expidió el Decreto 1745 de 1995, reglamentario de la Ley 70 de 1993 en lo atinente al proceso de reconocimiento de la propiedad colectiva a las comunidades negras. Por consiguiente, también esa normatividad habrá de ser tenida en cuenta en el espacio correspondiente, a efectos de determinar la vulneración o no de este derecho frente al caso concreto.

4.2. Del derecho al debido proceso administrativo

Como es sabido, la Constitución de 1991 extendió e hizo aplicable al campo de las actuaciones administrativas el concepto de debido proceso, así como el correlativo derecho fundamental, que si bien de tiempo atrás había sido materia de amplios desarrollos normativos y jurisprudenciales, no era hasta entonces objeto de garantía constitucional, pues hasta ese momento ésta había estado reservada sólo a los procesos y actuaciones jurisdiccionales. Desde la vigencia de la nueva carta política este derecho ha sido objeto de un amplio desarrollo por la jurisprudencia de esta corporación, a propósito de su aplicación en relación con muy diversas situaciones⁶¹.

El derecho al debido proceso administrativo comprende entonces, respecto de tales actuaciones, y en lo que resulte pertinente, las mismas garantías y desarrollos previamente reconocidos en relación con los trámites judiciales. En su más básico concepto, este derecho asegura que los procedimientos y actuaciones que se adelanten en desarrollo de la función administrativa se cumplan, en todo, en la forma previamente determinada en la Ley, o en su caso, en las demás normas que resulten aplicables, formas que por lo tanto, resultan conocidas, así como reconocibles, para los ciudadanos que en su calidad de tales tengan algún interés en la respectiva actuación.

Dentro de ese marco conceptual, este tribunal ha definido el debido proceso administrativo como (i) un conjunto complejo de condiciones que le impone la ley a la administración, materializado en el cumplimiento de una secuencia de actos por parte de la autoridad administrativa, (ii) que guarda relación directa o indirecta entre sí, y (iii) cuyo fin está previamente determinado de manera constitucional y legal. Se ha precisado también que con esta garantía se busca (i) asegurar el ordenado funcionamiento de la administración, (ii) la validez de sus propias actuaciones y, (iii) resguardar el derecho a la seguridad jurídica y a la defensa de los administrados⁶².

Ahora bien, el derecho al debido proceso en el ámbito administrativo guarda estrecha relación con el cumplimiento de otros preceptos constitucionales, entre ellos el artículo 6° que establece el principio de legalidad o el 209 que lista los pautas y criterios que deben inspirar la función administrativa, como

61 Ver sobre este tema, entre muchas otras, las sentencias T-550 de 1992, C-214 de 1994, T-415 de 1995, T-352 de 1996, T-1313 de 2000, C-653 de 2001, T-677 de 2004, T-814 de 2005, T-103, T-525, T-958 y T-1005 de 2006, T-304, T-600 y T-731 de 2007, T-917 y T-1168 de 2008, T-111, T-881 y T-909 de 2009, y entre las más recientes T-178, C-980 y C-983 de 2010, C-089 y T-249 de 2011.

62 Sentencia T-796 de 2006 (M. P. Clara Inés Vargas Hernández), citada a su vez por la sentencia C-980 de 2010 (M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo).

son la igualdad, la moralidad, la eficacia, la celeridad, la imparcialidad y la publicidad. También tiene que ver con el ya referido derecho fundamental de petición, pues un buen número de las actuaciones en las que deberá aplicarse el debido proceso se originan en el ejercicio de ese derecho, y además porque en tales casos el efectivo respeto del derecho de petición dependerá, entre otros factores, de la cumplida observancia de las reglas del debido proceso.

También ha señalado esta corporación que, en adición a los desarrollos y reglas específicas que en relación con los distintos trámites y materias administrativas establezca el legislador, cuya estricta aplicación constituye para cada caso el cumplimiento del debido proceso, existen varias importantes garantías mínimas asociadas a ese concepto, que por consiguiente deberán ser observadas en toda actuación de este tipo. Entre ellas se destacan el derecho a: (i) que el trámite se adelante por la autoridad competente; (ii) que durante el mismo y hasta su culminación se permita la participación de todos los interesados; (iii) ser oído durante toda la actuación; (iv) que la actuación se adelante sin dilaciones injustificadas; (v) ser notificado de las decisiones que se adopten de manera oportuna y de conformidad con la ley; (vi) solicitar, aportar y controvertir pruebas; (vii) en general, ejercer el derecho de defensa y contradicción, e (viii) impugnar las decisiones que puedan afectarle.

Como puede apreciarse, el derecho al debido proceso frente a las actuaciones administrativas abarca entonces un comprensivo conjunto de garantías y cautelas encaminadas a rodear al ciudadano que es o pudiere ser objeto de ellas, de las condiciones de seriedad, transparencia y seguridad necesarias para la efectiva protección de sus demás derechos, de tal manera que la función administrativa cumpla debidamente su objetivo dentro del marco de lo que el mismo texto superior denominó “*un orden justo*” (art. 2° Const.). Por ello desde sus inicios, esta Corte ha sostenido: “*En esencia, el derecho al debido proceso tiene la función de defender y preservar el valor de la justicia reconocida en el preámbulo de la Carta Fundamental, como una garantía de la convivencia social de los integrantes de la comunidad nacional...⁶³*”

Así pues, en acatamiento de la Constitución, el derecho fundamental al debido proceso debe ser cuidadosamente observado en la totalidad de las actuaciones administrativas, tanto aquellas que tienen origen en la ciudadana a través del derecho de petición como en las que se cumplan por iniciativa de las autoridades dentro del marco de sus funciones y competencias.

5. Caso concreto

Como quedó expuesto en el acápite de antecedentes de esta providencia, el principal hecho que dio lugar a la presentación de esta acción de tutela es la existencia de una solicitud de titulación colectiva de tierras localizadas en el Archipiélago de Islas del Rosario, presentada ante el INCODER desde febrero de 2006 por un Consejo Comunitario que, en términos de la Ley 70 de 1993, agrupa y representa a las personas interesadas en la titulación, solicitud que

63 Sentencia C-214 de 1994 (M. P. Antonio Barrera Carbonell).

hasta la fecha no habría sido respondida de manera clara y directa. Así pues, como en su momento lo entendieron los jueces de instancia, un primer asunto de trascendencia en el presente caso es si este hecho implica vulneración del derecho de petición en cabeza del Consejo Comunitario accionante y de tres ciudadanos integrantes del mismo, quienes también obran como actores dentro del presente trámite tutelar.

Sin embargo, como quedó dicho al inicio de este capítulo de consideraciones, los temas sobre los cuales debe resolver la Sala exceden este aspecto, pues de manera coetánea a la solicitud aún desatendida, la entidad demandada habría realizado otras acciones y omisiones que de manera directa, o al menos consecencial, tendrían efecto sobre lo solicitado y sobre otros derechos fundamentales de la comunidad y de los ciudadanos accionantes, entre ellos varios de los estudiados en el punto 3 del presente acápite de consideraciones.

De otra parte, existe controversia sobre la antigüedad de los asentamientos humanos de comunidades negras en las áreas sobre las cuales se pretende la titulación colectiva, lo que tendría incidencia sobre la posibilidad de que esa solicitud pudiera ser resuelta en forma favorable por la autoridad competente. A efectos de dilucidar ese aspecto, el Magistrado sustanciador, y en su momento la competente Sala de Revisión, decretaron algunas pruebas a través de las cuales se buscó acopiar información de carácter histórico proveniente de profesionales e instituciones expertas en estos temas, cuyo allegamiento y análisis retardó la toma de esta decisión.

A partir de los anteriores elementos, la Sala analizará y determinará si los hechos planteados tienen el efecto y trascendencia de vulneración de derechos fundamentales que la entidad y los ciudadanos accionantes le han atribuido, para a continuación adoptar la decisión que en derecho corresponda.

5.1. Planteamiento de los problemas jurídicos que deberán resolverse

Para resolver sobre el presente asunto, se estudiará en primer lugar si frente al trámite impartido por el INCODER respecto de la solicitud de titulación colectiva presentada por el Consejo Comunitario accionante, se habría vulnerado o no el derecho fundamental de petición de esa agrupación y de los ciudadanos demandantes.

Posteriormente, cualquiera que sea el resultado de esta primera exploración, se estudiará lo concerniente a los demás derechos fundamentales invocados por los actores, entre ellos el debido proceso administrativo y aquellos otros derechos que, según se explicó, se predicen únicamente de los grupos étnicos minoritarios, como consecuencia del reconocimiento que la Constitución hizo de la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana. Ello por cuanto sería posible que, aún habiéndose cumplido debidamente con las garantías inherentes al derecho de petición, las circunstancias en que ello hubiere ocurrido, impliquen vulneración de uno o más de esos otros derechos.

5.2. La actuación del INCODER frente a la solicitud de titulación

colectiva presentada por los accionantes

El trámite de titulación colectiva iniciado por la organización y los ciudadanos demandantes se encuentra regulado por la Ley 70 de 1993 y el Decreto 1745 de 1995, y en lo no previsto en esas normas especiales se rige por lo establecido en la Parte Primera del Código Contencioso Administrativo⁶⁴, según lo determina el 2° inciso del artículo 1° de ese mismo estatuto.

Según consta en el expediente (f. 19 cd. inicial), el Consejo Comunitario de Comunidades Negras de la Unidad Comunera de Gobierno Rural de Isla del Rosario – Caserío Orika elevó ante el Director Regional de INCODER de la ciudad de Cartagena el día 16 de febrero de 2006 la solicitud de titulación colectiva cuyo trámite luego dio lugar a esta acción de tutela. A esta petición anexaron varios documentos, con el fin de dar cumplimiento a lo previsto en los artículos 9° de la Ley 70 de 1993 y 20 del Decreto 1745 de 1995.

Conforme a lo dispuesto por esas mismas normas, la radicación de esa solicitud ha debido dar origen al cumplimiento de las diligencias previstas en los respectivos artículos subsiguientes, entre ellas la expedición de los actos administrativos necesarios y la publicación de los avisos previstos en el artículo 21 del referido decreto reglamentario. Posteriormente, esta última disposición prevé la realización de una visita a la comunidad (art. 22), la rendición de un informe técnico que recoja las conclusiones de dicha visita (art. 23), el eventual trámite de las oposiciones que se hubieren presentado (arts. 24 a 26) y otras diligencias relacionadas, para llegar finalmente a la decisión de fondo (art. 29) respecto de la titulación colectiva solicitada. De otra parte, todas estas normas contemplan términos perentorios para el cumplimiento de las respectivas diligencias.

Paralelamente, en desarrollo de la aplicación supletiva antes explicada, sería también relevante el artículo 12 del Código Contencioso Administrativo aplicable, conforme al cual si la autoridad a quien se dirija la petición considera que los documentos aportados por el interesado son insuficientes para adelantar la actuación administrativa de que se trata, requerirá a éste por una sola vez para que presente la información faltante, quedando en el entretanto suspendidos los términos para decidir.

Ahora bien, teniendo en cuenta que pasaron varios meses sin que se conociera pronunciamiento o actuación alguna de parte del INCODER en relación con este trámite, el representante legal del Consejo Comunitario solicitante presentó varios requerimientos, en todos los cuales invocó el derecho de petición. En el primero de ellos, fechado el 2 de mayo de 2006, pidió al Gerente Regional de ese instituto en Cartagena informar sobre las actuaciones adelantadas y expedir una certificación sobre la existencia del trámite de

64 Se refiere la Sala al Decreto Ley 01 de 1984 y sus posteriores reformas, dado que pese a la entrada en vigencia del nuevo Código de Procedimiento Administrativo contenido en la Ley 1437 de 2011 (con las precisiones efectuadas en la nota 60 *supra*) en razón a las reglas sobre régimen de transición previsto en su artículo 308 deberá entenderse que las normas generales aplicables a este trámite continuarán siendo las del código de 1984, vigente para la fecha en que se inició esta actuación administrativa.

titulación colectiva. En respuesta, el 11 de mayo del mismo año se expidió la certificación solicitada (f. 64 cd. inicial). Días después se envió también a la organización accionante una carta en la que se le informaba que la solicitud presentada por esa comunidad había sido enviada a la Oficina Jurídica del INCODER en Bogotá (f. 65 ibídem).

En el mes de septiembre de 2006 y previo un nuevo requerimiento de parte del representante legal del referido Consejo Comunitario, esa entidad recibió una comunicación suscrita por el entonces Gerente General del INCODER en la que se informó que *“se ha conformado el expediente administrativo con el fin de establecer los hechos por usted narrados relacionados con la ocupación, para efectos de determinar la viabilidad de su solicitud y proceder de conformidad con la Ley 70 de 1993 y su Decreto Reglamentario N° 1745 de 1995”* (fs. 68 a 71 ibídem). Sin embargo, esa misma carta incluyó después una serie de consideraciones fácticas y jurídicas cuyo contenido coincide en lo esencial con los hechos relatados en los puntos 1, 2 y 4 del relato de antecedentes de esta providencia.

Más adelante, el Consejo Comunitario recibió una nueva comunicación fechada el 5 de diciembre de 2006 y firmada por el Coordinador encargado del Grupo de Asuntos Étnicos del INCODER (f. 72 ibídem) en la que, previa alusión a las resoluciones expedidas por el INCORA en 1984 y 1986 a las que se hace referencia en el punto 1 del relato de antecedentes antes referido, se afirma que los terrenos solicitados *“...constituyen reserva territorial del Estado, por lo que al tenor del numeral 9° del artículo 19 del Decreto 1745 de 1995, son áreas inadjudicables, incluso de manera colectiva”*.

Posteriormente, en enero de 2007 el Consejo Comunitario accionante dirigió un nuevo derecho de petición en el que planteaba varias cuestiones jurídicas que consideró relevantes y solicitaba precisar la naturaleza jurídica de las dos últimas comunicaciones remitidas. En respuesta a ello, el 1° de marzo de 2007 recibió otra carta suscrita por el Gerente General del INCODER, quien después de efectuar nuevas referencias a los aspectos jurídicos previamente tratados en torno a la supuesta imposibilidad jurídica de la titulación pretendida, concluyó informando que *“Por las consideraciones anotadas, la naturaleza jurídica de los citados documentos de septiembre 20 y diciembre 5 de 2006 no son actos administrativos y por ende no decide (sic) de fondo el tema objeto de estudio”* (fs. 79 a 81 ibídem).

Ahora bien, según se observa, durante el prolongado lapso transcurrido con posterioridad a este intercambio de comunicaciones, y pese a haberse advertido en la última de ellas que ninguna de las notas hasta entonces remitidas tenía el carácter de acto administrativo ni resolvía de fondo el asunto planteado, el INCODER no ha dirigido ni notificado al Consejo Comunitario demandante en esta acción de tutela ninguna otra comunicación o escrito que sí tenga este propósito. Tampoco ha adelantado ninguna de las otras actuaciones que, según se explicó, las normas aplicables prevén como necesarias para la toma de una decisión sobre una solicitud de este tipo.

Pese a estas circunstancias, el instituto demandado entiende y afirma haber dado respuesta, en los términos previstos en la ley, al derecho de petición ejercitado por la organización accionante mediante la solicitud de titulación colectiva que se viene comentando. Ello por cuanto, en varias oportunidades durante el intercambio epistolar antes relatado, así como dentro del trámite de la presente acción, ha aludido al hecho de no ser jurídicamente posible el derecho pretendido, por cuanto los terrenos cuya titulación ha solicitado la comunidad accionante tendrían el carácter de baldíos reservados, lo que impediría su adjudicación.

A este respecto, si bien es claro que el contenido del derecho de petición en ningún momento incluye la garantía de que se concederá lo solicitado, por lo cual nadie podría entenderlo vulnerado por el solo hecho de negarse o de otra manera no accederse a lo pedido, es así mismo diáfano que no bastará invocar la existencia presunta o real de un impedimento jurídico para otorgar lo solicitado, para que la autoridad competente quede relevada de resolver sobre ello, pues ciertamente una manifestación de este tipo en ningún caso equivale a decisión de fondo. Esta consideración es concordante con el hecho de que, en su más reciente comunicación, el entonces Gerente General del INCODER reconozca que las notas previamente remitidas, en todas las cuales se alude a los obstáculos que frenarían la titulación solicitada, no tienen el carácter de actos administrativos ni resuelven sobre el fondo de lo pedido.

Frente a esta circunstancia debe recordarse además que el ejercicio del derecho de petición en interés particular encuentra su respuesta, positiva o negativa, en la expedición de un acto administrativo, así mismo de carácter particular. Por ello, resulta claro que si la presunta respuesta a lo solicitado mediante derecho de petición no tiene esa connotación, ello revelaría que en realidad no ha habido contestación, lo que a su turno permite afirmar que se ha vulnerado o desatendido el derecho fundamental de petición.

También cabe recordar que, según lo ha resaltado la jurisprudencia de este tribunal, el derecho de petición es esencialmente distinto al otro u otros derechos, fundamentales o no, cuya satisfacción y efectividad se procura a través de la petición⁶⁵. A partir de esta circunstancia pueden generarse distintas situaciones, entre ellas que el derecho de petición se satisfaga pese a la existencia de una decisión negativa, siempre que ésta reúna las condiciones de claridad, precisión, congruencia y oportunidad exigidas por la jurisprudencia, pero que eventualmente se vulnere el otro derecho subyacente, si la negativa fuere injustificada conforme a la ley.

Ahora bien, para que pueda ventilarse o esclarecerse la eventual vulneración de los así llamados “otros derechos” se hace necesario que el derecho de petición haya sido adecuadamente atendido, mediante la expedición de una decisión clara, precisa en su contenido y congruente con lo solicitado, pues sólo así resulta posible el ejercicio de los recursos administrativos y de las

65 Entre ellos el derecho de reunión, la libertad de locomoción, la libertad de empresa, el derecho a la seguridad social, el derecho a la información, la propiedad y muchos otros más. Ver en relación con esta distinción, entre muchísimas otras, la sentencia C-304 de 1999 (M. P. José Gregorio Hernández Galindo).

acciones contenciosas en vía jurisdiccional, que la ley ha previsto para la defensa de tales derechos e intereses.

Contrario sensu, la desatención al derecho de petición impide incluso plantear la controversia que pudiera quedar pendiente en torno a los otros derechos subyacentes, circunstancia que resalta la trascendencia de esta garantía y contribuye a explicar que la Constitución de 1991 le hubiera atribuido el carácter de derecho fundamental. En un escenario como este, y según lo explicado en el punto 4.2 anterior, se conjugarían entonces la eventual vulneración de los derechos fundamentales de petición y debido proceso administrativo, puesto que la falta de respuesta adecuada constituye a su vez frontal desconocimiento de las garantías que deben enmarcar el desarrollo de las actuaciones que, en ejercicio de ese derecho constitucional, ha iniciado el ciudadano ante las autoridades administrativas.

En el caso de autos resulta patente que los pronunciamientos fragmentarios que la entidad accionada ha emitido respecto a la solicitud de titulación colectiva elevada por el Consejo Comunitario actor no llenan las condiciones para poder ser considerados válida respuesta al derecho de petición de aquél. Ello por cuanto, mal podrían entenderse como claras, precisas y congruentes con lo solicitado las aisladas referencias a la presunta imposibilidad jurídica de lo pedido, manifestaciones que por lo demás, según lo ha reconocido esa autoridad, no están contenidas en actos administrativos formalmente expedidos, y que por lo mismo tampoco permiten a los interesados controvertir gubernativa ni judicialmente su contenido, en defensa de los otros derechos que a través de la petición presentada han buscado materializar.

De todo lo anterior se concluye que en este caso la autoridad demandada ha desconocido, y a la fecha continúa desconociendo, el derecho fundamental de petición de la organización y los ciudadanos actores, así como su derecho al debido proceso administrativo, razones que justifican entonces la concesión del amparo pedido, por lo pronto en lo que a esos dos derechos se refiere.

5.3. De las otras actuaciones desplegadas por el INCODER y la eventual vulneración de los otros derechos fundamentales invocados

Como quedó dicho, entiende la Sala que la actuación cumplida por la entidad accionada en relación con la solicitud de titulación colectiva presentada por los demandantes comporta desconocimiento a su derecho de petición y al debido proceso administrativo. Además de ello, debe ahora analizarse si otros de los hechos y circunstancias concomitantes a ella que fueron relatados en la demanda de tutela y en posteriores intervenciones procesales implican también transgresión de otras garantías de carácter fundamental.

Al mismo tiempo debe estudiarse además si la objeción que preliminarmente ha planteado la autoridad accionada sobre la presunta imposibilidad jurídica de la adjudicación pretendida resulta válida frente al marco constitucional actualmente vigente, análisis en relación con el cual adquiere sentido la reiterada solicitud de los actores y de sus apoderados para que al decidir sobre

esta acción constitucional el juez de tutela realizara una ponderación integral de los valores e intereses en juego, especialmente del significado que deba atribuirse al reconocimiento de la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana frente a la vigencia de reglas y preceptos de carácter legal como los invocados por el INCODER en sus equívocos pronunciamientos.

Así, la Corte considera necesario analizar todas esas circunstancias de cara al contenido de aquellos derechos fundamentales que, según se explicó detalladamente en el punto 3 del presente acápite de consideraciones, se predicen de manera exclusiva de los grupos y comunidades étnicas, categoría dentro de la cual indudablemente se ubican los ciudadanos agrupados en torno a la organización demandante. Entre tales derechos se destacan los relativos a la subsistencia de la comunidad, la preservación de su integridad étnica y cultural, la consulta previa a la adopción de ciertas decisiones públicas que puedan afectarles y el derecho a la propiedad colectiva de sus territorios.

Se observa entonces que la comunidad accionante presenta e impulsa la solicitud de titulación colectiva prevista en la Constitución, la Ley 70 de 1993 y su Decreto Reglamentario 1745 de 1995 bajo el supuesto y la convicción de reunir las condiciones requeridas para ello, en particular los dos elementos, objetivo y subjetivo, que conforme a lo explicado por la jurisprudencia de este tribunal, caracterizan a los grupos humanos diversos de la así llamada sociedad predominante, y que les hace acreedores a la protección y beneficios contemplados por el referido Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, que consagra y desarrolla los derechos fundamentales a los que recién se hizo referencia. Como se recordará, el elemento objetivo alude a la presencia de rasgos culturales y sociales compartidos por los miembros del grupo, que les diferencien de los demás sectores sociales, al paso que el elemento subjetivo, radica en la existencia de una identidad grupal que lleva a los individuos a asumirse como miembros de la colectividad en cuestión.

Debe además anotarse que si bien el instituto demandado no lo entiende así, la premisa que sustenta la solicitud del Consejo Comunitario accionante estaría respaldada, al menos de manera preliminar y sumaria, por la evidencia de tipo histórico y antropológico recaudada por esta Sala de Revisión⁶⁶ conforme a la cual las comunidades negras, antecesoras de las que actualmente solicitan la titulación colectiva, han realizado actividades de explotación económica y habitado esos espacios, en algunas épocas de manera intermitente, desde tiempos de la colonia española, existiendo además lo que la doctrina especializada denomina la *relación campo-poblado* entre tales comunidades y esos territorios. Esas circunstancias resultan suficientes para clarificar la titularidad de derechos fundamentales en cabeza de aquéllas, pues el tantas veces referido Convenio 169 de la OIT establece que los derechos de las comunidades étnicas, entre ellos el de ser consultados sobre decisiones relevantes y el de ejercer propiedad colectiva se predicen de las tierras que aquellas ocupan o utilizan de alguna otra manera⁶⁷.

⁶⁶ Presentada en el punto 6 del Capítulo IV de la presente providencia, denominado Trámite Judicial.

⁶⁷ Cfr. artículos 7° y 13 del Convenio 169.

De otra parte, se conoce también que paralela y simultáneamente, la entidad a la que conforme a las normas vigentes debía dirigirse la solicitud de titulación colectiva, que es además la autoridad competente en relación con el aprovechamiento y administración de aquellos espacios del territorio nacional catalogados por ley como baldíos, adelanta distintas acciones que, según se entendería, estarían encaminadas a permitir la continuidad de la explotación económica que de tiempo atrás se ha venido realizando en áreas del archipiélago de Islas del Rosario, total o parcialmente coincidentes con aquellas que fueron objeto de la solicitud de titulación colectiva. Para ello, se sustenta en la vigencia de actuaciones administrativas cumplidas años atrás, desde la década de 1980, por las autoridades competentes, conforme a las cuales tales territorios tienen el carácter de baldíos nacionales, al no haberse comprobado, en los términos de la ley entonces vigente, la existencia de comunidades organizadas cuya presencia impidiera atribuir esa connotación a los referidos territorios.

En esa línea de acción el INCODER expidió en enero de 2006 el Acuerdo 041 de 2006, *“por el cual se modifica parcialmente el Acuerdo N° 033 ‘por el cual se regula la ocupación y el aprovechamiento temporal de los terrenos que conforman las islas del archipiélago de Nuestra Señora del Rosario y de San Bernardo’”*⁶⁸. Este acto administrativo regula la posibilidad de que esos terrenos sean objeto de contratos de arrendamiento y, excepcionalmente, de que sobre ellos se constituyan derechos de usufructo, en ambos casos bajo las estrictas condiciones allí desarrolladas⁶⁹.

Como es natural, y este Acuerdo lo hace explícito, ambas figuras exigen el reconocimiento por parte del ocupante de no ser propietario de tales áreas, lo que a su turno excluiría la posibilidad de que aquellas sean objeto de titulación colectiva. Adicionalmente, antes y después de su expedición, y bajo la misma premisa de tratarse de terrenos catalogados como baldíos reservados, el INCODER ha adelantado distintas acciones conducentes a la recuperación de las áreas que considera indebidamente ocupadas, actuaciones que en ciertos casos habrían afectado a los nativos allí residentes, incluso a algunos de aquellos agrupados bajo la figura del Consejo Comunitario que en este caso funge como demandante.

⁶⁸ Debe anotarse que si bien, tanto los actores como la entidad accionada y todos los demás intervinientes han aludido únicamente al Acuerdo 041 de 2006 y centrado el debate pertinente en esa sola norma, este no sería el primer acto administrativo que regula la materia, pues aunque su articulado no especifica cuáles son las normas que se modifican, su título alude a que por este acuerdo se modifica el Acuerdo N° 033 (sin especificar año), cuyo título se refiere al mismo tema. De otra parte, se tiene conocimiento de que, con posterioridad al Acuerdo 041 de 2006, la Junta Directiva del INCODER ha expedido otros, parcialmente modificatorios del mismo, entre ellos los Acuerdos 084 de 2006, 116 y 123 de 2007. Finalmente, se conoce también que todas estas normas fueron objeto de una acción de nulidad, a la fecha aún no decidida, que cursa ante la Sección 3ª del Consejo de Estado (Expediente 36.841, actualmente a cargo del Consejero Danilo Rojas Betancourt), dentro de cuyo trámite, por auto de agosto 6 de 2009 se decretó la suspensión provisional de varias de las disposiciones acusadas.

⁶⁹ Según se observa, el referido Acuerdo 041 de 2006 permitiría, mediante la figura del arrendamiento de franjas de terreno de hasta una hectárea de extensión, normalizar la situación relacionada tanto con las casas de recreo que de tiempo atrás han sido levantadas en varias de estas islas, como con otro tipo de construcciones usualmente destinadas a la explotación turística. Mientras tanto, a través de los contratos que otorgarían el usufructo de áreas no superiores a 200 metros cuadrados a personas y familias cuyo patrimonio no exceda de 15 salarios mínimos legales mensuales, se procura satisfacer necesidades estrictamente habitacionales, quedando implícitamente excluida toda posibilidad de explotación económica.

Se observa así que durante los años recientes se vienen desarrollando en áreas del archipiélago de las Islas del Rosario dos distintos procesos sociales mutuamente excluyentes, cada uno con su propia dinámica y con diversas implicaciones jurídicas. El INCODER se ha mantenido en que conforme al resultado de las actuaciones administrativas concluidas en 1986, las áreas cuya titulación colectiva se pretende son baldíos reservados, circunstancia que impide su adjudicación como propiedad colectiva, mientras que los nativos entienden tener derecho a ese reconocimiento, de conformidad con el mandato de protección de la diversidad étnica y cultural contenido en la Constitución y en normas integrantes del bloque de constitucionalidad, y con los desarrollos legales y reglamentarios expedidos a partir de esos preceptos.

A ese respecto, y pese a que este específico desacuerdo es de carácter interpretativo, pues atañe al alcance y consecuencias de las normas aplicables, debe recordarse, como en varias ocasiones lo ha destacado este tribunal⁷⁰, que es frecuente que los temas relacionados con los grupos étnicos generen esa diversidad de percepciones sobre una misma realidad, lo que no puede conducir a la indiscutida descalificación de las posturas defendidas por los grupos minoritarios, pues esas diferencias derivan en buena medida de su calidad de tales.

Frente a lo anterior, y según se desprendería de los estudios y opiniones de expertos acopiados como prueba por decisión de esta Sala de Revisión, encuentra la Sala que la presencia de las comunidades representadas por la organización demandante en zonas del archipiélago de Islas del Rosario reuniría las características necesarias para que esa comunidad resultara acreedora de la especial protección y titular de los derechos fundamentales consagrados por los preceptos superiores aquí comentados, caso en el cual, el cumplimiento de las funciones legalmente asignadas al INCODER debería acompañarse con el pleno ejercicio y vigencia de tales derechos.

Así las cosas, si bien resulta apreciable que la actuación del INCODER en relación con este tema tendría respaldo de carácter legal, especialmente en la norma del Código Fiscal de 1912 que sirvió de fundamento a la actuación administrativa concluida en 1986, a la acción de cumplimiento incoada por la Procuraduría Delegada para Asuntos Agrarios contra el INCORA en 1999 y a los pronunciamientos de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado emitidos durante el año 2007, y en la Ley 160 de 1994 en lo que atañe a las facultades del INCODER, encuentra la Corte no menos factible que ello podría implicar la amenaza y la vulneración de derechos fundamentales de las comunidades accionantes.

En efecto, las políticas que en los años recientes han aplicado el INCORA y posteriormente el INCODER en el archipiélago de las Islas del Rosario, basadas en el supuesto de ser todas esas áreas baldíos de reserva de la Nación, y reflejadas en su tolerancia y facilitamiento de los procesos de explotación turística de esos territorios y en la aparente y no oficializada negativa al

⁷⁰ En este sentido ver, entre otras, la reciente sentencia T-129 de 2011 (M. P. Jorge Iván Palacio Palacio).

trámite de titulación colectiva iniciado por las comunidades negras nativas de la zona, implicarían para éstas una situación de exclusión, posiblemente contraria a sus derechos fundamentales.

Como ya se dijo, de la prueba recaudada por la Sala de Revisión resultaría que, contrario a lo asumido por el INCORA en 1984, desde hace varios siglos habrían existido en varios parajes de las Islas del Rosario, tanto como en la vecina isla de Barú, asentamientos humanos de comunidades nativas de raza negra, cuyas características sociales, antropológicas e históricas las constituirían en titulares de adicionales derechos fundamentales⁷¹. Esas comunidades son actualmente representadas por el Consejo Comunitario de Comunidades Negras de la Unidad Comunera de Gobierno Rural de Isla del Rosario, entidad que obra como demandante dentro de la presente acción, y que resulta representativa de sus intereses⁷².

Esta específica situación jurídica respaldaría entonces dos trascendentales aspiraciones de la comunidad accionante, una genérica y otra específica, en relación con tales territorios: la primera, la de no ser excluida sino tenida en cuenta, en las decisiones relativas al futuro destino de las islas, entre ellas cuáles deben ser las formas permitidas de ocupación y aprovechamiento; la segunda, la de lograr la titulación colectiva de las tierras que de tiempo atrás habrían ocupado, dentro del marco jurídico desarrollado a partir del artículo 55 transitorio de la Constitución Política.

Sin embargo, según puede observarse, la actual situación social y económica del archipiélago no ofrece condiciones que permitan la materialización de esas expectativas. Por el contrario, las acciones adelantadas por el INCODER y años atrás por el INCORA han llevado un rumbo diferente, adverso a los intereses y necesidades defendidos por los grupos étnicos afrodescendientes, y por lo mismo, más favorable a los de la explotación turística.

De igual manera resulta válido considerar que esta situación fáctica podría además generar circunstancias que lesionen la cohesión de la comunidad, pues algunos de sus miembros podrían verse forzados a actuar contra los intereses de la comunidad étnica a la que pertenecen. La Sala considera que este tipo de escenario efectivamente pondría en riesgo los derechos fundamentales a la subsistencia y a la integridad de la identidad cultural de los grupos humanos que habitan las Islas del Rosario, aparentemente desde tiempos remotos.

A partir de estas reflexiones, debe esta corporación determinar si la decisión de la Junta Directiva del INCODER de expedir un acto administrativo como el Acuerdo 041 de 2006, que estableció el uso que puede darse al suelo de las

71 Según lo observó uno de los intervinientes que abogó por la concesión del amparo solicitado (Decano de la Facultad de Ciencias Humanas de la Universidad Nacional, ver folio 15 de esta providencia) el mismo INCORA aceptó en tales resoluciones que el territorio que actualmente conforma el Archipiélago de Islas del Rosario “*venían siendo ocupados desde épocas remotas por nativos de escasos recursos, quienes las explotan (sic) rudimentariamente en cultivos de pancoger y otros*”.

72 La comunidad demandante se encuentra organizada bajo la forma prevista en el Decreto 1745 de 1995 (artículos 3° a 12) y en los términos del artículo 20 de la misma norma, es la entidad facultada para presentar la solicitud de titulación colectiva de tierras desarrollada por ese decreto.

islas de este archipiélago, y a partir de ello las formas de vida que en ellas podrán desarrollarse, ha debido ser materia de consulta previa con los miembros de las comunidades negras habitantes en la zona, de conformidad con lo previsto en el Convenio 169 de la OIT y demás normas pertinentes.

Frente a este aspecto concreto, y teniendo en cuenta la situación fáctica y jurídica existente al momento de adoptarse ese reglamento, encuentra la Sala que no podría considerarse equivocada desde el punto de vista constitucional la implícita decisión de no adelantar la consulta, previamente a la expedición de este acuerdo. La principal razón que conduce a esta conclusión radica en que, encontrándose vigentes los actos administrativos que en su momento ratificaron el carácter de baldíos reservados de estos territorios insulares, una tal decisión tendría como propósito establecer un uso acorde a ese estatus jurídico, lo que de otra parte, no necesariamente implicaba desconocimiento del eventual derecho de las comunidades demandantes en la presente acción.

Sin embargo, dado que no es menos cierto que en razón a su materia y contenido, una decisión de este tipo tiene la potencialidad de generar o consolidar hechos económicos y dinámicas poblacionales que podrían resultar lesivos para las comunidades negras que habitan en partes de ese archipiélago y pretenden la titulación colectiva de esas tierras, estima la Sala que habría sido igualmente acertado ordenar la realización de la referida consulta.

De otra parte, y más allá de esta circunstancia, debe resaltarse que la incertidumbre aún existente frente a la solicitud de titulación colectiva presentada por la comunidad accionante, unida a la progresiva definición de situaciones jurídicas particulares al amparo del referido Acuerdo 041 de 2006, las cuales podrían crear dificultades para el cumplimiento de una eventual decisión positiva en este sentido, además de constituir una vulneración de los derechos de petición y al debido proceso administrativo, implican también una indirecta infracción al derecho fundamental que según se explicó, tienen esas comunidades a obtener la propiedad colectiva de los territorios que habitan, u ocupan de alguna otra manera, pues la falta de definición sobre esa solicitud ciertamente frustra la posibilidad de llegar a ejercer ese derecho. Como también resulta claro que la permanencia de esta situación implica riesgo para sus derechos fundamentales a la subsistencia y a la identidad étnica y cultural, que no podrán entenderse libremente ejercidos mientras subsista el actual estado de indefinición frente al derecho de esa comunidad.

La Sala vuelve en el punto siguiente sobre las consecuencias de esta situación fáctica y sobre las medidas que deberían adoptarse para remediarla y asegurar la plena vigencia de los derechos fundamentales de la comunidad actora.

5.4. Sobre la futura actuación del INCODER en relación con la solicitud de titulación colectiva pendiente de resolución, y en general respecto de los territorios insulares de las Islas del Rosario

Frente a las acciones que en desarrollo de sus competencias debe aún cumplir el INCODER con respecto a la solicitud de titulación colectiva presentada por

la organización accionante, resulta necesario efectuar algunas precisiones.

La primera de ellas guarda relación con la existencia de las resoluciones del INCORA que hace más de dos décadas atribuyeron a estos territorios el carácter de baldíos reservados, circunstancia que según se explicó, es la principal razón que permite considerar como no obligatoria la consulta previa en relación con la expedición de un acto administrativo como el Acuerdo 041 de 2006, además de haber dado origen a otras actuaciones tanto judiciales como administrativas⁷³ previamente adelantadas.

A este respecto encuentra la Sala que el referente que esas resoluciones constituyen bien podría resultar actualmente cuestionable, como resultado de la posterior entrada en vigencia de las normas superiores que dan sustento a los derechos fundamentales de las comunidades étnicas, entre ellos el derecho a la subsistencia, a la identidad étnica y cultural y la posibilidad de ser consultadas antes de la adopción de decisiones que podrían afectarlas, concretamente los mandatos sobre diversidad étnica y cultural contenidos en la Constitución de 1991 y en el tantas veces comentado Acuerdo 169 de la OIT, incorporado al derecho interno en ese mismo año. Así mismo debería considerarse el efecto que para el caso pueda tener la expedición de la Ley 70 de 1993, que desarrolla el derecho a la propiedad colectiva de la tierra.

En esa medida, como también en atención a la información existente sobre la antigüedad de los asentamientos de afrodescendientes en áreas de las Islas del Rosario llegada a conocimiento de la Corte Constitucional con ocasión de este trámite, a la que esta Sala reconoce el carácter de prueba sumaria, se estima necesario que el INCODER, dentro del marco de sus competencias y de los mecanismos legales a su alcance, contemple la posibilidad de variar la calificación de baldíos reservados asignada por el INCORA a la totalidad del territorio de estas islas en las referidas resoluciones de 1984 y 1986, únicamente respecto de las áreas solicitadas, y siempre y cuando concurren la totalidad de los demás requisitos necesarios para esa adjudicación.

En segundo término, a partir de las conclusiones alcanzadas en relación con el carácter no imperativo de la consulta previa respecto de la expedición del Acuerdo 041 de 2006 por parte de la Junta Directiva del INCODER, especialmente aquellas relativas a las implicaciones que una decisión de este tipo tiene para la comunidad afrodescendiente habitante en áreas de estas islas y para sus condiciones de vida, así como el consiguiente impacto sobre sus derechos fundamentales a la subsistencia y la preservación de su identidad cultural, la Sala estima necesario prevenir al instituto accionado respecto de que cualquier nueva decisión administrativa sobre los mismos temas deberá estar precedida por este trámite participativo, el cual deberá cumplirse en los términos previstos en el punto 3.3 de esta sentencia.

Al mismo tiempo, en vista de las dificultades que la aplicación de ese

⁷³ Entre ellas la acción de cumplimiento promovida por la Procuraduría Delegada para Asuntos Agrarios durante el año 1999 y dos conceptos emitidos por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado en el año 2007.

Acuerdo 041 de 2006 y sus normas complementarias puede generar para el cabal cumplimiento de una eventual decisión favorable en relación con la solicitud de titulación colectiva pendiente de trámite, la Sala considera procedente suspender la celebración de nuevos contratos de usufructo y/o arrendamiento de conformidad con tales reglas, al igual que la renovación, adición o prórroga de los contratos ya celebrados al amparo de este acuerdo, hasta tanto el INCODER decida en forma definitiva sobre esa solicitud.

Finalmente, al margen de las decisiones que el INCODER adopte a partir de los criterios expuestos en los párrafos anteriores, ese instituto deberá en todo momento tener en cuenta que si existen obstáculos derivados de la vigencia de normas jurídicas de carácter legal que impidan la plena efectividad de los derechos fundamentales de una comunidad étnica como lo es la aquí accionante, y con ello la cabal observancia de la Constitución Política, se haría necesario que en aplicación de su artículo 4° se remuevan tales obstáculos, aplicando preferentemente las disposiciones superiores.

Por ello, si bien corresponde al INCODER decidir finalmente sobre el resultado de la solicitud de titulación colectiva elevada hace ya varios años por el Consejo Comunitario accionante, deviene imperativo que al hacerlo tenga en cuenta que resultaría contrario a la Constitución proferir una decisión basada en restricciones de carácter puramente legal, si ésta genera el simultáneo desconocimiento de los derechos fundamentales de los lugareños.

Como resultado de las anteriores reflexiones, al constatar que los hechos relatados por la organización y los ciudadanos actores vienen afectando en la forma antes explicada un conjunto de derechos fundamentales de una y otros, la Corte concluye que esta acción de tutela deberá ser concedida para procurar el debido amparo de tales derechos, de conformidad con lo previsto en la Constitución Política y las demás normas pertinentes.

6. Sobre las órdenes que se impartirán

Al decidir sobre la presente acción, y de conformidad con las consideraciones que anteceden, la Sala revocará el fallo de segunda instancia, que confirmó la negación del amparo solicitado, y al en su lugar concederlo, impartirá al instituto accionado una serie de órdenes concatenadas.

En primer lugar, al haberse establecido que las manifestaciones emitidas por el INCODER durante el trámite de la actuación administrativa relatada en el acápite de antecedentes fácticos de esta providencia no constituyen válida respuesta a la solicitud de titulación colectiva elevada desde febrero de 2006 por la organización accionante, la Corte ordenará a la entidad accionada resolver de fondo la indicada solicitud, de manera pronta, efectiva, con celeridad, economía y sin dilaciones injustificadas, dentro del lapso máximo de tres meses contados a partir de la fecha de notificación de esta providencia.

En esa misma línea, se advertirá al INCODER que al resolver esa solicitud deberá dar plena aplicación a los preceptos constitucionales pertinentes, en los

términos planteados en los puntos 5.3 y 5.4 anteriores.

De otra parte, se ordenará al INCODER que mientras se resuelve esa solicitud suspenda la celebración de nuevos contratos de arrendamiento y/o usufructo en desarrollo del Acuerdo 041 de 2006 y sus normas complementarias, al igual que la renovación, adición y/o prórroga de los ya celebrados.

De igual manera, en razón a la necesidad de que las decisiones administrativas que tengan un efecto directo sobre la población afrodescendiente y sus formas de vida sean objeto de un procedimiento de consulta previa con tales comunidades a efectos de proteger sus derechos fundamentales, entre ellos el derecho a la subsistencia, a la preservación de su identidad cultural y a la propiedad colectiva de la tierra, se prevendrá al INCODER para que si en el futuro adopta decisiones de este tipo que tengan incidencia sobre esos aspectos, ello se haga previa la realización de un procedimiento de consulta que cumpla los parámetros definidos por esta Corte en el punto 3.3 de las consideraciones de esta providencia, incluyendo la necesidad de inaplicar las disposiciones del Decreto 1320 de 1998 que regula parcialmente la materia, por las razones que allí mismo se dejaron expuestas.

También, a partir de las consideraciones contenidas en el punto 5.4 anterior, la Sala exhortará al INCODER para que, dentro del ámbito de sus competencias, estudie la posibilidad de revocar o de otro modo sustituir la decisión adoptada por el INCORA en 1984 en relación con la calificación de baldíos reservados de las terrenos que conforman las islas conocidas como *Islas del Rosario*, únicamente respecto de las áreas solicitadas, y siempre y cuando concurren la totalidad de los demás requisitos necesarios para esa adjudicación.

Adicionalmente, a efectos de garantizar el cabal cumplimiento de la presente sentencia, se solicitará el acompañamiento de la Defensoría del Pueblo y de la Procuraduría General de la Nación, autoridades que deberán verificar la completa ejecución de las órdenes impartidas.

Por último, teniendo en cuenta que los hechos que motivan la solicitud de medida provisional presentada el día 3 de agosto del presente año son distintos a los que dieron lugar al ejercicio de esta acción de tutela, e incluso provienen de una autoridad diferente a la aquí accionada, así como la circunstancia de que la presente providencia decide de fondo sobre el amparo solicitado, la Sala se abstendrá de considerar y decidir sobre esa solicitud.

VI. DECISIÓN

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

RESUELVE:

Primero: **LEVANTAR** la suspensión de términos decretada para decidir el presente asunto.

Segundo: **REVOCAR** la sentencia proferida el 28 de enero de 2008 por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, por la cual se confirmó la dictada el 27 de noviembre de 2007 por una Sala Civil de Decisión del Tribunal Superior de Bogotá que denegó la acción de tutela instaurada mediante apoderado por el Consejo Comunitario de Comunidades Negras de la Unidad Comunera de Gobierno Rural de Isla del Rosario – Caserío Orika y por los señores Filiberto Camargo, Zuleima Caraballo y Ana Rosa Martínez. En su lugar **TUTELAR** los derechos fundamentales de petición, debido proceso administrativo, y a la propiedad colectiva de las tierras que ocupan, a la organización y a los ciudadanos actores.

Tercero.- En consecuencia, **ORDENAR** al **INCODER** que dentro del término de tres (3) meses contados a partir de la fecha de notificación de esta providencia, resuelva de fondo la solicitud de titulación colectiva presentada por la organización accionante, aplicando para ello los criterios de efectividad de derechos fundamentales y preeminencia constitucional expuestos en los puntos 5.3 y 5.4 del capítulo de consideraciones de esta providencia.

Cuarto.- **ORDENAR** que hasta tanto se expida la decisión prevista en el numeral anterior, se **SUSPENDA** la celebración de nuevos contratos de usufructo y arrendamiento en cumplimiento del Acuerdo 041 de 2006, así como la renovación, prórroga o adición de los que hubieren sido celebrados.

Quinto.- **EXHORTAR** al **INCODER** para que, dentro del marco de sus competencias, y si hubiere mérito para ello, estudie la posibilidad de revocar o de otro modo sustituir las resoluciones 04698 de 1984 y 04393 de 1986 expedidas por el Gerente General del **INCORA** en relación con el carácter de baldíos reservados de los territorios insulares conocidos como Islas del Rosario, únicamente respecto de las áreas cuya titulación colectiva se ha solicitado, y siempre y cuando concurren la totalidad de los demás requisitos necesarios para su adjudicación.

Sexto.- **PREVENIR** al **INCODER** para que si en el futuro decide expedir decisiones administrativas que tengan efecto directo sobre la población afrodescendiente habitante de este archipiélago, sobre sus formas de vida y sobre el ejercicio de sus derechos fundamentales, lo haga previa la realización de un procedimiento de consulta adelantado con el acompañamiento de las dependencias competentes del Ministerio del Interior, que observe la totalidad de los parámetros definidos por esta corporación en el punto 3.3 del acápite de consideraciones de esta providencia, entre ellos la necesidad de inaplicar las disposiciones del Decreto 1320 de 1998 que regula parcialmente la materia.

Séptimo. **SOLICITAR** a la Defensoría del Pueblo, Regional Bolívar, y a la Procuraduría General de la Nación apoyar, acompañar y vigilar el pleno cumplimiento de lo determinado en el presente fallo, con el fin de garantizar la efectividad de los derechos aquí protegidos.

Octavo. Por Secretaría General, librese la comunicación a que se refiere el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

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

NILSON PINILLA PINILLA
Magistrado

JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB
Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO
Magistrado
Ausente con permiso

MARTHA VICTORIA SÁCHICA MÉNDEZ
Secretaria General