Análisis desde la antropología jurídica en la comunidad indígena iku

La consulta previa: daño inmaterial y reparación

Diana Carolina Rivera Drago

Universidad Externado de Colombia

LA CONSULTA PREVIA: DAÑO INMATERIAL Y REPARACIÓN

DIANA CAROLINA
RIVERA DRAGO

LA CONSULTA PREVIA: DAÑO INMATERIAL Y REPARACIÓN

ANÁLISIS DESDE LA ANTROPOLOGÍA JURÍDICA EN LA COMUNIDAD INDÍGENA IKU

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA

Rivera Drago, Diana Carolina

La consulta previa : daño inmaterial y reparación : análisis desde la antropología jurídica en la comunidad indígena Iku / Diana Carolina Rivera Drago. -- Bogotá : Universidad Externado de Colombia. 2020.
438 páginas ; 24 cm.

Incluye referencias bibliográficas (páginas 409-438)

ISBN: 9789587904345

1. Arhuacos -- Vida social y costumbres – Colombia 2. Derechos de los indígenas – Colombia 3. Comunidades indígenas -- Aspectos constitucionales – Colombia 4. Resguardos indígenas -- Aspectos jurídicos – Colombia 5. Consulta previa – Colombia 6. Derechos económicos, sociales y culturales -- Colombia I. Universidad Externado de Colombia II. Título

323.4 SCDD 21

Catalogación en la fuente -- Universidad Externado de Colombia. Biblioteca EAP.

agosto de 2020

ISBN 978-958-790-434-5

© 2020, DIANA CAROLINA RIVERA DRAGO
© 2020, UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA
Calle 12 n.º 1-17 Este, Bogotá
Teléfono (57-1) 342 0288
publicaciones@uexternado.edu.co
www.uexternado.edu.co

Primera edición: agosto de 2020

Diseño de cubierta: Departamento de Publicaciones
Corrección de estilo: Alfonso Mora Jaime
Composición: Karina Betancur Olmos
Impresión y encuadernación: Panamericana, formas e impresos S.A.
Tiraje: de 1 a 1.000 ejemplares

Impreso en Colombia
Printed in Colombia

Prohibida la reproducción o cita impresa o electrónica total o parcial de esta obra, sin autorización expresa y por escrito del Departamento de Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia. Las opiniones expresadas en esta obra son responsabilidad de la autora.

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN 11

CAPÍTULO PRIMERO
LOS IKU: UN PUEBLO DE PAZ 19
I. Contexto histórico 24
A. Etimología de la palabra 'arhuaco' 25
B. La Conquista y la Colonia 27
C. La República y la historia reciente 32
II. Ubicación geográfica y distribución territorial 38
A. La Sierra Nevada de Santa Marta y la distribución actual del pueblo iku 38
B. Nabusímake y Pueblo Bello 41
C. Las castas, las kankurwas y la actividad económica iku 45
III. Cosmovisión y cultura 48
A. La composición del universo y la Ley de Origen, Ley Sagrada o Ley de la Madre 48
B. La importancia del mamo 53
C. Ordenamiento ancestral y concepto iku de economía 57
IV. Situación actual del pueblo iku y dificultades más significativas que enfrentan 62
A. El conflicto armado colombiano y su impacto en la comunidad iku 64
B. Las carencias en materia de educación, salud y servicios públicos domiciliarios 75
C. Las perturbaciones a la libertad religiosa 89
V. Panorama territorial iku y perspectivas de este hacia el futuro 92
A. El territorio en la cosmovisión iku 94
B. La figura del resguardo y las actuales entidades territoriales indígenas 99
C. Protección oficial del territorio iku dentro de la Línea Negra, perspectivas territoriales y actuaciones para su obtención 109

CAPÍTULO SEGUNDO
LOS DERECHOS TERRITORIALES DE LAS COMUNIDADES INDÍGENAS Y LA CONSULTA PREVIA: MARCO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL INTERNACIONAL, NACIONAL Y SU DESARROLLO EN EL CONTEXTO IKU 131
I. Los derechos territoriales y la consulta previa: referentes normativos internacionales 135

A. El Convenio 169 de 1989 de la Organización Internacional del Trabajo 136
B. La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, su Relatoría Especial y el Foro Permanente de Naciones Unidas para Cuestiones Indígenas 139
C. Otros organismos e instrumentos normativos para la protección de los derechos de los pueblos indígenas 143
II. Los derechos territoriales y el derecho a la consulta previa en el sistema interamericano de derechos humanos 148
A. Órganos que componen el sistema y sus pronunciamientos 149
B. Línea jurisprudencial del sistema interamericano de derechos humanos sobre los derechos territoriales de los pueblos indígenas 154
C. Línea jurisprudencial del sistema interamericano de derechos humanos sobre el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas 158
III. Los derechos territoriales de las comunidades indígenas y la consulta previa: referentes normativos nacionales 166
A. Normas relativas a los derechos indígenas antes de la Constitución Política de 1991 167
B. La Constitución Política de 1991 y su importancia en materia indígena 171
C. Legislación nacional actual sobre consulta previa y derechos territoriales indígenas 179
IV. Reconstrucción de la evolución de los derechos territoriales indígenas y de la consulta previa en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana 189
A. Línea jurisprudencial, sentencias hito y excepciones en materia de derechos territoriales indígenas 192
B. Línea jurisprudencial, sentencias hito y excepciones en materia de consulta previa 206
C. Síntesis y análisis de los principales aspectos relativos a los derechos territoriales y a la consulta previa derivados de la jurisprudencia constitucional 223
V. El concepto y significado de la consulta previa para la comunidad iku 232
A. Percepción de la comunidad en general 232
B. Percepción de los mamos y líderes 233
C. Una concepción distinta de la consulta previa 236

CAPÍTULO TERCERO
EL NUDO DURO DE LA RESPONSABILIDAD EN EL
CASO DE LA COMUNIDAD IKU: SU RECONOCIMIENTO COMO
VÍCTIMA DE DAÑOS Y LA REPARACIÓN INTEGRAL DE ELLOS 243

I. Los daños inmateriales sufridos por la comunidad iku por falta de consulta previa o por la realización de esta sin el cumplimiento de los requisitos legales: algunos casos emblemáticos 246
   A. Cerro Inarwa o Alguacil 252
   B. Parque Tayrona 263
   C. Subestación eléctrica de El Copey 274

II. Los mecanismos de reparación del daño inmaterial hasta ahora empleados y su posible insuficiencia 294
   A. La reparación en la jurisprudencia colombiana: Corte Constitucional y Consejo de Estado 295
   B. La reparación en el sistema interamericano de derechos humanos: una percepción más amplia 320
   C. La visión iku de la reparación del daño inmaterial en Colombia y sus propuestas de reparación efectiva 334

III. La insuficiencia e ineficacia de la categorización del daño inmaterial y sus mecanismos de reparación en los casos de violación de derechos territoriales y de errónea aplicación de la consulta previa en la comunidad iku 341
   A. Síntesis de la historia del daño inmaterial en Colombia 342
   B. Nuevas categorías de daño: el daño a los derechos humanos fundamentales y los perjuicios inmateriales por vulneraciones o afectaciones relevantes a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados 353
   C. El daño inmaterial causado a las comunidades indígenas, particularmente a la comunidad iku, con ocasión de la aplicación de la consulta previa y de la violación de sus derechos territoriales no encaja en las tipologías de daño inmaterial reconocido en Colombia 363

CONCLUSIONES 373

BIBLIOGRAFÍA 409

Dentro de los innumerables temas que pueden estudiarse en el campo de la responsabilidad civil aún existen algunos que no han sido abordados en profundidad, y la temática indígena es uno de ellos. De esta inquietud inicial surgió el interés por el objeto central de mi tesis doctoral, que hoy se materializa en este libro. Por una parte, porque se trata de una problemática milenaria que no ha tenido mayor repercusión en este campo, pese a que Colombia es un país en el cual la presencia indígena es bastante significativa y a que la Constitución Política incorpora un principio pluralista y establece expresamente una protección especial para los pueblos indígenas; y, por otra parte, porque resultó fascinante abordar la investigación jurídica desde una perspectiva distinta: la antropología, para conocer otra realidad que si bien pareciera estar muy lejos de aquella que se estudia en las facultades, está más cerca de lo que podría imaginarse.

Cuando se rompen las barreras y los esquemas tradicionales y se inicia la aventura de conocer otra cultura, inicialmente con propósitos académicos, se entra en un mundo que ofrece infinitas posibilidades de aprendizaje no solo en materia jurídica sino también cultural y personal, y así, el interés inicial pasó de estar restringido al argumento jurídico central de la investigación, para convertirse en un reto de conocimiento etnográfico e incluso casi místico al comprobar que para poder desarrollar el objeto de estudio se debía comprender una cultura completamente ajena y entender su cosmovisión desde un punto de vista objetivo, superando las dificultades del lenguaje y los prejuicios relacionados con creencias y visiones diferentes del mundo.

Resultó extremadamente motivante el hecho de que problemáticas actuales y de discusión generalizada en el mundo aún representen un campo abierto para la investigación. Temas como la propiedad comunal, la consulta previa, los derechos territoriales de las comunidades indígenas y afrodescendientes, las afectaciones de las que, desde diferentes puntos de vista, aquellas son víctimas, las repercusiones que éstas tienen en el ámbito de los daños inmateriales que pueden causárseles y los mecanismos de reparación posibles frente a éstos son temas que generan diversas inquietudes y sobre los que aún hay mucho camino por recorrer y mucho trabajo por adelantar, pese a que los organismos internacionales del sistema interamericano de derechos humanos han avanzado bastante en la materia.

Además, dado que los temas relativos al cambio climático, al calentamiento global y al desarrollo sostenible se encuentran en la cima de los debates internacionales, descubrir que la comunidad objeto de estudio basa su cosmovisión en el cuidado del medio ambiente y en la inviolabilidad del territorio y de los elementos naturales, y concibe que los daños más graves que se le pueden causar

están relacionados con estos aspectos, también fue definitivo para encauzar la investigación hacia la consulta previa y los efectos de su violación frente a ella.

Por otra parte, la posibilidad de conocer a través de la convivencia una comunidad ancestral y de descubrir sus costumbres, sus tradiciones, su modo de vida y sobre todo su concepción del mundo y de los seres que en él habitan también fue extremadamente estimulante por ser una experiencia nueva que permitía, mediante el derecho, abordar otras áreas del conocimiento y concebir la realidad de una manera distinta. La aproximación a una comunidad indígena no es para nada sencilla ya que éstas suelen ser muy celosas con sus conocimientos y prefieren evitar las intromisiones de los no indígenas desde cualquier punto de vista, pero cuando se logra ganar su confianza e ingresar a ella para compartir su día a día y comprender sus significados, todos los intereses iniciales cobran sentido.

Aun si en sus orígenes Colombia fue un país indígena, las manifestaciones reales de las culturas ancestrales en el plano del derecho todavía son escasas, lo cual constituye un fenómeno interesante, más aún cuando recientemente tanto la Constitución como la jurisprudencia han reconocido importantes avances relativos a la protección de sus derechos; se verá, por ejemplo, que ha sido principalmente la jurisdicción constitucional la encargada de impulsar dicha protección, mientras que en las otras los avances han sido mínimos.

De las anteriores inquietudes y motivaciones surgió el interés de estudiar los daños inmateriales que se le han causado y se le causan a la comunidad indígena arhuaca o iku con ocasión de la realización defectuosa de la consulta previa, de su no realización, o de cualquier otra violación a sus derechos territoriales, con el fin de determinar si estos pueden encuadrarse, o no, en las tipologías de daño inmaterial existentes en el sistema de responsabilidad civil colombiano, así como en las formas de indemnización que se han empleado para repararlos.

Dicho objetivo encontró su justificación en el hecho de que en Colombia no se ha ahondado en el estudio de este tipo de daños (sí han sido abordados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos), pese a que las comunidades indígenas están reconocidas como sujetos de derecho y no solo eso, sino como sujetos de derecho de especial protección constitucional. De este modo, resulta particularmente interesante estudiar y analizar tanto las características especiales de la comunidad mencionada para poder comprender los daños que padece con las intervenciones inconsultas a sus territorios como el derecho/herramienta denominado "consulta previa" y sus características, con el fin de establecer su funcionamiento y el por qué, debido a su no aplicación o a su aplicación errónea, se generan daños inmateriales graves para la comunidad, y la manera como éstos han sido tratados tanto en Colombia como en el sistema interamericano en cuanto a su tipología y reparación.

Se eligió la comunidad arhuaca por cuanto se trata de una de las comunidades indígenas colombianas que más han logrado conservar sus tradiciones y su cosmovisión, y es a la vez muy activa en materia de protección de sus derechos. Los iku son una comunidad muy bien organizada y estructurada que no solo ha logrado permanecer en el tiempo con relativamente poca interferencia de la sociedad no indígena, sino que además ha logrado defender su territorio de manera ejemplar si se compara con otras comunidades, y ha mantenido constante contacto con el Gobierno en aras de defender sus derechos.

Además, esta comunidad, ubicada en la Sierra Nevada de Santa Marta[1], ha sido protagonista de varios procesos de consulta previa casi siempre negativos para ella, de los que se han derivado importantes daños que pueden analizarse desde el punto de vista de su concepción del mundo y de la naturaleza, y de los que puede partirse para realizar el análisis relativo a su tipología y reparación.

Dicho lo anterior se reitera entonces que lo que se pretende es, por una parte, describir ampliamente la comunidad arhuaca desde sus características y cosmovisión, así como la figura de la consulta previa y sus implicaciones tanto en el plano nacional como en el internacional, y, por otra parte, retomar la evolución del daño inmaterial en Colombia y su reparación, con el fin de establecer si, tal y como éste está concebido actualmente, puede abarcar o no aquellos daños que se le causan a la comunidad iku con ocasión de la consulta previa y la violación de sus derechos territoriales; lo anterior teniendo en cuenta que para ésta el daño inmaterial sufrido está estrechamente relacionado con su concepción frente al territorio ancestral y a los recursos naturales que en él se encuentran y que los componentes filosóficos, religiosos y de sacralidad no están incluidos dentro del ordenamiento jurídico nacional.

Para analizar y estudiar los temas anteriormente mencionados, se dividió la investigación en tres capítulos y algunas conclusiones finales. El primer capítulo se intitula "Los iku: un pueblo de paz", y en él se hace una descripción completa de la mencionada comunidad, con el fin de poder comprender correctamente los daños que se le causan y lo que estos significan para los miembros de aquella. Se empieza por su contexto histórico y los principales acontecimientos ocurridos durante la Conquista, la Colonia y la República, además de un análisis sobre la etimología de la palabra *arhuaco*.

Luego, se hace referencia a su importante ubicación geográfica, teniendo en cuenta las características principales de la Sierra Nevada de Santa Marta,

---

1 Cadena independiente montañosa ubicada al norte de Colombia, dentro de los departamentos de Magdalena, Cesar y La Guajira. Más adelante se explicará con precisión su ubicación y características.

la distribución actual del pueblo arhuaco, su asiento principal, Nabusímake, la importancia de Pueblo Bello y las actividades económicas que practican.

En tercer lugar, se intenta hacer un análisis de la cosmovisión y cultura de dicho pueblo a través de aspectos como su origen y la composición del universo, la Ley de Origen y la figura del mamo, así como de su organización política y ancestral y su concepto de economía. Debe aclararse que en este subcapítulo no se pretende reproducir los conocimientos milenarios de la comunidad indígena iku, teniendo en cuenta que esto sería imposible ya que solo los mamos manejan dicha información e implicaría un trabajo de muchos años, tan solo empezar a profundizar en su tradición ancestral, empezando por lo que significa la diferencia de idiomas y, por qué no, de lenguajes en sí mismos. Lo que aquí se presenta no es sino una interpretación jurídica y antropológica de evidente corte occidental que intenta, desde el punto de vista del observador, analizar sus características principales.

Se presenta además un marco general de las problemáticas actuales a las que se enfrenta el pueblo arhuaco, entre ellas el conflicto armado colombiano y el impacto que éste ha tenido en la comunidad; las carencias en materia de salud, educación y servicios públicos domiciliarios; y las perturbaciones a la libertad religiosa.

Por último, se ilustra un panorama general relativo a las problemáticas territoriales, que son aquellas que sirven de base al resto del presente estudio. Se ahonda en la importancia del territorio para los iku, se explica la figura del resguardo, se estudia la situación actual del territorio desde el punto de vista del reconocimiento oficial que se ha dado de él, se indican los problemas relativos a la creación de las entidades territoriales indígenas, y se plantean las expectativas que tienen los arhuacos frente al tema territorial así como las actuaciones que adelantan con el fin de alcanzar dichas metas.

El capítulo segundo se denomina "La consulta previa: marco normativo internacional, nacional y su concepción en el contexto iku", y en él se pretende explicar la mencionada figura con el fin de tener claridad sobre sus características, concepto, requisitos, ámbito de aplicación y reconocimiento tanto en el ámbito nacional como en el internacional. En primer lugar se estudian los referentes normativos internacionales como el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, los informes del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, aquellos de la Relatoría Especial de las Naciones Unidas sobre los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de los Pueblos Indígenas, los del Foro Permanente de Naciones Unidas para cuestiones Indígenas y los de la Organización de Estados Americanos.

Posteriormente se hace un análisis de los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, sus soluciones amistosas y medidas cautelares, así como de la jurisprudencia proferida por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la materia, con el fin de ilustrar la línea jurisprudencial del sistema interamericano sobre derechos territoriales indígenas y consulta previa.

Se pasa luego al estudio de los referentes normativos nacionales anteriores a la Constitución Política de 1991, de la Constitución como tal y su importancia en materia indígena, de la legislación nacional sobre consulta previa y derechos territoriales indígenas posterior a ella y de la normatividad reciente al respecto, donde se verá que en esta materia los avances legislativos han sido muy escasos.

Acto seguido, se hace una reconstrucción analítica de la consulta previa y los derechos territoriales en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana y allí se explica cómo en estas materias existe una línea jurisprudencial bastante uniforme en la que se han ido incluyendo avances y reconocimientos, para lo cual se mencionan las sentencias hito y aquellas que de manera muy excepcional se han separado de la línea.

Por último se explica el concepto y significado de la consulta previa para la comunidad iku y la propuesta de elaboración de un protocolo para la realización de ella, con base en la percepción de la comunidad en general al respecto y aquella de los mamos y líderes en particular.

El tercer y último capítulo se denomina "El nudo duro de la responsabilidad en el caso de la comunidad iku: su reconocimiento como víctima de daños y la reparación integral de ellos", y se pretende aquí aterrizar los dos capítulos anteriores y englobar sus contenidos con el fin de demostrar que la violación de los derechos territoriales y del derecho a la consulta previa le ha causado a la comunidad arhuaca daños inmateriales muy graves que hasta el momento no han sido reparados.

En primer lugar, se hace referencia a tres casos emblemáticos con el fin de ilustrar los daños inmateriales sufridos por la comunidad iku por falta de consulta previa o por la realización de esta sin el cumplimiento de los requisitos legales; dichos casos se refieren a aquél relativo a la ocupación del cerro Inarwa o Alguacil, aquél concerniente a la concesión del Parque Tayrona y aquél relacionado con la construcción de la subestación eléctrica de El Copey, para luego hacer algunas observaciones al respecto. Lo anterior, principalmente con el fin de explicar de manera ilustrativa qué es el daño inmaterial para los iku y cómo este puede entenderse desde el punto de vista de un investigador no indígena.

Más adelante se ilustran los mecanismos de reparación del daño inmaterial hasta ahora empleados en materia de comunidades indígenas, tanto por la Corte Constitucional colombiana y el Consejo de Estado como por el sistema

interamericano de derechos humanos; se analiza la visión iku de la reparación y se enuncian algunas de sus propuestas de reparación efectiva.

Por último, se pretende conjugar todos los elementos anteriores para demostrar que el daño inmaterial causado a las comunidades indígenas, en particular a la comunidad iku, con ocasión de la aplicación de la consulta previa y de la violación de sus derechos territoriales, no encaja en las tipologías de daño inmaterial reconocido en Colombia, ni se repara de manera integral precisamente por no encontrarse definido ni reconocido. Lo anterior, tras realizar una síntesis de la historia del daño inmaterial en Colombia tanto en la jurisdicción civil como en la de lo contencioso administrativo, y explicar los nuevos conceptos de daño a los derechos humanos fundamentales y de perjuicios inmateriales por vulneraciones o afectaciones relevantes a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados; y tras dejar claro que en Colombia la comprensión del daño y del concepto de *reparación* es distinta para la colectividad y para los indígenas y que la de éstos últimos no está recogida en el ordenamiento.

Particularmente en este tema, no existe ningún tipo de estudio, ni investigación, ni herramienta que permita comprender de manera real la existencia de otras alternativas y otros conocimientos diferentes de aquellos que provee el ordenamiento jurídico positivo, que pueden resultar mucho más efectivas en contextos distintos como el contexto indígena. Tal y como lo expresa Boaventura de Sousa[2], el pluralismo jurídico en Latinoamérica es aún un pluralismo "subordinado", en el que se reconoce la diversidad siempre y cuando no contraríe el orden público, la ley, las costumbres, etc.; se reconoce, pero se limita según la visión del más fuerte, y eso es precisamente lo que sucede en este campo: no se reconocen otras formas de daño ni de reparación aun cuando también son legítimas y probablemente mucho más eficientes.

Para analizar y estudiar las problemáticas referidas, en el marco de este estudio se realizó, como primera medida, una investigación teórica detallada, para luego confrontar los resultados de dicha investigación y complementarlos con la información recaudada en campo directamente de las autoridades arhuacas y de los miembros de dicha comunidad.

En lo que se refiere a la investigación teórica, debe mencionarse que ésta tuvo como fuentes tanto aquellas primarias representadas en libros, artículos y documentos de internet como aquellas secundarias relativas a periódicos, documentos pertenecientes a las entidades encargadas de las materias indígenas

---

2 Boaventura de Sousa Santos, *Una epistemología del sur: la reinvención del conocimiento y la emancipación social*, editor José Guadalupe Gandarilla Salgado, Clacso, México, 2009.

como la Oficina de Consulta Previa del Ministerio del Interior, documentos pertenecientes a los archivos de las oficinas de la comunidad iku que por lo general eran reservados, y diversa bibliografía gris representada en demandas de tutela, respuestas a derechos de petición, entre otras. Además de la copiosa legislación y jurisprudencia existente, tanto en el ámbito nacional como en el internacional.

En cuanto al trabajo de campo, éste resultó un poco más complejo pero fascinante. La investigación práctica es maravillosa porque se trata de descubrir un mundo hasta ahora oculto, que depara muchas sorpresas y cambios inesperados en la metodología. En muchas ocasiones se tiene concebido un plan o ruta y éste termina modificándose durante su transcurso. Las hipótesis y suposiciones con las que se inicia terminan siendo descartadas o simplemente se convierten en información complementaria ya que el trabajo que se lleva a cabo en un contexto real permite el descubrimiento de escenarios, situaciones y características que no habían sido concebidas en la teoría. Por eso solo la conjunción entre estos dos elementos permitió un análisis completo del tema objeto de estudio, siempre de la mano de los iku y sus enriquecedoras experiencias.

Durante las diferentes visitas y estadías en la Sierra Nevada de Santa Marta se utilizó la observación participante dentro de la etnografía[3] como metodología de trabajo, y solo cuando se logró obtener la confianza de la comunidad se realizaron entrevistas y se consiguieron documentos fundamentales para la investigación. Al principio, durante las primeras estancias parecía imposible obtener cualquier tipo de información relevante ya que era posible solo observar y sentirse observado, casi que hasta el punto de creer que los demás pueden leer lo que uno está pensando mientras uno no logra comprender absolutamente nada.

Por fortuna, con el paso del tiempo se crean vínculos y la comunicación empieza a fluir de mejor manera, sin que nunca se extinga la sensación de sentirse observado y verse reflejado en una sonrisa casi imperceptible que parece significar desconcierto en cuanto a que alguien externo pretenda comprender su mundo y crea que puede hacer algo para mejorarlo, mientras el externo por su parte siente que quienes lo observan probablemente pueden adivinarlo todo, lo que está pensando y lo que le depara el futuro. Gracias a esta conjunción de

---

3 Sobre el método de observación participante véase Malinowski, Bronislaw, *Argonauti del Pacifico occidentale. Riti magici e vita quotidiana nella società primitiva*, Bollati Boringhieri, Torino, 2011; y Grawitz Madeleine, *Méthodes des sciences sociales*, Dalloz, París, 2011, p. 198 donde se cita a Malinowski de la siguiente manera: "Comme ils savaient bien que j'allais mettre mon nez partout […] ils finirent par me considérer comme faisant partie de leur vie, comme étant une peste, un mal nécessaire, mitigué par des dons de tabac". Tomado de Malinowski, Bronislaw, *Journal d'ethnographie*, trad. Seuil, 1985; además, pp. 773-787, sobre observación participante.

factores, que al principio asustan y hacen pensar que el trabajo será imposible, se van tejiendo lazos, mochilas y la metodología adecuada marcada por los tiempos y espacios de esta maravillosa cultura donde la quietud y la paz acompañadas del trabajo en comunidad y la solidaridad son los caminos que van trazando el porvenir de sus miembros.

Por último, quisiera agradecer profundamente a los profesores Michele Graziadei y Juan Carlos Henao por la inspiración, la motivación, la paciencia y el apoyo; a la comunidad arhuaca y especialmente a Gelver, Anita, Noel, Julio Alberto, Jairo, Jeremías, Hermes y José María por la confianza y por compartir un pedazo de su historia conmigo; a la profesora María Cecilia M'Causland por su invaluable aporte y por compartir conmigo sus conocimientos; a mi hermano por su incondicional apoyo; a mis grandes amores Alberto y Luciana y a todos los demás que estuvieron acompañándome en este proceso.

CAPÍTULO PRIMERO

Los iku: un pueblo de paz

La Sierra Nevada es casa sagrada,
aquí comenzó la familia humana,
ella es el Padre y la Madre[1].

Resulta complejo llegar a comprender el verdadero significado y valor que tiene el *territorio* para la comunidad indígena arhuaca; se requiere como mínimo un profundo acercamiento a su cultura, a su religiosidad y a sus máximas autoridades, pero además se requiere compartir con ellos su día a día y sus costumbres y tradiciones tales como el tejido de la mochila y el uso del *poporo*[2]. Sólo así será posible entender la importancia y necesidad imperiosa de proteger su

1 Festival Internacional de Poesía de Medellín, *Mitos arhuacos*, disponible en [www.festivaldepoesiademedellin.org/es/Revista/ultimas_ediciones/50/arhuacos.html], visitado el 14 de septiembre de 2016.

2 Información obtenida durante el trabajo de campo: Tejer es la actividad principal de las mujeres, es una actividad social alrededor de la cual se desarrollan muchas otras como la conversación, el cuidado de los niños y de los alimentos durante su preparación y demás actividades de grupo. Antes de empezar a tejer se hila la lana tomada de los chivos, aunque actualmente también se usan lanas sintéticas principalmente para elaborar las mochilas de colores que posteriormente se venden para el sustento de la familia. Hilar y tejer son actividades además que representan el acto simbólico de tejer la vida, y las mochilas ya elaboradas son de gran importancia tanto para los hombres como para las mujeres ya que es allí donde guardan sus efectos personales más significativos. Por su parte, el uso del poporo y de la hoja de coca o *hayu*, que para los iku significa "la planta de todas las plantas", es una tradición sagrada y milenaria que sólo puede ser realizada por los hombres mayores de edad (la mayoría de edad en la cultura iku no depende de la edad física sino de la madurez mental de cada uno), mientras que las mujeres sólo tienen autorización para la recolección de la misma. La hoja de coca tiene poderes nutricionales, estimulantes y medicinales, razón por la cual es de uso constante durante el día y la noche, ya que mantiene los sentidos alerta y permite que los hombres tengan la energía necesaria para las largas jornadas en el campo y para poder mantenerse despiertos durante las extensas horas de discusión y reflexión sobre los diferentes temas importantes para la comunidad. Esta hoja ha sido utilizada desde hace milenios por diferentes pueblos indígenas de Colombia y en el caso particular de las comunidades de la Sierra, su uso es talmente importante que nos limitaremos a mencionarlo de manera tangencial en esta nota porque profundizar sobre el mismo desbordaría los propósitos de este trabajo. Además de su uso cotidiano la coca es un elemento fundamental en los rituales y pagamentos que realizan los arhuacos y se utiliza en el gesto de saludo entre ellos a través del intercambio de algunas hojas que siempre llevan en una de sus mochilas. Para su consumo se usa el poporo, conchas de mar y ambira o extracto de tabaco: las hojas se tuestan previamente en una olla de barro, y después se reparten entre los hombres, quienes las guardan en una de sus mochilas destinada exclusivamente a este uso, con sus manos van sacando de a pocos que se introducen en la boca entre los dientes y las mejillas y van masticando hasta formar una bola de la que se va extrayendo el jugo. Para potencializar los efectos de las sustancias de la hoja, introducen el palillo en el poporo de donde extraen el polvo de conchas marinas y frotan en círculos alrededor del poporo el jugo que sale en el palillo cuando lo retiran de la boca. Estos elementos acompañan al hombre iku desde que se le autoriza su uso (cuando llega a la mayoría de edad), hasta su muerte (el poporo es enterrado con su dueño) y es tan importante y arraigado su uso, que si no se está realizando ninguna otra actividad con las manos, los hombres casi siempre estarán usando su poporo y mascando *hayu*. El uso de la hoja de coca mantiene el contacto entre el hombre *arhuaco* y los espíritus de la naturaleza y es uno de los elementos culturales que más lo une a su territorio.

derecho al territorio ancestral como único mecanismo para preservar su propia existencia en el futuro.

Por esta razón, para adelantar este trabajo, además de la investigación teórica fue fundamental la realización de un estudio de campo bajo la guía y orientación de sus líderes, con el fin de exponer sus características y rasgos distintivos, comprender su cosmovisión, la imagen que tienen de los *bunachi*[3], y analizar cómo debe actuar el derecho cuando se trata de asuntos que les conciernen. Con base en ello, en este capítulo se hará un breve recuento de su historia, sus características y cultura, así como de su situación actual en Colombia y los principales conflictos y problemáticas a los que se enfrentan. Existe detrás de cada comunidad una historia milenaria que representa su razón de ser, su identidad, su realidad y su sentido de pertenencia, una historia que se ha desconocido y que se seguirá desconociendo si se sigue imponiendo la visión *bunachi* del mundo.

No resulta nada difícil desde la ciudad proferir opiniones sobre desarrollo e inversión en los campos que traerían enormes beneficios económicos al país, ni criticar el hecho de que aquellos no puedan llevarse a cabo o concretarse rápidamente dados los "obstáculos" que se presentan por la presencia de comunidades indígenas que, precisamente, habitan en aquellos lugares que representan el "progreso". Sin embargo, basta una mínima aproximación real a sus tierras y a su cultura para abrir los ojos y empezar a comprender que aquello que para la mayoría representa el progreso y la civilización no necesariamente lo es para las culturas indígenas; que no siempre el interés general debe prevalecer sobre el interés particular, que un modo de vida no pesa más que otro y no puede imponerse, que no todos conciben el mundo de la misma manera y que aquello que para la mayoría significa el transcurrir normal de la vida para otros es casi inimaginable.

La Sierra Nevada de Santa Marta se conoce por la belleza de sus paisajes, el azul de sus cielos y la pureza de sus aguas; desde sus valles, picos, ríos y colinas el mundo se observa de otro modo: los colores muestran todas sus tonalidades en cada una de las expresiones de la naturaleza mientras el tiempo adquiere una trascendencia distinta, porque aquí no apremia; desde el amanecer hasta la puesta del sol ningún ruido se escapa pues todos indican algo importante y la vida transcurre a través de un contacto inescindible entre el hombre y su entorno, donde más allá de la distancia física, que no es mucha, los no indígenas se encuentran increíblemente lejos[4].

---

3 No indígenas, en lengua iku.

4 Proyecto final de Plan Salvaguarda Iku, Nabusímake, diciembre de 2015, p. 13. De este documento puede inferirse que el tiempo en la visión del pueblo iku se encuentra reglamentado en la Ley de Origen

En este contexto, Nabusímake y los demás parajes de la Sierra florecen entre el verde de los pastos, las montañas, los variados cultivos que sirven de sustento a sus habitantes, los riachuelos cristalinos y, allí, su gente vestida de blanco cuidando el corazón de la Tierra[5].

Hombres y mujeres que conservan no solo la pureza de sus rasgos físicos sino además sus tradiciones y su forma de entender y vivir la vida y que a pesar de ello se han integrado al mundo *bunachi* pero no para acogerse a él sino para comprenderlo y, desde la comprensión, identificar la mejor manera de preservar su cultura[6]. Por ello, para poder comprender sus dinámicas en necesario conocer tanto su contexto histórico como su simbología, filosofía y espiritualidad.

Los arhuacos se han visto obligados a abrir más de lo que hubieran querido sus fronteras económicas y sociales, lo cual los ha llevado a tener que soportar grandes cambios dentro de su sistema cultural, sus costumbres, sus productos y su sistema económico, político y social tras el ingreso cada vez más frecuente de los *bunachis*; sin embargo, son una comunidad que mantiene sus tradiciones, en gran medida gracias al respeto que aún conserva la figura del mamo como autoridad suprema encargada de velar por el territorio ancestral y todo lo que dentro de él se encuentra[7]. Los mamos son los grandes protectores de la Tierra y, con ella, de sus habitantes humanos y no humanos y de los lugares sagrados que permiten la comunicación constante con los dioses. La violación de estos lugares y el apoderamiento por parte del Estado o de los particulares

---

y, por ende, se maneja con un calendario y unos horarios distintos a los de la población no indígena. Se rige con base en los tiempos de los procesos de la evolución y está condicionado por los diferentes tipos de energía de las constelaciones, de las estrellas, de las fases de la luna y los planetas, que marcan los segundos, los minutos, las horas del día y de la noche, los días de la semana, los meses, los años, los bisiestos, etc. Dichas energías permiten saber qué tiempo es propicio para la realización de las distintas actividades cotidianas, económicas y rituales.

5 Entrevista a Noel Torres, Nabusímake, 19 de abril de 2015: En la concepción arhuaca la Sierra Nevada de Santa Marta es el corazón del mundo dado que fue allí donde se formaron los montes, prados, aguas, tierras, piedras, desiertos, animales y todos y cada uno de los elementos y organismos que conforman la naturaleza y que a partir de ese lugar cubrieron y poblaron el mundo. Los mamos han narrado esta historia e indican que se ha hecho una modificación lingüística creando una metáfora: en los inicios se decía que la Sierra era la madre, identificándose el concepto de madre con la figura de la vagina, ya que la Sierra es el lugar del que "salió" el resto del mundo; sin embargo, actualmente prefieren hablar de madre identificándola con el corazón en aras de no hacer referencia explícita al aparato reproductor femenino.

6 Entrevista a Noel Torres, Nabusímake, 19 de abril de 2015: Los arhuacos son los directos descendientes de los dioses creadores del mundo y, por ende, a los no indígenas los consideran sus "hermanitos menores", hermanitos que han perdido el norte y que poco ha poco se están encargando de destruir a la Madre Tierra. Es por esto que la misión de ellos como hermanos mayores es defenderla y mantener el equilibrio que debe existir entre el ser humano y la naturaleza.

7 Entrevista a Noel Torres, cercanías de Nabusímake, 19 de abril de 2015.

del territorio que originariamente ha sido de propiedad indígena implicarían la lenta desaparición de la cultura. Por esto, dichas violaciones deben evitarse y aquellas que ya fueron cometidas deben repararse de tal manera que dicha reparación consista en un verdadero resarcimiento de los daños ya causados, con el fin de evitar consecuencias futuras irreparables[8].

I. CONTEXTO HISTÓRICO

La extrema inaccesibilidad que caracterizó a la Sierra Nevada de Santa Marta hasta mediados del siglo XIX trajo consigo una enorme dificultad para conocer la naturaleza de esta montaña y las características de su población. Si bien a la par del auge de las ciencias naturales durante el mencionado siglo se desarrolló un interés por la geografía y las culturas de los lugares más remotos del planeta, y muchos intelectuales visitaron la Sierra Nevada de Santa Marta, tales como Elíseo Reclús, el padre Celedón, Simons, Jorge Isaacs, T. Bealby, José de Breties y Wilhelm Sievers, la información con que se contaba seguía siendo vaga e insuficiente[9].

Existen algunos estudios aislados, como los del geógrafo y geólogo alemán Wilhelm Sievers, quien llegó a la ciudad de Barranquilla en el año de 1886 con el fin de explorar la geografía de la Sierra. De esta travesía quedaron varios trabajos, casi totalmente desconocidos en Colombia: el libro de viajes *Viaje en la Sierra Nevada de Santa Marta* publicado en 1887 en Leipzig; un artículo científico sobre la geología y la geografía física de la Sierra, "Die Sierra Nevada de Santa Marta und die Sierra de Perijá", publicado en el volumen XXIII de la revista de la *Sociedad Geográfica* de 1888, y finalmente un artículo de difusión sobre la cultura de los arhuacos, también publicado en esta revista en 1886[10]. Así mismo, Elisée Reclus publicó algunos artículos sobre este territorio y sus habitantes, así como otros cronistas que protagonizaron diferentes investigaciones; sin embargo, el

---

8 Entrevistas a las autoridades arhuacas José María Arroyo y Hermes Torres, Nabusímake, 20 de abril de 2015. El punto de la reparación por los daños causados dada la violación del derecho a su territorio se desarrollará a profundidad en el último capítulo del presente trabajo.

9 SIEVERS, WILHELM, *Los indígenas arhuacos en la Sierra Nevada de Santa Marta*, Boletín del Museo del Oro n.º 16, Museo del Oro, Bogotá, 1986; REICHEL-DOLMATOFF, GERARDO, *Los kogui*, Nueva Biblioteca Colombiana de Cultura, Bogotá, 1985, p. 33.

10 REICHEL-DOLMATOFF, GERARDO, *Los kogui*, Nueva Biblioteca Colombiana de Cultura, Bogotá, 1985, p. 33; Los alemanes y las ciencias geográficas y geológicas en Colombia por Jesús Emilio Ramírez, disponible en [www.sogeocol.edu.co/documentos/047_los_alem_y_las_cienc.pdf], consultado el 4 de febrero de 2015.

acceso a dichos documentos en el presente resulta supremamente complicado, ya porque no se publicaron o bien por su antigüedad[11].

En la actualidad la situación es muy distinta y tanto el acceso a la comunidad arhuaca como a sus tierras se ha facilitado ampliamente, pero aún es necesario un contacto directo para estar seguros de no incurrir en errores en cualquier asunto que a ellos ataña. En efecto, si son escasos los documentos escritos que describen la cultura arhuaca o en general la literatura sobre esta comunidad, se debe precisamente a que ellos mismos son reacios a develar sus secretos ancestrales y prefieren mantener la tradición oral que los ha identificado[12]. Por esta razón, en muchas ocasiones la historia y las demás ciencias que se han ocupado de esta comunidad documentan versiones distintas de aquellas que ellos cuentan y develan sobre sí mismos.

A. Etimología de la palabra 'arhuaco'

Sobre el origen del término *arhuaco* no existe aún plena claridad entre los estudiosos. Algunos indican que fue una expresión utilizada por los colonizadores españoles para designar y distinguir varios grupos indígenas del Caribe que compartían la particularidad de ser pacíficos, de modo que en épocas de la Conquista y la Colonia se habrían llamado arhuacos algunos grupos étnicos de Colombia, las Antillas, las Guayanas y la Serranía del Perijá, entre otros[13]. Debe aclararse que ésta es la teoría a la que muchos de ellos adhieren ya que en su opinión la comunidad arhuaca existe desde el inicio de los tiempos, se ha ubicado siempre en la Sierra Nevada de Santa Marta y ha sido siempre una comunidad pacífica[14]; sin embargo, entre ellos y en su lengua se denominan *iku*, que en español significa 'gente'[15].

Para otros, fue Nicolás de la Rosa en su obra *Floresta de la Santa Iglesia de la ciudad de Santa Marta*, quien por primera vez llamó *aurohuacos* a los habitantes de la Sierra Nevada, de donde se formó el nombre que se utiliza actualmente de

---

11 Reichel-Dolmatoff, Gerardo, *Los kogui*, Nueva Biblioteca Colombiana de Cultura, Bogotá, 1985, p. 33; Botero Silvia, Indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta, disponible en [www.banrepcultural.org/blaavirtual/antropologia/amerindi/sierneva.htm], consultado el 4 de febrero de 2015.

12 Entrevista a Jeremías Torres, Bogotá, 22 de marzo de 2015.

13 Reichel-Dolmatoff, Gerardo, *La conquista de los Tairona*, Instituto Colombiano de Cultura, Bogotá, 1977; Uribe, Carlos Alberto, *Geografía humana de Colombia, nordeste indígena*, tomo II, Instituto Colombiano de Cultura Hispánica, Bogotá, 1992, p. 16.

14 Entrevista a Noel Torres, Nabusímake, 19 de abril de 2015.

15 Algunos mamos identifican a la comunidad con el nombre *vintukwa ijku*, que significa "gente que cuida la vida".

arhuacos[16]. Otros más indican que este nombre es desconocido entre los indígenas y que incluso en algunos pueblos se considera ultrajante[17], lo cual no es preciso, ya que si bien en su lengua se denominan *iku*, cuando usan la lengua castellana también se reconocen a sí mismos como arhuacos. Teniendo en cuenta que *iku* es la denominación tradicional entre la tribu, durante el texto se han usado y se usarán las dos denominaciones de manera indistinta.

Por otra parte, la teoría más acogida es aquella según la cual al llegar los conquistadores al territorio que hoy corresponde a la Costa Caribe del Estado colombiano encontraron allí a los indígenas tayronas o taironas[18], de quienes los arhuacos serían descendientes directos[19]. En ese momento, los tayronas habitaban la ciudad por ellos fundada en el año 800 y que perduró hasta el 1600, hoy conocida como Ciudad Perdida, y estaban estructurados en una sociedad organizada en unidades políticas de varias dimensiones que ejercían control sobre distintos territorios en el macizo montañoso de la Sierra Nevada de Santa Marta, desde el mar Caribe hasta las cumbres nevadas del *Gonavindua* (hoy pico Simón Bolívar) y del *Aloglue* (hoy pico Cristóbal Colón)[20].

---

16 Uribe, Carlos Alberto, *Geografía humana de Colombia, nordeste indígena*, tomo II, Instituto Colombiano de Cultura Hispánica, Bogotá, 1992, p. 16.

17 Sievers, Wilhelm, *Los indígenas arhuacos en la Sierra Nevada de Santa Marta*, Boletín del Museo del Oro n.º 16, Museo del Oro, Bogotá, 1986.

18 Uribe, Carlos Alberto, *Geografía humana de Colombia, nordeste indígena*, cit., p. 15. Según el autor, este término aparece traducido desde el siglo XVI como 'fundición', con lo que se evoca la riqueza en oro que alguna vez tuvieron los grupos indígenas que habitaban la Sierra Nevada de Santa Marta.

19 Entrevista a Noel Torres, cercanías de Nabusímake, 19 de abril de 2015: Resulta difícil creer que un pueblo tan pacífico como lo es el pueblo arhuaco tenga su ascendencia en un pueblo tan guerrero como lo fue el tayrona, quienes han sido reconocidos históricamente por su carácter belicoso y por las batallas que libraron contra los españoles. De hecho los arhuacos indican que ellos han vivido en la Sierra Nevada desde el inicio de los tiempos de manera que sería imposible que fueran descendientes de otro pueblo, teniendo en cuenta que son hijos directos de los creadores del mundo. Cuentan los mamos cuando se les pregunta el porqué de la relación que ha atribuido la historia entre ellos y los tayronas, que existía antes de la creación del mundo un elemento poderoso denominado *tairun* e identificado con el espíritu del fuego hacedor y destructor de grandes cosas, indican que los historiadores han establecido que los habitantes de la Sierra en época de la Conquista eran los tayronas y que los arhuacos son algunos de sus descendientes que lograron escapar y sobrevivir a los españoles refugiándose en la selva por que han interpretado la verdadera historia de manera errónea, siendo ésta la siguiente: el mundo y todo aquello que lo integra se originó en la Sierra Nevada de Santa Marta, sin embargo, antes de la creación del mundo existían ya los dioses y otras entidades. En un primer momento se vivía solo la guerra y el caos (de allí que se hable de un pueblo guerrero anterior a los arhuacos), caos que luego se convirtió en orden y armonía tras la creación del mundo y que quedó fuera de éste pero sigue estando latente y debe mantenerse al margen a través de los 'trabajos' y pagamentos. Si bien con la creación del mundo se logró el orden, fuera de la Sierra Nevada sigue reinando el caos y el desorden representado en las distintas religiones, los gobiernos y las guerras.

20 Cárdenas, Felipe, *Proyecto de transcripción, análisis y publicación de documentos sobre la Sierra Nevada de Santa Marta siglos XVI, XVII, XVIII*, Bogotá, ICANH, 1996.

Actualmente, el mismo gobierno del pueblo arhuaco ha acogido la teoría según la cual serían descendientes de los tayrona, y así lo indican en documentos importantes tales como el proyecto de *Plan Salvaguarda para el pueblo Arhuaco* y el *Programa de Garantías de los Derechos Fundamentales de los Pueblos Indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta*[21].

Se ha indicado también que en la Sierra Nevada de Santa Marta, en el siglo XV, los asentamientos indígenas con homogeneidad cultural eran conocidos por los españoles como 'provincias', y que de esta época data la primera referencia histórica del nombre Aruaco, ya que existía la provincia de los Aruaco en la vertiente meridional de la Sierra junto con otras como la Tayrona, la Betoma, la Carbón, la Macongama, Valledupar, entre otras[22].

B. LA CONQUISTA Y LA COLONIA

El primer contacto con los conquistadores españoles se dio en 1498 con la llegada de Fernando González de Oviedo, quien, en principio, llegaba con el fin de instaurar relaciones comerciales con los dirigentes indígenas de la región. Para ese entonces los rasgos característicos de los indígenas serranos eran bastante claros: se trataba de individuos (hombres y mujeres) vestidos con mantas de algodón, collares de piedras semipreciosas y accesorios de oro, plumas y pieles de jaguar; vivían en casas de piedra y manufacturaban cerámicas, tejidos de algodón, orfebrería, talla de madera y piedras y fabricaban arcos y flechas envenenadas; su actividad económica era principalmente la agricultura de maíz, yuca, batata, fríjol, ñame, ahuyama, ají, aguacate, frutas y algodón; y, por otra parte, de forma secundaria, comerciaban estos productos con otros grupos indígenas. Eran guerreros, protegían a los ancianos, el divorcio estaba permitido, eran muy religiosos y espirituales y practicaban la adivinación; como diversión jugaban al tiro al blanco con flechas y hacían pruebas de fuerza; desde sus inicios mascaban hoja de coca y consumían chicha[23]. Debe aclararse, sin embargo, que el conocimiento actual sobre los famosos taironas o tayronas que encontraron los europeos a su llegada es todavía muy deficiente tanto en materia arqueológica como etnohistórica.

---

21 Documentos elaborados en el marco del cumplimiento de las órdenes dictadas por la Corte Constitucional colombiana en el auto 004 de 2009.

22 URIBE, CARLOS, La etnografía de la Sierra Nevada de Santa Marta y las tierras bajas adyacentes, en *Geografía humana de Colombia, nordeste indígena*, tomo II, Instituto Colombiano de Cultura Hispánica, Bogotá, 1992, pp. 14-18; GIRALDO, NATALIA, *Camino en espiral*, Universidad de Caldas, Manizales, 2014.

23 REICHEL-DOLMATOFF, GERARDO, *Contactos y cambios culturales en la Sierra Nevada de Santa Marta*, Revista Colombiana de Antropología, vol. 1, n.º 1, Bogotá, 1953, pp. 15-122.

A partir del siglo XVII todos los habitantes de la Sierra que sobrevivieron al holocausto de la conquista empezaron a ser conocidos como *arhuacos* y se diferenciaban por ser pacíficos o 'mansos', por estar cubiertos con mantas de algodón y no desnudos, por ser indios de montaña al encontrarse en las partes altas, y, por ser fácilmente reducibles a la vida 'civilizada' en encomiendas o pueblos indígenas[24] en los que se aprovechaba su fuerza de trabajo y se les adoctrinaba y catequizaba. Sólo en el siglo XIX el término *arhuaco* se desglosó y aparecieron las cuatro tribus diferentes de la Sierra que hoy se conocen, gracias a las primeras exploraciones de estos territorios por parte de viajeros e investigadores con intereses antropológicos, quienes notaron, por ejemplo, que había cuatro lenguas diferentes, costumbres completamente distintas e incluso disimilitudes en el fenotipo[25].

Algunos años después, en 1525, Rodrigo de Bastidas fundó la ciudad de Santa Marta, y a partir de ese momento la presencia de los españoles se hizo mucho más fuerte, se dio inicio a la colonización en esta parte del continente y empezó lentamente la huida de los indígenas hacia las montañas, lo cual les exigió adaptarse a la altura, reemplazar el maíz por plátano, cebolla y caña de azúcar, que se dan en climas más frescos, e introducir el ganado bovino y caballar traído por los europeos[26].

---

24 Se acoge el concepto de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que hace referencia a la definición de "pueblos indígenas". Indican estos organismos internacionales que en el derecho internacional no existe una definición precisa al respecto dada la inmensa diversidad de los pueblos indígenas de las Américas y del resto del mundo, lo que haría una definición estricta y cerrada corriera el riesgo de ser demasiado amplia o demasiado restrictiva. Sin embargo, se acogen a los criterios establecidos en el Convenio 169 de la OIT y en la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, instrumentos en los que se establece que se trata se de pueblos considerados indígenas por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenecía el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conservan todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas. Se dice además que la conciencia de su identidad indígena o tribal deberá considerarse un criterio fundamental para determinar los grupos a los que se aplican las disposiciones del Convenio. Por su parte, la Guía de Aplicación del mencionado convenio explica que los elementos que definen a un pueblo indígena son tanto objetivos como subjetivos; los elementos objetivos incluyen: (1) la continuidad histórica, v.g. se trata de sociedades que descienden de los grupos anteriores a la conquista o colonización; (2) la conexión territorial, en el sentido de que sus antepasados habitaban el país o la región; y (3) las instituciones sociales, económicas, culturales y políticas distintivas y específicas, que son propias y se retienen en todo o en parte. El elemento subjetivo corresponde a la auto-identificación colectiva como pueblo indígena.

25 URIBE, CARLOS ALBERTO, *Geografía humana de Colombia, nordeste indígena*, tomo II, Instituto Colombiano de Cultura Hispánica, Bogotá, 1992, pp. 12-23.

26 Cit. ibídem, pp. 24-25.

Durante el periodo comprendido entre 1525 y 1599, las relaciones entre los pueblos indígenas de la zona y los colonos españoles fueron inestables, entre intensos periodos de guerra en que los españoles buscaban dominar a los indígenas y periodos de calma tensa en que aquellos se veían forzados a establecer relaciones pacíficas con las distintas comunidades[27]. Por otra parte, debe tenerse en cuenta que la Iglesia católica, desde el principio, consideró que tenía pleno dominio sobre los infieles y también sobre sus bienes y sus territorios; de manera que el papa, como "representante de Dios creador del mundo", les entregó a los reyes de Castilla y Aragón el pleno dominio de las tierras que fueran conquistadas en el Nuevo Mundo y ellos tenían plena autoridad y jurisdicción sobre ellas[28].

Entre 1599 y 1600, Juan Guiral Velón, en aquel entonces gobernador y capitán general de Santa Marta y Río de la Hacha, salió de la capital y a la cabeza de un ejército emprendió una intensa campaña militar para someter a las poblaciones indígenas de los territorios aledaños. Después de algunos meses de guerra, Guiral Velón logró la victoria pese a la enorme resistencia que los pueblos indígenas le opusieron. Las poblaciones indígenas de dicha zona carecían de unión política y esto llevó a que no tuvieran un mando centralizado eficaz para enfrentar los ataques de los españoles. Los caminos y ciudadelas construidos después de siglos de arduo trabajo fueron consumidos por la vegetación selvática y todo el esplendor que había alcanzado esta cultura quedó en el pasado[29].

De este modo, una vez victorioso, el gobernador ordenó una condena contra los indios para castigarlos por haber cometido los delitos de "traición y alevosía", los cuales eran considerados crímenes de "lesa majestad"[30]. Al respecto, existe en el Archivo de Indias una copia de la sentencia de condena en este caso particular, "que mandaba ajusticiar, después de terribles torturas, a los líderes e indios principales de los pueblos de Jeriboca, Bonda, Masinga, Durama, Origua, Dibocaca, Daona, Masaca, Chengue y los demás aliados", de la siguiente manera:

---

27 Cit. ibídem, pp. 12-23.

28 Castro, Daniel, *Another Face of Empire: Bartolomé de las Casas, Indigenous Rights, and Ecclesiastical Imperialism*, Duke University Press, Londres, 2007, pp. 22 y ss.; Duve, Thomas, *La condición jurídica del indio y su consideración como persona miserabilis en el derecho indiano* en Un giudice e due leggi. Pluralismo normativo e conflitti agrari in Sud America, Giuffrè, Milán, 2004, pp. 3-33; Mason Peter, *Deconstructing America. Representations of the other*, Routledge, Londres, Nueva York, 1994, cap. 4; Pagden Anthony, *Spanish imperialism and the political imagination*, Yale University Press, Londres, 1990, p. 13.

29 Morales, Gerardo, *El libro de los mamus*, disponible en [academia.edu,file://Users/dianarivera/Downloads/el_libro_de_los_mams.pdf] y Uribe, Carlos Alberto, *Geografía humana de Colombia, nordeste indígena*, tomo II, Instituto Colombiano de Cultura Hispánica, Bogotá, 1992, p. 23.

30 Crímenes contra los gobernantes o el Estado.

> Primeramente: A Cuchacique, principal de dicho pueblo de Jeriboca y principal movedor de dicho alzamiento, lo condeno a que sea arrastrado a la cola de dos potros cerreros, y hecho cuatro cuartos, y puestos por los caminos, y la cabeza puesta en una jaula en donde nadie la quite so pena de muerte para que a él sea castigo y a otros ejemplo.

Además, Guiral Velón ordenó que otros 67 líderes de la sedición fueran "ahorcados por sus gargantas hasta que mueran naturalmente para que a ellos sea castigo y a los demás ejemplo" y mandó que dos indígenas encontrados culpables del asesinato de un sacerdote y de un español que estaba con él, fueran "asaetados en el mismo lugar en el que cometieron su delito"[31].

Posteriormente, los pueblos que participaron en el alzamiento fueron quemados después de ser saqueados por los soldados, y los nativos sobrevivientes se internaron en las partes más altas del macizo para escapar de los españoles. Sus descendientes son las cuatro comunidades que hoy habitan la Sierra Nevada de Santa Marta: los koguis, los wiwas, los kankuamos y los arhuacos [32]. Los indígenas de la montaña eran considerados mansos y por ende los ataques contra ellos no fueron tan fuertes sino que más bien se utilizaron la encomienda, el resguardo y los sistemas de tributos[33].

> En el año 1600 desapareció pues la vieja civilización indígena que los arqueólogos llaman la cultura Tairona –y que los actuales indígenas de la [S]ierra aún guardan buena parte de tal herencia cultural [*sic*]. Las ciudadelas y caminos indígenas construidas con amor y miles de piedras graníticas, después de siglos de trabajo, fueron devoradas por la vegetación glotona de la selva tropical. Los ceramistas y los orfebres dejaron de producir sus bellas piezas de arcilla, oro y tumbaga, lo mismo que las hachas ceremoniales y las cuentas multicolores de piedras semipreciosas. Todo el esplendor del pasado llegó a su fin. Sólo recuerdos materiales quedaron enterrados en las tumbas de los viejos gobernantes, muertos muchos años antes, y en las de los en otrora poderosos sacerdotes nativos.

---

31 Uribe, Carlos Alberto, Jaramillo, Orlando, Vásquez, Socorro y Correa, Hernán Darío, *Geografía humana de Colombia, nordeste indígena*, tomo II, Instituto Colombiano de Cultura Hispánica, Bogotá, 1992, pp. 12-23.

32 Desde ese entonces estos cuatro pueblos o comunidades étnicas han compartido como hábitat los territorios de la Sierra Nevada de Santa Marta y de ellos se dice que los kogui y los arhuacos son los que han conservado en mayor medida sus costumbres y tradiciones. En la actualidad los kogui cuentan con una población aproximada de 16.000 personas ubicadas en los departamentos de Magdalena, La Guajira y Cesar; los wiwa, con una población de alrededor de 18.000 personas ubicadas en los departamentos del Cesar y La Guajira; y los kankuamos son aproximadamente 17.000 y se ubican todos en el departamento del Cesar, según el último censo DANE de 2018.

33 Sobre estas figuras véase Zavala, Silvio, *La encomienda indiana*, Porrúa, México, 1973, y Ots, José María, *Manual de historia del derecho español en las Indias y del derecho propiamente indiano*, Instituto de Historia y Derecho Argentino, Buenos Aires, 1943.

> Junto con los anillos circulares de piedra, la extensa red de caminos de las 'ciudades' ya perdidas bajo la selva, esperaron a que guaqueros y arqueólogos llegaran en su saqueo con los siglos. Mientras tanto, los colonos europeos y sus descendientes se olvidaron de la antigua grandeza indígena que alguna vez se enseñoreó en las montañas y valles de la Sierra Nevada, a la par que un nuevo orden social colonial comenzó a organizarse. Los indígenas descendientes de aquellos sobrevivientes del holocausto, por su parte, recuerdan todavía a sus ancestros y la derrota dada por el señor don Juan Guiral Velón, gobernador y capitán general de la provincia de Santa Marta y Río de la Hacha de las Indias Occidentales del Mar Océano[34].

A partir de la década de 1730, en Mompox, don José Fernando de Mier y Guerra figura como actor principal en la *pacificación* de los chimilas (indígenas habitantes en dicha zona). Durante esos años, Mier y Guerra se ocupó de la represión de ellos así como de los arhuacos de la vertiente suroriental de la Sierra Nevada, quienes aliados con los chimilas asediaban los caminos y las haciendas del alto río Ariguaní, en la jurisdicción de Valledupar y Valencia de Jesús, y gracias a sus victorias recibió varios predios ubicados en San Sebastián de Rábago, hoy Nabusímake[35].

Entre los años 1740 y 1745, Mier y Guerra inició obras para abrir dos caminos desde el río Cesar y el Paso del Adelantado. Desde 1743, y a medida que se ocupaba de dicha obra, comenzó a implementar un programa de poblamiento en la zona para mantener rodeados a los indígenas e irlos controlando y extinguiendo, para lo cual empezó a rodear todo su territorio con barrios de españoles y mestizos. Éstos indicaban que se habían transferido a estos lugares de manera voluntaria pero en realidad eran personas reclutadas más o menos a la fuerza, por tratarse de individuos de "dudosa reputación", que precisamente por ello no podían negarse a las órdenes de la autoridad, y una vez instalados allí, solo podían salir con autorización expresa del mismo Mier y Guerra.

En la Sierra Nevada de Santa Marta este hombre fundó dos pueblos de españoles: San Sebastián de Rábago, en 1750, y San Luis Beltrán de Córdoba, hacia 1752. Con la creación de San Luis Beltrán de Córdoba el propósito era impedir los ataques que los chimilas realizaban contra las haciendas de los alrededores de Santa Marta. Por su parte, la historia de la fundación de San Sebastián de Rábago (actual Nabusímake) fue bastante más complicada[36].

---

34 Uribe, Carlos Alberto, *Geografía humana de Colombia, nordeste indígena*, tomo II, Instituto Colombiano de Cultura Hispánica, Bogotá, 1992, pp. 12-23.

35 Cit. ibídem, p. 36.

36 Cit. ibídem, pp. 38-39.

Los indígenas arhuacos de San Sebastián de Rábago fueron otorgados a Antonio de Yanci, a quien sucedió tras su muerte su hija Isabel de Yanci. Mier y Guerra empezó a trasladar a los llamados "voluntarios" españoles y mestizos de "dudosa reputación" para la nueva población, llevando inicialmente 28 familias de españoles algunas acompañadas de sus correspondientes esclavos, para un total de 87 personas. Después llegaron desde Santafé otras 46 personas remitidas por el virrey Pizarro: se trataba de un grupo compuesto por reos sacados de las cárceles, que fueron trasladados en compañía de sus esposas e hijos para habitar estas tierras. Entre ellos había hombres que ejercían todo tipo de profesiones, como labradores, herreros, sastres, albañiles, zapateros, barberos y arrieros. A finales de ese mismo año se remitieron otros 25 presidiaros con sus familias[37].

Al principio, los planes de control, contención y exterminio de los indígenas de la Sierra parecían alcanzar el éxito: los nuevos colonos se dedicaron a construir sus casas y a cultivar trigo suficiente para abastecer ciudades como Cartagena y Santa Marta, además de verduras de clima frío aprovechando los diferentes pisos térmicos del macizo, tales como maíz, plátano y yuca, entre otros. Sin embargo, hacia 1755, San Sebastián de Rábago tomó otro rumbo. Algunos colonos, principalmente los expresidiarios, se asentaban a menudo en Pueblo Nuevo (hoy Pueblo Bello), Valencia y Valledupar y a los habitantes de estas ciudades no les gustaba su presencia ni la intromisión de Mier y Guerra en sus jurisdicciones, razón por la cual empezaron fuertes y frecuentes enfrentamientos. Con todo, el establecimiento de San Sebastián de Rábago continuó en el mismo valle (quizás el valle intermontañoso más extenso de todo el macizo), y allí permanece aún hoy con el nombre de Naubusímake, que es hoy la capital espiritual y política de la nación arhuaca[38].

C. La república y la historia reciente

Apenas entrado el siglo XIX, en el año de 1810 inició el proceso de independencia en Colombia, momento para el cual, lastimosamente, solo quedaban los pocos indígenas que lograron mantenerse en los resguardos y que han tratado de conservar su cultura y tradiciones hasta hoy. En 1498, a la llegada de los españoles los tayronas tenían una población de alrededor un millón de personas; sin embargo,

---

37 Uribe, Carlos Alberto, *Geografía humana de Colombia, nordeste indígena*, tomo II, Instituto Colombiano de Cultura Hispánica, Bogotá, 1992, pp. 39-40.

38 Cit. ibídem, p. 40.

con la conquista ésta se redujo sustancialmente, al punto en que actualmente se estima que sus descendientes 'puros' son máximo unos cincuenta mil[39].

Durante el siglo XIX, los arhuacos, así como los demás indígenas del país, permanecieron en el anonimato absoluto y fueron considerados animales, salvajes, seres sin alma e inimputables absolutos[40]. Lo anterior, pese a que ya desde el 2 de junio de 1537 el papa Paulo III, con motivo de la evangelización del Nuevo Mundo había emitido la bula *Sublimis Deus* en la que se prohibía la esclavización de los indios, se defendía la racionalidad de ellos en cuanto *hombres*, se declaraba que tenían derecho a su libertad y a disponer de sus posesiones y que además tenían el derecho a abrazar la fe, que debía serles predicada con métodos pacíficos, evitando todo tipo de crueldad[41].

Sin embargo, la situación de los indígenas siguió siendo la misma; de hecho, en ninguna de las constituciones políticas que rigieron a partir de la independencia, incluida la de 1886, se hace referencia alguna a ellos como sujetos de derecho. Durante la República los indígenas se mantuvieron completamente marginados, lo cual en cierta medida fue positivo para ellos, en cuanto a que pudieron recuperar gran parte de su espacio en las partes altas de la Sierra y empoderar su cultura; pero, por otra parte, en general, eran tratados con desprecio, y la actitud frente a ellos era la de oprimirlos para convertirlos con el fin obtener un Estado uniforme y poder acceder a sus territorios como podía hacerse con el resto del país[42].

A partir del año 1850 se dio inicio de nuevo a la invasión de la Sierra Nevada de Santa Marta, primero por exploradores antropólogos y luego por personas movidas por intereses religiosos y económicos (al punto que se crearon colonias agrícolas extranjeras aprobadas por el Gobierno). Poco a poco fue iniciando el proceso de "aculturación" con misiones religiosas que edificaban capillas y establecían escuelas, mediante colonos campesinos y con personas que se refugiaban en las montañas para escapar de las condenas que les habían sido impuestas por la comisión de delitos en las ciudades[43]; por otra parte, se produjo la expedición

---

39 GIRALDO, NATALIA, *Camino en espiral*, Universidad de Caldas, Manizales, 2014.

40 DUVE, THOMAS, *La condición jurídica del indio y su consideración como persona miserabilis en el derecho indiano* en Un giudice e due leggi. Pluralismo normativo e conflitti agrari in Sud America, Giuffrè, Milán, 2004, pp. 3-33. Dicha condición se mantuvo hasta la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991 ya que tanto en la anterior (1886) como en el Código Civil colombiano seguían manteniendo el estatus de inimputables.

41 Bula Sublimis Deus de Paulo III, 2 de junio de 1537, disponible en [http://webs.advance.com.ar/pfernando/DocsIglLA/Paulo3_sublimis.html].

42 RIVERA, JAIRO, *El Resguardo una política y unas perspectivas*, en Boletín de Historia y Antigüedades n.º 751, Academia Colombiana de Historia, Bogotá, 1985, pp. 803-856.

43 OROZCO, JOSÉ ANTONIO, *Nabusímake tierra de arhuacos*, Escuela Superior de Administración Pública,

de la Ley 89 de 1890 cuyo título era precisamente: "La manera como deben ser gobernados los salvajes que vayan reduciéndose a la vida civilizada", ya que éste era su objetivo; aunque, como se verá más adelante, terminó siendo la única herramienta con la que contaron por muchos años los indígenas para proteger sus territorios y la figura de los resguardos coloniales. En seguida se pondrán de presente algunos ejemplos que demuestran estos procesos de aculturación y abusos.

Durante los años de 1912 y 1913 los iku solicitaron al Gobierno Nacional que les enviara un maestro que pudiera capacitarlos en temas de comercio ya que frecuentemente los comerciantes de la ciudad los estafaban y robaban durante las operaciones comerciales; así mismo, en el año de 1916 solicitaron también que se enviaran profesores de lectura, escritura y matemáticas. En su lugar, el presidente José Vicente Concha les envió un grupo de misioneros capuchinos provenientes del centro del país con quienes había firmado un contrato llamado "Convenio de Misiones". En cumplimiento de dicho contrato, los capuchinos construyeron una escuela de grandes dimensiones[44] y cuatro años después su función principal se convirtió en atropellar la cultura indígena[45].

Intentaron por todos los medios prohibir la difusión de esta cultura sobre todo utilizando a los niños, establecieron por ejemplo un régimen de terror en un internado que llamaban "orfanato" u "orfelinato" adonde llevaban a los niños más pequeños que reclutaban para convertirlos, cortándoles el pelo, quitándoles sus vestidos tradicionales, prohibiéndoles hablar su lengua y enseñándoles el español y la religión católica; se aprovechaban de los más pequeños porque los grandes escapaban fácilmente ya que eran obligados a realizar trabajos forzosos y a soportar torturas. Muchas familias escaparon de sus hogares internándose nuevamente en las montañas tal y como lo hicieron sus antepasados en épocas de la Conquista, esta vez para proteger a los niños y escapar del régimen de esta comunidad religiosa que había sido enviada por el propio gobierno, y para protegerse a sí mismos ya que se volvió frecuente el asesinato de los mamos.

Bogotá, 1990, pp. 49-63; Uribe, Carlos Alberto, *Geografía humana de Colombia, nordeste indígena*, tomo II, Instituto Colombiano de Cultura Hispánica, Bogotá, 1992, p. 16.

44 Actualmente aún es posible visitar la estructura de lo que fue la escuela de los capuchinos donde aún se encuentran algunas de sus estatuas y símbolos religiosos que no han podido ser retirados y que para los arhuacos representan una invasión y un peligro para su cultura.

45 Orozco, José Antonio, *Nabusímake tierra de arhuacos*, Escuela Superior de Administración Pública, Bogotá, 1990, pp. 49-63; Uribe, Carlos Alberto, Jaramillo, Orlando, Vázquez, Socorro y Correa, Hernán Darío, *Geografía humana de Colombia, nordeste indígena*, tomo II, Instituto Colombiano de Cultura Hispánica, Bogotá, 1992, pp. 57-59; De Alcarcer, Fray Antonio, *Las misiones capuchinas en el Nuevo Reino de Granada hoy Colombia*, Seminario Serático Misional Capuchino, Bogotá, 1959.

Muchos de los éxodos de la población por causa de la misión capuchina permitieron que ésta se apropiara de sus territorios[46].

Ya para 1925 los padres que se negaban a entregar a sus hijos a los sacerdotes eran castigados cruelmente y a todos los indígenas por igual se les amenazaba con cortarles las manos y quemar sus trabajos espirituales si llegaban a encontrarlos realizando sus pagamentos y sus ofrendas ancestrales[47]; los más perseguidos eran los mamos, a quienes encarcelaban, torturaban y asesinaban dentro de sus propios templos, que después eran quemados para acabar con la cultura de la comunidad.

Muchos fueron los intentos que hicieron los iku para que los capuchinos fueran retirados de sus territorios, pero todos fueron en vano, hasta 1935 cuando, a escondidas, lograron reunirse, levantar un acta y enviarla a Bogotá para que allí se supiera lo que estaba sucediendo. Esto trajo un poco de tranquilidad, pudieron volver a realizar sus ritos y pagamentos pero los capuchinos siguieron allí y solo hasta 1983 la comunidad y sus autoridades se tomaron de manera pacífica la casa de dichos sacerdotes y éstos tuvieron que abandonar finalmente la zona después de haber dejado ya estragos irreparables[48].

En 1943 los políticos de Valledupar, los misioneros y el Ministerio de Agricultura expropiaron a los indígenas, sin indemnización alguna, de la mejor tierra de Nabusímake para construir una granja agrícola del Estado en la parte baja de la Sierra, obligando nuevamente a los integrantes de la comunidad a retirarse hacia las partes altas[49].

Aunado a lo anterior, el fenómeno de "aculturación" era constante mediante la imposición de planes estatales de salud, educación y asistencia social, siempre de manera inconsulta, además de la realización de proyectos de infraestructura en el territorio indígena, la intervención en el gobierno indígena sin previo consentimiento y los constantes sobornos por parte de los políticos hacia las autoridades tradicionales con el fin de convencerlos para lograr que el pueblo apoyara sus intereses[50].

---

46 Cit. ibídem.

47 Con los términos 'pagamento', 'trabajo espiritual' u 'ofrenda' se hace referencia a lo largo del trabajo, de manera indistinta, a todas aquellas actividades espirituales o místicas que realizan los iku, principalmente los mamos, para estar en contacto con sus divinidades y para agradecer y recompensar a la Madre Tierra, entre otras.

48 Cit. ibídem, p. 47.

49 El Heraldo, 25 de noviembre de 2012, disponible en [www.elheraldo.co/blogs/arhuacos-caminan-seguros-en-pos-de-inarwa-90712], consultado el 13 de febrero de 2015.

50 Orozco, José Antonio, *Nabusímake tierra de arhuacos*, Escuela Superior de Administración Pública, Bogotá, 1990, pp. 49-63.

De este periodo surgió la Liga de Indígenas de la Sierra Nevada, formada en 1944 con el fin de contar con un mecanismo organizado para empezar a defender sus intereses de manera más contundente, para lo cual contaron con la ayuda de los sindicatos campesinos de la Zona Bananera y de algunos caudillos campesinos y obreros. La primera sede de la Liga fue A'tikímuke, ubicado en cercanías de Nabusímake; sin embargo, poco tiempo después tuvo que transferirse a Jono'swi, lugar más remoto, dada la extrema persecución de los misioneros capuchinos apoyados por la fuerza pública, y, finalmente, se estableció en Simunurwa[51], pero poco tiempo después dejó de funcionar porque las presiones fueron demasiado fuertes y los objetivos demasiado difíciles de cumplir[52].

En 1962 el gobierno impuso la construcción de una torre de televisión en el cerro Alguacil, sitio sagrado para ellos y al que denominan cerro Inarwa, que significa "padre de los alimentos". Allí se estableció además una base del Ejército para imponerles a los indígenas la obra y evitar perturbaciones[53]. También se construyó una carretera en territorio indígena que abrió el camino a la colonización masiva de los *bunachi* y que hasta hoy sigue siendo un perjuicio para el territorio indígena y sus habitantes, quienes tradicionalmente se ubicaban desde el nivel del mar hacia arriba y a raíz de estas invasiones han tenido que ir subiendo hacia partes más altas de la montaña, lo cual ha sido perjudicial para ellos desde todo punto de vista. Contra todo esto se reorganizó la Liga de Indígenas la Sierra Nevada que había dejado de funcionar ante la impotencia frente a las invasiones *bunachi*, y en el año de 1972 se instauró el Cabildo Gobernador como nueva forma de gobierno interno, que había sido prohibida años atrás por los misioneros, con el fin de proteger los intereses de la comunidad indígena y estar unidos contra los atropellos[54]. Esta forma de gobierno se mantiene en la actualidad con pequeñas modificaciones, como se explicará más adelante.

Pese a las medidas tomadas, durante el periodo comprendido entre 1970 y 1978 aumentó sustancialmente la penetración de colonos al territorio arhuaco

---

51 Algunos de los objetivos de la Liga Indígena de la Sierra Nevada de Santa Marta eran los siguientes: "1. Acabar con el servicio personal obligatorio. 2. Acabar con las fiestas católicas de junio y diciembre. 3. Exigir el nombramiento de indígenas para los cargos de Inspector de policía y maestro. 4. Prohibir la venta de tierras a los 'civilizados'. 5. Atacar la labor administrativa y educativa a la Misión Capuchina. 6. Proponer el establecimiento de escuelas autónomas. 7. Exigir al cese de la persecución a los mamu". Cita de un documento de 1949 en propuesta final de Plan Salvaguarda Iku, Nabusímake, diciembre de 2015, p. 21.

52 Giraldo, Natalia, *Camino en espiral*, Universidad de Caldas, Manizales, 2014, pp. 125-128.

53 El tema del Cerro Inarwa será tratado ampliamente en el capítulo II del presente escrito por tratarse de un caso emblemático tanto para la comunidad arhuaca como para el Estado colombiano.

54 Giraldo, Natalia, *Camino en espiral*, Universidad de Caldas, Manizales, 2014, pp. 125-128.

despojando a las familias indígenas de sus tierras bajo amenazas y torturas e incluso quemando sus viviendas que siendo de paja se destruyen fácilmente. Además, hasta 1985 hubo presencia de delincuencia común que saqueaba sus viviendas, robaba sus víveres y se aprovechaba de su compromiso con la no violencia. Sin embargo, durante estos años, gracias a la creación de la Asociación Nacional de Usuarios Campesinos (ANUC), el Consejo Regional Indígena del Cauca (CRIC), la Organización Nacional de Autoridades del Sur Occidente Colombiano (AICO) y la Organización Nacional de Indígenas de Colombia (ONIC), se mantuvo viva la esperanza de los indígenas de la Sierra y se hizo cada vez más evidente la relación estrechísima entre la conservación de sus tierras y la existencia de las diferentes identidades culturales indígenas[55].

En 1974 se conformó el Consejo y Organización Indígena Arhuaca (COIA) con el objetivo de enfrentar las amenazas de despojo de tierra y extinción cultural –de hecho, fue esta organización la que logró la expulsión de la misión capuchina–. El COIA fue reemplazado en 1983 por la Confederación Indígena Tayrona (CIT), que aún está en funcionamiento como directiva de la comunidad, es muy activa y tiene su sede en Valledupar. Además, en 1987 se creó la Organización Gonawindúa Tayrona (OGT), hoy Consejo Territorial de Cabildos (CTC), en la que se articulan los cuatro pueblos de la Sierra (arhuacos, kankuamos, kogui y wiwa) con el fin de tratar los asuntos de interés general que los involucran a todos[56]. Actualmente, las preocupaciones principales del CTC son la creación de las entidades territoriales indígenas, la delimitación y el reconocimiento oficial de la Línea Negra[57], la regulación de los procesos de consulta previa y la protección de la Sierra Nevada de Santa Marta en general como origen y guardiana del mundo[58].

---

55 Cit. ibídem.

56 Cit. ibídem.

57 El tema de la Línea Negra será tratado de manera profunda más adelante. Sin embargo, valga explicar que se trata de un concepto estrechamente relacionado con el territorio arhuaco y el reconocimiento oficial del mismo. Para los iku, su territorio ancestral está demarcado por un límite que les ha sido señalado por los dioses conocido como la Línea Negra, conformado por la unión de varios sitios sagrados todos interrelacionados entre sí. Todo el territorio comprendido dentro de los linderos de la misma según su Ley de Origen les pertenece y les debe ser restituido; y, asimismo, toda actividad que pretenda desarrollarse al interior de dicho límite les debe ser consultada. En la actualidad, la comunidad trabaja por la expedición de un decreto que reconozca oficialmente la existencia de la Línea Negra, cada uno de sus hitos sagrados y la obligatoriedad de la consulta previa para cada una de las actividades que pretendan realizarse en su interior.

58 Entrevista a Hermes Torres, Valledupar, 17 de abril de 2015.

II. UBICACIÓN GEOGRÁFICA Y DISTRIBUCIÓN TERRITORIAL

A. LA SIERRA NEVADA DE SANTA MARTA Y LA DISTRIBUCIÓN ACTUAL DEL PUEBLO IKU

Los arhuacos habitan en las vertientes sur y suroccidental de la Sierra Nevada de Santa Marta[59]. La Sierra es el relieve montañoso más alto de Colombia y la formación montañosa litoral más alta del mundo. Se encuentra ubicada al norte del país sobre la costa del mar Caribe y tiene una altura de 5775 metros que terminan en picos de nieves perpetuas de los cuales los más altos son el pico Simón Bolívar y el pico Cristóbal Colón. Su superficie es de aproximadamente 17.000 km², abarca parte de los departamentos del Magdalena, La Guajira y Cesar, y se encuentra aislada de la cordillera de los Andes por el sistema de valles que forman los ríos Cesar y Ranchería[60].

Por tratarse de una montaña de más de 5000 metros de altura, posee todos los pisos térmicos, desde el cálido seco (al nivel del mar) hasta el de frío de las nieves perpetuas (en sus picos más altos). Así mismo, el clima de toda la región está determinado por los vientos alisios y por la elevación con respecto al nivel del mar, razón por la cual la temperatura va de 30 ºC en la parte baja hasta 0 ºC o menos en los picos nevados, y es posible encontrar todo tipo de flora y fauna[61]. Por la cantidad de ecosistemas y formas de vida que alberga y por ser refugio de las poblaciones indígenas descendientes de los tayronas, la Unesco la declaró Reserva de la Biosfera y Patrimonio de la Humanidad en el año de 1979[62].

La gran mayoría de los indígenas que habitan estas tierras vive en los valles altos de los ríos Piedras, San Sebastián de Rábago, Chichicua, Ariguaní y Guatapurí, en un área reconocida por el Estado colombiano como resguardo indígena

---

59 La mayor concentración de población arhuaca actualmente se encuentra ubicada en la parte media de la vertiente suroccidental de la Sierra Nevada, que corresponde al territorio que les ha sido reconocido como Resguardo, y, existen otros núcleos poblacionales en la vertiente norte en las cuencas de los ríos Don Diego y Mingueo. Sin embargo, su territorio ancestral abarca toda la vertiente suroccidental desde los picos nevados hasta el piedemonte entre los ríos Guatapurí en Valledupar y Mamatoco en Santa Marta. Gran parte de este territorio aún no ha podido recuperarse, sólo se tiene el 38% del mismo y sólo el 28% está titulado.

60 Viloria de la Hoz, Joaquín, *Sierra Nevada de Santa Marta: economía de sus recursos naturales,* Banco de la República, Cartagena, 2005, pp. 7-9, disponible en [www.banrep.gov.co/docum/Lectura_finanzas/pdf/dtser-61-ve.pdf], consultado el 12 de marzo de 2015.

61 Ministerio del Medio Ambiente, *El sistema de parques nacionales naturales de Colombia*, Nomos, Bogotá, 1998.

62 Patrimonio Arqueológico, en [http://enciclopedia.banrepcultural.org/index.php?title=Patrimonio_arqueol%C3%B3gico], consultado el 12 de marzo de 2015.

de propiedad colectiva desde 1983. Su principal asentamiento y capital religiosa y política es Nabusímake (llamado por los españoles San Sebastián de Rábago). Con el nombre de Nabusímake suele identificarse una zona específica constituida por un pequeño pueblo encerrado en piedra, pero, en realidad, con dicho nombre los arhuacos identifican una zona mucho más amplia que incluye además del "pueblito", todos sus alrededores en los que se encuentran varios asentamientos y viviendas[63].

El territorio tradicional del pueblo arhuaco se extendía prácticamente hasta el nivel del mar (incluida una porción de este), hasta el fin de la Línea Negra, y encerraba todos los sitios sagrados que les pertenecen y donde realizaban sus actividades más importantes, sus ofrendas y sus pagamentos. Sin embargo, a raíz de la colonización de sus territorios y la expansión de las haciendas, los límites actuales del resguardo se encuentran mucho más arriba y ellos han perdido las tierras bajas. Lo anterior ha ocasionado no solo la deforestación de estas áreas, sino además una disminución considerable en su calidad de vida y una obligada transformación de sus costumbres en todos los niveles y aspectos de su vida, empezando por el alimenticio, ya que no tienen acceso directo a las aguas del mar Caribe. La tradición indígena, en todo caso, sigue considerando que su territorio tiene una extensión mucho mayor, ya que incluye el círculo sagrado que corresponde a las partes bajas y cálidas, algunas de ellas en la orilla del mar, y luchan continuamente para recuperarlo.

Los arhuacos están distribuidos actualmente en seis zonas subdivididas en diversos asentamientos:

1. Zona central: Nabusímake (capital), Jechikin, Kochukwa y Windiwa (Santo Domingo).
2. Zona oriental: Gunaurwun (Sabana Crespo), Isurwa, Seynimin, Arwamake, Donachwi, Sogrome, Timaka, Jugaka, Umuriwa, Wirwa, Tamacal y Besotes.
3. Zona suroccidental: Simunurwa, Karma, Kwanimun, Gunarinchukwa, Bunyuagueka, Seyarokwingumu, Singuney, Mamarwa, Chundwa.
4. Zona occidental: Yewrwa (La Caja), Zikta, Seyumuke, Yeiwin, Gamuke, Umuke, Gwamuni, Riopiedra, Bunkwimake, Gumuke.
5. Zona de ampliación o de recuperación: Businchama, Mesawrwa, Jimain, Seykurin, Mañakan, Chundwa, Mamarwa, Gunchukwa, Besotes.
6. Zona norte: Serankwa, Mamankana.

---

63 Visita de campo.

Además, desde el año 2007 se ha venido construyendo un grupo de *pueblos-talanquera* en la base de la Sierra, concepto que se explicará enseguida. Los resguardos arhuacos oficialmente reconocidos hasta la fecha son dos en el Cesar y uno compartido con los kogui en el Magdalena; el primero, denominado Resguardo Arhuaco de la Sierra, tiene 195.900 hectáreas; el segundo, llamado Arhuaco de Businchama, tiene 128.000; y el tercero, Kogui-Malayo-Arhuaco, tiene 383.877 hectáreas, con un total de 34.000 arhuacos[64]. La Sierra tiene alrededor de un millón setecientas mil hectáreas y la apuesta de los cuatro pueblos es la de algún día recuperar la totalidad de ese territorio ancestral[65].

Por su parte, los pueblos-talanquera son asentamientos humanos que se ubican en las partes fronterizas de los resguardos, principalmente en la parte baja del macizo y en las vías de ingreso, donde la presencia campesina es relevante, y tienen como finalidad preservar el territorio ancestral y alejarlo de los riesgos y amenazas provenientes de afuera; representan puntos de control al ingreso de personas no indígenas para defender el territorio propio de la aculturación y la invasión. Con la ayuda del Gobierno Nacional se han fundado los pueblos-talanquera de Gunmaku, en la cuenca del río Aracataca; Kunkawarwa, en la cuenca del río Fundación; Kuntínurwa, en la cuenca del río Ariguaní; Seykún, por la vía de Mariangola hacia la Sierra; Umuriwa, en la cuenca del río Azúcar Buena, y Chimila, por la vía de Caracolicito, en la jurisdicción del municipio de El Copey[66].

> Los pueblos talanquera, son de acuerdo a este concepto, una especie de explicitación [*sic*] creativa de las "talanqueras" de orden espiritual colocadas desde la Ley de Origen, para la protección de espacios territoriales de acceso restringido. Tal como el área de una kunkurwa o casa ceremonial está delimitado por señales que evocan un orden espiritual[67].

---

64 Según el último censo realizado en el año 2018 por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística la comunidad indígena arhuaca cuenta con una población total de 34.711. Vale la pena mencionar que, según las listas de afiliación al régimen subsidiado de la Empresa Promotora de Salud Indígena Dusakawi EPSI para el año 2016, en el departamento del Cesar había 33.575 y en el departamento del Magdalena 6603 integrantes de la etnia arhuaca, para un total de 45.000 personas, lo anterior, habida cuenta de que en estas listas no se incluyen a las personas que pertenecen al régimen contributivo ni a la población no afiliada; pero, de lo que se puede deducir que en realidad es probable que haya más población indígena de la que muestran los censos.

65 Durante la Cumbre Mundial sobre Cambio Climático COP21 del año 2015 adelantada en París, el presidente de la República de Colombia Juan Manuel Santos se comprometió a extender las áreas protegidas del país lo cual implicaría la protección de la Sierra Nevada de Santa Marta, al afirmar: "En mi gobierno vamos avanzando hacia la meta de proteger siete millones de hectáreas nuevas, declarándolas parques naturales o áreas reservadas. Esto es más o menos la extensión de un país como Irlanda. Y dejaremos protegidas cerca de veinte millones de hectáreas lo que corresponde a la quinta parte de nuestro territorio". De esto no se ha visto nada hasta ahora.

66 Proyecto final de Plan Salvaguarda Iku, Nabusímake, 2015, p. 28.

67 Cit. ibídem.

En los resguardos y sus alrededores, en general, el poblamiento cotidiano es disperso, pero en los poblados se efectúan con frecuencia reuniones y ceremonias. Existen tres tipos o unidades de asentamiento: las parcelas (población dispersa), los poblados (núcleos de habitantes) y los centros ceremoniales; todos ellos están comunicados entre sí por una intrincada red de caminos que superan la barrera de los ríos a través de sólidos puentes construidos con madera, bejucos y piedras. Por estas rutas circulan las familias y sus animales durante todo el año. Los asentamientos dispersos están compuestos por los bohíos de cada parcela, localizada en diferentes pisos climáticos, puesto que cada familia tiene más de una parcela a diferentes alturas, y a través del año mantiene un movimiento rotatorio que les permite atender diferentes cultivos, que son la base de su subsistencia y que constituyen también su actividad comercial[68].

Entre los iku el poblamiento disperso presenta variaciones arquitectónicas según la altitud donde se encuentren las parcelas. En las partes más altas y frías –las más tradicionales– ocasionalmente aparecen las casas de planta circular como hecho excepcional, porque los iku en general han adoptado la planta cuadrada o rectangular. Las paredes son de bahareque recubierto en piedra, el techo es de paja y el suelo de tierra, y la habitación se compone de un solo recinto donde se realizan todas las actividades de la vida cotidiana: allí se duerme, se cocina, se almacenan los víveres y los bienes de uso diario. A medida que se desciende a climas menos fríos, el recubrimiento externo de piedra se hace más bajo y forma un pequeño muro que rodea la casa. En climas templados o cálidos aparecen a veces dos construcciones o recintos diversos en cada habitación, uno abierto, que corresponde a la cocina, y otro cerrado, donde se hallan los dormitorios[69].

B. NABUSÍMAKE Y PUEBLO BELLO

En el territorio habitado por los iku hay un solo pueblo propiamente dicho, que corresponde a Nabusímake, considerado "capital" y "tierra donde nace el sol" en lengua iku o arhuaca. Está situado en una región montañosa, aproximadamente a 1200 metros sobre el nivel del mar. Allí por lo general las mañanas son soleadas y calurosas, las tardes frescas y lluviosas y las noches más frías. La vegetación varía según el piso térmico, y va desde las exuberantes plantas de las tierras bajas hasta las secas estepas de los páramos. Se encuentra en el departamento

68 Información recogida durante el trabajo de campo.
69 Cit. ibídem.

del Cesar, al noroeste de Valledupar, capital del departamento, de la cual dista 84 kilómetros por carretera.

Nabusímake es el principal poblado de los indígenas arhuacos que habitan en la vertiente suroriental de la Sierra Nevada de Santa Marta y constituye la capital espiritual y cultural del este pueblo indígena. En palabras de sus habitantes, "Llegar hasta allí no es difícil, pero hay que ir preparado mental y físicamente para enfrentarse a una carretera abrupta y recorrer un trayecto de 25 kilómetros escabrosos y emocionantes. […] Una vez en Nabusímake [...] la aventura del camino es compensada con la paz que se desprende del silencio de las montañas, con el encuentro con la naturaleza desnuda; es receptar la fuerza del sol y disfrutar de [los] destellos de la luna; es la armonía con la madre naturaleza; es sentir la fuerza de una raza; es llegar a la nación Arhuaca"[70].

Este poblado está compuesto por aproximadamente medio centenar de casas cuadradas o rectangulares de 4 x 4 m ó 4 x 5 m, con paredes de bahareque, muro externo de piedra y techo de paja; tiene escuela, un pequeño hospital, oficina de la organización central arhuaca, cárcel, tienda, y está rodeado por un muro de piedra continuo, allí se realizan también las principales reuniones y asambleas políticas y religiosas[71].

Por otra parte, hay numerosos caseríos (20 aproximadamente) de diversos tamaños y compuestos por casas rectangulares de bahareque, adobe o cemento, a veces con techos de zinc que corresponden a los centros administrativos de cada asentamiento. Tienen escuela, cárcel, puesto de salud y oficina administrativa, y son el punto donde se reúnen las familias iku cuando hay brigadas de salud, visitas del gobierno para solucionar problemas de la comunidad o simplemente los sábados y domingos; además hay viviendas aisladas donde abundan los niños y las hogueras que brindan calor y sirven para la preparación de los alimentos[72].

Además de la capital Nabusímake y los asentamientos dispersos ya mencionados, no es posible dejar de mencionar el municipio de Pueblo Bello, lugar geográfico en que conviven y coinciden dos culturas diferentes: los arhuacos y los ciudadanos no indígenas que allí habitan. Se encuentra aproximadamente a una hora de Valledupar y se caracteriza por los contrastes entre los campesinos, los hombres de ciudad y los indígenas de la Sierra, principalmente iku. El poblado como tal se encuentra atravesado por una vía principal en la que

---

70 "Fomentando el arte del pueblo arhuaco", disponible en [www.lamochilaarhuaca.com/inicio/pueblo-arhuaco/nabusimake-capital-arhuaca/], consultado el 27 de marzo de 2015.

71 Información obtenida durante el trabajo de campo.

72 Cit. ibídem.

concurren numerosos locales comerciales y restaurantes donde siempre habrá arhuacos bien sea a pie o a lomo de mula, abasteciéndose de bienes de primera necesidad generalmente de origen *bunachi* (linternas, pilas, velas, cuerdas, panela, pan, galletas, entre otros) pero también productos de la canasta familiar cuando no los producen en sus parcelas (arroz, verduras, lentejas, papa, café, etc.) que luego llevarán a los distintos parajes de la montaña. Aquellos que viven en Pueblo Bello han adquirido más costumbres no indígenas que los demás, ya que son mucho menos reacios al contacto con los *bunachis*.

Debe mencionarse que si bien se trata de un lugar lleno de contrastes, el 83% de su población es arhuaca y hasta el año de 1997 no existía como municipio. No obstante lo anterior, a través de la ordenanza número 037 de 1997 se ordenó su creación como tal, lo cual atentó contra los derechos fundamentales de los indígenas porque para su conformación no se realizó la respectiva consulta previa, pese a que parte del territorio del nuevo municipio había sido reconocido como territorio indígena mediante las resoluciones 078 de 1983 y 032 de 1996, proferidas por el Incora[73]. Ante este hecho la posición de los iku fue la siguiente:

> Desde hace muchos años las comunidades indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta hemos venido reclamando la devolución de nuestro territorio tradicional delimitado por la Línea Negra en el contorno del macizo.
>
> En ya innumerables ocasiones hemos expuesto las razones que nos mueven a reclamar que de hecho se nos reconozca como legítimos dueños de dicho territorio por posesión ancestral; sin embargo el arremetimiento de la sociedad mayoritaria no para, queriendo desconocer cada vez nuestros justos derechos.
>
> Esta vez nuevamente vemos amenazada nuestra integridad cultural con la reciente creación del municipio de Pueblo Bello, enclavado en nuestro territorio, sin ni siquiera preguntarnos si estábamos de acuerdo. Tal vez a sabiendas de cuál es nuestra posición frente a estas intromisiones optaron por crear el municipio sin que nos diéramos cuenta para no darnos oportunidad a actuar tratando de impedir el acometido.
>
> Nosotros los Iku (o Arhuacos) junto con los Kog[u]is y los Arsarios somos los legítimos dueños del territorio delimitado por la Línea Negra, y como tal hemos cuidado, bajo la orientación de los Mamus (nuestros sabios), la vegetación, los animales, la tierra, el aire, el agua y todos los demás elementos y seres naturales con los cuales interactuamos y son la fuente de nuestras vidas. De ahí depende también la vida de los hermanos menores que viven en los alrededores.

---

73 Corte Constitucional colombiana, sentencia T-634 de 1999.

> […] Creemos que nunca hemos causado perjuicio alguno a nuestros hermanos menores ni les hemos usurpado sus espacios ni sus derechos, y no entendemos por qué ellos siguen tratando de despojarnos de nuestros bienes y nuestros derechos […][74].

El señor Bienvenido Arroyo, cabildo gobernador de entonces, demandó ante la jurisdicción contencioso-administrativa la nulidad de la mencionada ordenanza y del decreto que nombró al alcalde encargado. El Tribunal Administrativo del Cesar declaró la nulidad de la ordenanza 037 de 1997 y la nulidad del decreto departamental que designó alcalde de dicha localidad, indicando que no se demostró que se hubiera realizado la consulta a la comunidad indígena que habita en Pueblo Bello para la creación del mencionado municipio. Quienes habían sido parte del juicio no interpusieron recursos, pero sí lo hicieron el alcalde encargado, el personero y la presidente del concejo de Pueblo Bello, y, en mayo de 1999 el Consejo de Estado concedió la apelación considerando que el nuevo municipio y por ende sus representantes eran terceros con interés directo en el proceso. En el entretanto, en julio de 1998, se interpuso la acción de tutela que fue denegada en agosto por parte de la Sala Civil y de Familia del Tribunal Superior de Valledupar, bajo dos argumentos: en primer lugar, si bien el nuevo municipio incorporaba territorios tradicionalmente indígenas pertenecientes al resguardo arhuaco, el resguardo es una forma de propiedad colectiva y no una persona jurídica, y lo uno no excluía lo otro; y, en segundo lugar, el juez competente para dirimir la controversia no era el juez de tutela sino el juez administrativo, de manera que había que estarse a lo que éste decidiera en su providencia[75].

La tutela fue seleccionada por la Corte Constitucional para revisión y esta denegó la protección de los derechos invocados por considerar que existían otros mecanismos de defensa judicial, como la acción popular y la vía contencioso-administrativa, y así lo expresó en la parte motiva de la sentencia T-634 de 1999:

> Ocurre que la Ley 472 de 1998 establece la acción popular para la protección de los derechos e intereses colectivos. El artículo 4.º de dicha ley indica cuales son esos derechos e intereses, diciendo la parte final: "Igualmente son derechos e intereses colectivos los definidos como tales en la Constitución, las leyes ordinarias y los tratados de derecho internacional celebrados por Colombia", lo cual significa que el derecho a la consulta de las comunidades indígenas, está protegido por el Convenio 169 de la OIT. Si se considera vulnerado dicho derecho, hoy es objeto de una acción popular, luego, dado el carácter residual de la tutela, no es la tutela la vía adecuada.

---

74 Documento arhuaco citado por la Corte Constitucional colombiana en la sentencia T-634 de 1999.
75 Cit. ibídem.

Por fortuna hoy las cosas están cambiando y se ha empezado a comprender que el derecho a la consulta previa es un derecho fundamental de los pueblos indígenas y no un simple derecho colectivo, se trata de un derecho individual en cabeza de la comunidad indígena como sujeto de derecho reconocido tanto en el ámbito nacional como internacional tal y como se verá más adelante.

C. Las castas, las kankurwas y la actividad económica iku

Retomando el tema de distribución geográfica que actualmente caracteriza a los iku, debe indicarse también que según las leyes tradicionales la sociedad arhuaca está organizada en castas o *urunukunu* distintas, cuatro masculinas (Geyneigekatana, Seykukwintana, Serankwatana y Busintana) y cuatro femeninas (Gu'muketana, Chukaitana, Gweukwatana y Tikinakatana), cada una de ellas con sus propios rasgos característicos y sus propias responsabilidades en determinados ámbitos de la cultura, tales como el cuidado del territorio, el manejo de los alimentos, el cuidado de los animales, etcétera. Así mismo, las estructuras de gobierno conformadas por las autoridades tradicionales, civiles y políticas deben compartirse entre los cuatro pares de linajes de la siguiente manera: *Geyneigekatana* y *Gu'muketana* son las castas de donde provienen los mamos, *Seykukwintana* y *Chukaitana* son las castas de donde se eligen los miembros del gobierno interno, *Serankwatana* y *Gweukwatana* son aquellas encargadas de los asuntos territoriales y ambientales, y *Busintana* y *Tikinakatana* son las encargadas de los asuntos civiles y políticos. Es muy importante que se observen estos principios en los matrimonios tradicionales con el fin de que se mantenga la estructura de gobierno propio[76].

En todo el territorio de la Sierra hay numerosos centros ceremoniales, lugares ancestrales que tienen un orden jerárquico en la historia mítica y están presididos por la descendencia de diversos héroes culturales. Los centros ceremoniales de los iku son templos llamado *kankurwas*, cuya planta es circular y pueden tener hasta 11 m de diámetro, además, son las únicas construcciones que están todas recubiertas de paja desde el suelo hasta la punta del techo. Existen cinco *kankurwas* principales y muchas otras que les sirven de soporte[77], algunas tienen también una casa de mujeres (de 7 m de diámetro aproximadamente)

---

76 Proyecto final de Plan Salvaguarda Iku, Nabusímake, 2015, pp. 48-49.

77 Entrevista a Noel Torres, Nabusímake, 19 de abril de 2015: Otros indican que hay nueve sitios principales en el territorio ancestral que son fuente espiritual para todos los aspectos de gobierno: Gayurugaka, Trankameyna, Seykwínkuta, Makoro, Seybuchimuna, Seykúmuke, Numa'ka, Kunzínkuta y Gwi'geka, de las que en la actualidad se encuentran activas las últimas cuatro.

ya que a aquellas donde no la hay solo pueden ingresar los hombres, y es allí donde se realizan los trabajos espirituales más importantes. Generalmente, en sus alrededores hay también otras construcciones para cocina, vivienda, y una más pequeña (2 m de diámetro), para pasar la primera noche de bodas[78].

Dentro de las funciones más importantes de las *kankurwas* encontramos que son espacios sagrados de comunicación entre los mamos y los dioses y antepasados para poder orientar las dinámicas internas tanto del gobierno propio como del resto del mundo; son las escuelas de formación cultural de nuevas autoridades tradicionales y de reafirmación de la identidad cultural de todos los miembros de la comunidad; son un espacio de gobierno propio donde se orientan las directrices políticas de las dinámicas internas (territorio, salud, educación, economía, etc.); son centros de consejo espiritual, reflexión correccional e impartición de justicia según las leyes de la jurisdicción indígena; son centros de salud tradicional donde los mamos desarrollan actividades de salud preventiva, cuidado y tratamiento de los enfermos y formación tradicional en medicina; son centros de formación agropecuaria tradicional; y son centros de formación en jurisdicción indígena y gobierno propio[79].

Por esta razón, en la actualidad se están proponiendo internamente diversas iniciativas para el fortalecimiento de las *kankurwas* ya que éstas representan lo más sagrado en la cultura arhuaca y el núcleo esencial de su fuerza espiritual, razón por la cual deben fortalecerse a través de los trabajos especiales de los mamos y, además, deben darse condiciones especiales para su mejor funcionamiento, tales como el cultivo de los alimentos principales allí mismo, la construcción de corrales para los animales y de habitaciones para sus visitantes, de manera que cuando a ellas se acuda pueda encontrarse todo lo necesario para permanecer allí el tiempo que se requiera.

Por su parte, la actividad económica fundamental de los arhuacos es la agricultura orientada principalmente a la subsistencia y, en general, cada asentamiento es autosuficiente gracias a lo que se cultiva y a lo que se intercambia con asentamientos que se encuentran en otros pisos térmicos. Originalmente cada familia poseía una parcela en tierra fría, otra en clima medio y otra en tierra caliente, pero de estas últimas ya no se dispone porque la invasión provocó la reducción territorial. En las tierras altas cultivan papa, cebolla, ajo, haba, repollo, lechuga, mora, tomate de

---

78 Reconstrucción de la memoria indígena Iku: una mirada desde el conflicto, disponible en [www.banrepcultural.org/blaavirtual/antropologia/amerindi/sierneva.htm], consultado el 27 de marzo de 2015.

79 Entrevista a Gelver Zapata, Sierra Nevada, 23 de abril de 2016 e información tomada durante el trabajo de campo.

árbol, calabaza, trigo y fique; y en las tierras medias, maíz, fríjol, yuca, arracacha, malanga, coca, algodón, piña, papaya, guayaba, maracuyá, granadilla, naranja y limón. Además crían gallinas, ganado vacuno, ovejas y cabras en pequeña escala, y existen también tierras comunales en las que pueden encontrarse pastos, agua o productos agrícolas para la colectividad[80].

Entre los arhuacos, así como en la sociedad no indígena, también existen diferencias sociales: hay familias que poseen amplias extensiones de tierra y otras que tienen muy poca o ninguna, hay familias que tienen cabezas de ganado y otras que no las tienen, así como hay familias que logran apenas subsistir con lo que producen y otras que trascienden la autosubsistencia y logran tener excedentes. El alimento básico es el plátano y rara vez los lácteos o las carnes son de consumo diario ya que muchas familias prefieren dejar este tipo de productos para la venta; se trata de un sistema de horticultura escalonada según la altitud, combinada con el pastoreo a lo largo de sus territorios[81].

Producen también café y cacao, pero con un objetivo principalmente comercial, es decir, para obtener productos que no se consiguen en la comunidad. También venden aguacate, caña de azúcar y mochilas, que son elaboradas exclusivamente por las mujeres, de las cuales buena parte de la producción es para uso personal, ya que son una parte fundamental de la indumentaria propia, aunque cada vez gana más penetración en el mercado de artesanías típicas del país, éstas están hechas de lana y sus tejidos representan los distintos momentos de la vida.

Los hombres fabrican en telar la totalidad de la ropa y parte de las telas, aunque actualmente también se utilizan telas compradas tales como el dril blanco para el vestido de las mujeres, que luego bordan con diferentes colores y dibujos. La venta de productos propios les resulta importante ya que, entre ellos, son apetecidos objetos modernos como los celulares, las grabadoras y los relojes, así como el ron y el 'chirrinche' (bebida alcohólica de la zona de La Guajira) y para ello necesitan dinero. Dado este patrón de asentamientos dispersos y de agricultura como principal medio de subsistencia es evidente la importancia que tiene la tierra, por lo cual la competencia por ella es muy aguda tanto entre ikus como entre ellos y los no indígenas de la zona[82].

Habiendo presentado de manera muy general lo que ha sido el contexto histórico del pueblo arhuaco y su ubicación geográfica y distribución territorial,

---

80 Uribe, Carlos Alberto, *Geografía humana de Colombia, nordeste indígena*, tomo II, Instituto Colombiano de Cultura Hispánica, Bogotá, 1992, pp. 94-95.

81 Información obtenida durante el trabajo de campo.

82 Cit. ibídem.

se procederá a intentar explicar, de manera muy respetuosa y desde el punto de vista de un observador no indígena, las bases de su cultura y espiritualidad. Lo anterior, con el fin de comprender de manera más profunda sus creencias y las bases de su sistema religioso para así poder tener un mayor acercamiento a su concepción de territorio y daño causado al mismo.

III. COSMOVISIÓN Y CULTURA

> *Antes de materializarse todas las cosas que hoy día vemos y tocamos, existían en pensamiento espiritual. Todo era tiniebla en el universo y no se habían definido las reglas de la vida, es por tanto que, no existían los malos actos y todo lo que se pensaba se cumplía. Cuando el mundo se transformó todas las actividades fueron distribuidas por el espíritu creador de acuerdo a la forma de vida, clima y costumbre. De manera tal, que cuando llegó la luz del día, el mundo comenzó a girar en su órbita, todos los animales, plantas y piedras anunciaban la llegada del hombre y, toda actividad comenzó a desarrollarse como lo había ordenado el espíritu creador*[83].

A. LA COMPOSICIÓN DEL UNIVERSO Y LA LEY DE ORIGEN, LEY SAGRADA O LEY DE LA MADRE

En la cultura arhuaca, la filosofía y el misticismo son parte fundamental del día a día y la relación existente entre lo sagrado (lo espiritual) y lo terreno (la política y el derecho) es sumamente estrecha, prácticamente es casi imposible diferenciar estos ámbitos, a tal punto que si alguno de sus miembros expresa la voluntad de querer cambiar de religión o decide no cumplir con las obligaciones diarias que ésta le impone frente a la comunidad, es gravemente castigado e incluso puede llegar a ser expulsado de la comunidad. De acuerdo con la tradición cultural, el pueblo arhuaco fue creado con una misión, unas leyes propias y un territorio delimitado para el resto de la eternidad:

> El territorio de la Sierra Nevada en su conjunto es para nuestro pueblo, un espacio sagrado de delicado manejo, por ser un resumen vivo de la diversidad del universo. De tal modo, cada piedra, cada árbol, cada riachuelo, cada animal es vital para la sostenibilidad del entorno de la Sierra y del Universo. Los arhuacos y arhuacas somos una expresión más, un elemento más que interactúa con los seres y energías que

83 Tradición oral arhuaca, disponible en [www.lamochilaarhuaca.com/inicio/pueblo-arhuaco/cosmogon%C3%ADa-y-cosmovisión/], consultado el 7 de abril de 2015.

> conforman un todo armónico y equilibrado. El conocimiento es para nuestra cultura un legado de los primeros padres, que se encuentra además referenciado y codificado en la geografía de la Sierra Nevada; mantenerlo vigente es una norma de la Ley de Origen o Kunsamu; hace parte de la misión de vida y constituye una garantía para la vida de todas las especies y de la Madre Tierra, ya que sabemos que del estado de salud y orden de la Madre Tierra dependen las posibilidades de vida de la cultura arhuaca y de la humanidad en general[84].

Para ellos todo tuvo inicio desde el momento de la creación del universo que consta de cuatro dimensiones, y así como el universo, todo lo demás se rige por el número cuatro: hay cuatro tierras, cuatro colores, cuatro puntos cardinales, cuatro elementos de la naturaleza, cuatro mares, cuatro son los símbolos que se usan en cada pagamento, cuatro veces se deben hacer y pensar las cosas, y así sucesivamente. El universo, según el saber ancestral del pueblo arhuaco, posee cuatro dimensiones que corresponden a las etapas evolutivas sucedidas durante su formación: Anugwekin, Churokin, Jwerukin y Orokin, en una especie de camino hacia la perfección, que sirve de referente a sus vidas[85].

La primera es la esencia de la naturaleza y del cosmos como energía sin forma ni color, la Ley de Origen establece su orden y estructura y la conectividad y reciprocidad de sus elementos y de ellos con el mundo y los otros mundos. La segunda está constituida por imágenes sutiles y evocaciones de su aspecto pero aún sin una estructura física definida, son la base de la materialización de la naturaleza, el cosmos y su Ley de Origen. La tercera contiene ya diversos colores y formas materializadas en rocas perpetuas como base del planeta Tierra, del agua y de los seres de la naturaleza; aquí se formó la Tierra sobre la roca perpetua junto con las aguas del mar, lagunas, glaciares, quebradas, ríos, pozos, ciénagas, manglares y toda la biodiversidad del planeta, incluida la humanidad. Las formas, el orden y su comportamiento, así como su ubicación en el mundo obedecen a la Ley de Origen, ésta determina las funciones de cada pueblo y de cada elemento material y espiritual. La última es la materialización del padre Bunkwakukwi (Sol), la Madre Tima (Luna), las deidades que corresponden a las constelaciones de las estrellas, la Vía Láctea, los sistemas solares y las criaturas que incumplieron gravemente la Ley de Origen por lo cual constituyen la antítesis del orden, el equilibrio y la armonía de la naturaleza y el cosmos.

Todas estas figuras quedaron representadas simbólicamente en diversos entes materiales dentro del territorio ancestral (cerros, ríos, lagunas, montañas, etc.), y

---

84 Proyecto final de Plan Salvaguarda Iku, Nabusímake, 2015.

85 Entrevista a Jeremías Torres, Sierra Nevada, 25 de abril de 2016.

las leyes que los rigen, en piedras preciosas, piezas de oro y otros elementos de valor cultural que se utilizan en los diferentes rituales para mantener el orden ancestral del universo. Estas etapas evolutivas de la formación del universo y las relaciones de reciprocidad que rigen dentro de este constituyen la base del conocimiento de la comunidad y su modelo de vida[86].

He aquí una primera muestra de la enorme importancia que puede llegar a tener para los iku su territorio ancestral: allí, en los elementos que lo conforman está contenida toda su espiritualidad, todas las leyes sagradas y todos sus dioses y demonios.

Como puede observarse, los indígenas arhuacos son profundamente espirituales y todos deben conocer su propia filosofía porque es parte de su vida misma. Creen en la existencia de un Creador y Gran Padre, Kaku Serankua, del cual provinieron los primeros hombres, dioses y seres materiales, además de otros padres como el Sol y los nevados y otras madres como la Tierra y la Luna[87]. Para ellos la Sierra Nevada de Santa Marta es el corazón del mundo y de la Madre[88], y tienen la convicción de que la naturaleza y la sociedad son

---

86 Proyecto final de Plan Salvaguarda, Nabusímake, 2015, pp. 12-13.

87 Prometeo Revista Latinoamericana de Poesía n.º 50, disponible en [www.festivaldepoesiademedellin.org/es/Revista/ultimas_ediciones/50/index.html], consultado el 4 de junio de 2015: "Nuestros primeros Padres se llaman Niankua y Serankua, quienes como mamos principales repartieron como herencia las tierras del mundo y las semillas de todas las clases que teníamos que sembrar para poder subsistir. Nuestros padres repartieron también las minas y riquezas del mundo y según las ambiciones de cada hijo, los envió a tierras lejanas y les dio las leyes menores para que se gobernaran esos hermanos menores. "Las leyes naturales quedaron en la Sierra Nevada a cargo de los mamos, quienes las guardan pacíficamente y que los hermanos menores deben conocerlas y respetarlas, para no violar la casa sagrada y los derechos de los hermanos mayores, que somos los arhuacos.
"El sol también es un padre y la luna una madre. El sol es el ojo del mundo, él nos está mirando, y él mismo tiene su padre y su madre en ésta casa sagrada, reconoce quiénes son los hermanos mayores y cumple su ley. Esto es así para que todos cumplan la ley".

88 Prometeo Revista Latinoamericana de Poesía n.º 50, disponible en [www.festivaldepoesiademedellin.org/es/Revista/ultimas_ediciones/50/index.html], consultado el 2 de noviembre de 2015: "Aquí, en la Sierra Nevada comenzó la existencia del mundo, en Cherua y Surivaka estando presente toda la humanidad, Mamo Serankua repartió las leyes, enseñó que las leyes menores también están hechas para ser cumplidas y son llevadas por sus hijos a los cinco continentes para regresar más tarde, de acuerdo a la evolución del mundo, a sentarse en Kakarayibuna –Bogotá– y Sarnatuna –Santa Marta– desde donde deben impedir que todas las injusticias entren en la Sierra Nevada y violen la Casa Sagrada. En esta forma, las leyes menores están para amparar nuestras leyes naturales. Esto es así, y por eso la Sierra Nevada desde sus llanuras hasta sus nieves, se levanta en el centro y es el guardián de América y el mundo.
"Todas las riquezas que hay dentro de la Sierra Nevada, son Padre y Madre de las riquezas que hay en los cinco continentes. A los arhuacos se nos dejó la tarea de vigilar con nuestra ciencia estas riquezas naturales y culturales que nuestros hermanos menores tienen la obligación de respetar, ya que si se comienza a destruirlas por ambiciones de enriquecimiento propio, se está violando a su propia Madre y a su propio Padre y viene la desgracia para el mundo entero".

una unidad en sí misma y están regidas por una sola Ley Sagrada, inmutable, preexistente, primitiva y sobreviviente a todos y a todo.

> Podría el mundo existir o dejar de existir, sin que esto alterara en lo más mínimo la esencia de dicha Ley, la cual constituye el pensamiento universal de lo no manifiesto, único origen de la vida. Es por esto, que la Ley universal Kunsamu, es representada por un niño, el mamo Niankua y halla expresión en el universo donde entonces se da una asociación entre Ley y pensamiento, que, a compás con el entorno, se transforma en Ley Natural. Esta Ley Natural da origen a la creación de la materia y a su evolución, equilibrio, preservación y armonía, que constituyen los objetivos fundamentales y la razón de ser de los mamos, las autoridades espirituales de la sociedad arhuaca, que encarnan el seguimiento a la Ley tradicional[89].

Una de las bases más importantes de su religión es el culto a la Madre Universal, figura que podría identificarse con la fertilidad y las leyes intrínsecas de la naturaleza: todo es un ciclo constante que inicia con la concepción y termina con el renacimiento después de la muerte; este ciclo constante de siembra (concepción), nacimiento, crecimiento, maduración, muerte y de nuevo nacimiento corresponde a la "Ley de la Madre" o "Ley del Origen". Esta misma ley es además aquella que indica a cada arhuaco el modo según el cual debe relacionarse con los elementos del mundo, según ella cada individuo tiene un derecho y un deber frente a los demás hombres y componentes de la naturaleza: el derecho a no ser dañado y el deber de no dañar, y en el caso en el cual se reciba un daño, la "Ley de la Madre" indica que no se debe guardar rencor ni buscar venganza: "todos debemos ser como el Sol, la función del Sol es dar luz a quien la necesita y así debemos ser todos".

La "Ley de Origen" es un principio ético fundamental que se encuentra en la base no solo de la vida diaria de cada individuo sino además del sistema político, jurídico y social; la Madre es el principio del todo, de la existencia humana, individual y colectiva y de todo aquello que nos rodea: la tierra, los animales, las plantas, los ríos, las piedras, etcétera.

Según la Ley de Origen el territorio fue distribuido teniendo en cuenta que cada grupo indígena tiene una misión particular determinada por los dioses, nada es fortuito y todo se da porque existe un espíritu que lo antecede. El universo y todo lo que hay en él es una cadena de correlaciones de materia a espíritu y de espíritu a materia que permiten el equilibrio y la convivencia. La Ley de Origen

---

89 "Los mamos y la espiritualidad", disponible en [www.lamochilaarhuaca.com/inicio/pueblo-arhuaco/los-mamos-y-la-espiritualidad/], consultado el 2 de noviembre de 2015.

es como los vientos que envuelven el mundo y fluyen de un lugar a otro para garantizar el aire a todas las cosas que lo ocupan, es una ley universal que cobija a todos los seres y que les indica cómo deben vivir y relacionarse con los otros; lo espiritual y lo material constituyen una misma unidad, se complementan entre sí y funcionan como un solo ser. A toda materia le es posible existir porque hay un espíritu que la complementa y la gobierna.

Dentro de esta concepción de relaciones entre espíritu y materia se indica que los no indígenas abastecen materialmente a los indígenas de algunos elementos necesarios, por lo cual éstos deben hacer pagamentos: si se sirven por ejemplo de un vehículo o de algún electrodoméstico, deben compensar ese préstamo pagándole a la Madre Tierra. Es así como tiene lugar la correlación de beneficios, donde los no indígenas no podrían vivir sin los indígenas y los indígenas tampoco podrían fortalecer sus vidas sin los *bunachis*[90].

La correlación de beneficios se refleja en el funcionamiento de la naturaleza:

> Los mares necesitan del agua dulce para enfriar su calor, las aguas dulces necesitan del mar para facilitar sus movimientos, la temperatura de la Tierra necesita alternarse para establecer un equilibrio, para ello se da el calor y el frío, la cadena alimenticia constituye uno de los más claros ejemplos de correlación de beneficios, así sucesivamente todo es correlación de beneficios como ley de unidad. La lógica de estas correlaciones de beneficios que podemos entender sin mayor esfuerzo en el mundo material, dicen los mamos, es similar a la que ocurre entre el mundo material y el mundo espiritual; hay correlación de beneficios porque solo así puede existir un equilibrio en la vida de todas las cosas, así fue ordenado y establecido, así fue concebido por los padres mayores; todo está sujeto a unos principios o leyes, ellos son los espíritus[91].

Del mismo modo, el sistema jurídico de los arhuacos tiene como fundamento la filosofía religiosa anteriormente descrita basada en la correlación entre materia y espíritu y en la correlación de beneficios, el principio básico para hacer justicia corresponde a la búsqueda de la causa del problema, causa que podrá encontrarse en los pensamientos y comportamientos del culpable o bien en aquellos de sus ancestros. Será delito todo aquello que infrinja la "Ley de la Madre", es decir, todo comportamiento que rompa el equilibrio de la armonía universal.

Por otra parte, la Sierra Nevada de Santa Marta se considera como un cuerpo humano: la cabeza son los picos nevados[92], las lagunas de los páramos son el

---

90 Entrevista a Noel Torres, Jeremías Torres y Jairo Torres, Nabusímake, 22 de abril de 2015.

91 Proyecto final de Plan Salvaguarda Iku, Nabusímake, 2015, p. 15.

92 En el vestuario tradicional arhuaco los picos nevados están representados precisamente en el sombrero blanco y alargado que portan los hombres y que ellos mismos deben tejer.

corazón, las venas y arterias son los ríos y quebradas, los huesos son las rocas, los músculos son las capas de Tierra y el cabello y las vellosidades son las palmas y los pajonales. La nieve es el mundo de las almas y es masculina, el mar es el principio y es femenino. Así, la filosofía común de la Sierra se basa en la vida, la fertilidad expresada en el agua de las nieves, el mar, los ríos, las quebradas y las lluvias. Es por esta razón además por lo que la geografía de la Sierra es una geografía sagrada: las lagunas, los valles, las grietas y los pozos son femeninos, y los cerros sobresalientes son masculinos. Los héroes culturales de la antigüedad habitan hoy día en los cerros que para ellos son templos. Ellos son las fuerzas personificadas de la naturaleza, seres positivos y negativos a la vez que requieren de un alimento espiritual, los 'pagamentos', que los seres humanos deben darles para así mantener el equilibrio[93].

He aquí una segunda muestra de la trascendencia que tiene el territorio para los iku: la Ley de Origen, inmutable y eterna, está escrita en la Tierra y sus elementos y solo a través de ellos puede interpretarse.

B. LA IMPORTANCIA DEL MAMO

Los mamos o *mamus* son las personas más importantes dentro de la comunidad, la máxima expresión de sabiduría de la cultura iku o arhuaca, y su influencia es decisiva en la vida de cada indígena y de la sociedad en general. Cada uno de ellos es escogido por otros mamos, quienes deben elegir a sus sucesores entre miembros de la misma tribu. Un mamo tiene desde antes de nacer las habilidades necesarias para serlo, ya que para llegar a ser mamo se requiere que desde el mismo momento de la gestación la persona esté ya destinada a serlo por las fuerzas superiores del universo. Así, desde que nace y es escogido, aprende los secretos de la naturaleza a través del contacto directo con ella, momento en el cual empieza a relacionar con ella todo el conocimiento que le ha sido transmitido por Kaku Serankua (dios) y Seynekun (la Madre Tierra)[94].

A partir de los ocho años de edad el mamo debe poner en práctica (con ayuda de su mentor) dichos conocimientos, y desde ese momento en adelante recibe una educación especial que tiene una duración de entre nueve y quince años aproximadamente, en constante contacto con los mayores y teniendo a lo largo de su vida una alimentación muy particular en la que se excluyen las carnes

---

93 Todos estos aspectos de la cosmovisión y cultura iku serán reforzados en el aparte relativo al territorio.

94 Entrevista a Noel Torres, Nabusímake, 19 de abril de 2015 e información tomada durante el trabajo de campo.

domésticas y se permiten solo las de monte, se hacen constantes ayunos y se come sin sal. El mamo tiene que seguir instruyéndose para interpretar los signos de la naturaleza durante toda su vida ya que la vida de un mamo está consagrada al estudio permanente y a la interpretación constante de la Ley de Origen. Existe además la posibilidad de elegir diversas especializaciones en determinados campos tales como filosofía, liderazgo, medicina ancestral, conocimiento del universo, la política, entre otras[95].

Para quienes no son parte de esta cultura, los mamos podrían identificarse con la figura de una especie de sacerdote que además de sus tareas espirituales cumple también funciones civiles, políticas, jurídicas y judiciales. En materia individual, a través de la confesión, a la que están sometidos todos los miembros de la comunidad, él logra conocer a cada uno de sus integrantes, sus problemas familiares, económicos y su forma de pensar; teniendo además el derecho y la capacidad de influir, a través de rituales religiosos, en cada una de las decisiones que toma cada miembro, incluso cuando se trata de decisiones íntimas y personalísimas. En materia colectiva, ninguna decisión interna ni externa (decisiones relativas a las relaciones con el Estado y los "hermanos menores") se toma sin que el consejo de mamos haya proferido su aprobación y haya dado las directrices necesarias para implementarla[96].

El mamo y solo el mamo tiene la habilidad y la legitimidad para conocer, comprender, interpretar y transmitir la llamada "Ley Sagrada", "Ley de la Madre" o "Ley de Origen", y, es él quien debe difundirla y explicarla a cada uno de los iku durante el transcurso de su vida y en el momento en que lo necesiten[97]. De este modo, el mamo se convierte en el intermediario entre el individuo y las fuerzas sobrenaturales del Universo y sin él la armonía y el equilibrio personal y cósmico serían imposibles. Sólo los mamos tienen la capacidad espiritual de comunicarse con los Padres Celestiales para conocer la Ley de Origen y transmitirla tras un complejo proceso de formación y un profundo conocimiento de la comunidad[98].

Tal y como se dijo, los mamos de la Sierra tienen distintas especialidades y están distribuidos en los diferentes centros de población generalmente en cercanías a las fuentes de agua, cada uno tiene su propio centro ceremonial o *kankurwa* y al lado de ésta se encuentra su vivienda, donde habita con su esposa,

---

95 Entrevista a Jeremías Torres, Sierra Nevada, 25 de abril de 2016 e información tomada durante el trabajo de campo.

96 Cit. ibídem.

97 Entrevista a Noel Torres, Nabusímake, 19 de abril de 2015.

98 Cit. ibídem.

hijos, diferentes familiares, discípulos y ayudantes. En las *kankurwas* realizan sus trabajos y rituales para mantener la armonía del universo y entrenan a sus discípulos; éstas son además centros de reunión espiritual y representan la casa del saber ancestral y de la cultura y cosmovisión arhuacas, aquí los mamos aprenden y replican el conocimiento tradicional y establecen los procedimientos necesarios para la protección y conservación de la cultura y la defensa del territorio[99].

Por otra parte, una de las funciones más importantes de los mamos corresponde a su papel político, ya que son ellos los encargados de tomar todas las decisiones relacionadas con dicho ámbito tanto dentro de la comunidad como con los no indígenas o "hermanos menores", con base en las revelaciones que reciben de parte de los dioses y los muertos. Además, son los encargados de las "confesiones" individuales y de impartir justicia mediante la imposición de castigos o de la orden de realizar trabajos espirituales y de reflexión, y trabajos comunitarios según la gravedad del delito, para la limpiar las faltas cometidas[100].

En el marco de este reconocimiento de las autoridades tradicionales, se conformó en 1995 el Consejo Supremo de Mamos de la Casa Sagrada de la Sierra Nevada de Santa Marta (Cosmos) con el objetivo de reunir a los mamos mayores de las cuatro comunidades que allí habitan para llevar a cabo acciones conjuntas en pro de la difusión de la Ley de Origen.

> […] Desde cuando las razas humanas estaban en su infancia fueron impartidas todas las bases fundamentales de nuestras enseñanzas, en esencia a todo lugar de la Madre Tierra, estas enseñanzas han sido guardadas intactas en su pureza primitiva por nuestros mamos, en cada época para germinar en cada generación Serankua Tana, Nunkwatana, Gumuke Tana, Busintana, Gurwkwa Tana. Nosotros hemos existido siempre para cuidar el pensamiento de la tierra, nuestro mensaje es la búsqueda de un verdadero amor que nos identifique con todos los bienes de distintas naturalezas: cielo y tierra, día y noche, vida y muerte viva, salud y enfermedad, caliente y frío, rojo y blanco. Nuestro gran llamado está dirigido en sentido lógico a sembrar la gran verdad que se ha desarrollado, germinando en tantas y en tan maravillosas formas para establecer una escuela de diálogo con la naturaleza que domina el pensamiento del mundo.
>
> Hoy con estas firmas tenemos el deseo de emplear nuestras lámparas mayores para encender las lámparas menores, cuando la verdadera luz de nuestra madre Seinekan (Madre Tierra) languidece y se nubla de hombres inhumanos, orgullosos y opulentos; en consecuencia, hemos acordado que:

---

99 Información obtenida durante el trabajo de campo.
100 Cit. ibídem.

> 1. El conjunto de los mamos de las Cuatro Castas conformarán "Consejo Supremo de mamos de la Casa Sagrada de la Sierra Nevada" –Cosmos–, con el fin de promover acciones conjuntas de las cuatro comunidades en común acuerdo y unidad de pensamiento.
>
> 2. Reafirmarnos en la unidad de nuestro territorio sagrado con base en el mapa sagrado de Serankwa, delineado por la Línea Negra (o línea científica). Como expresión de la autonomía requerida para configurar la Entidad Territorial Indígena de la Sierra Nevada de Santa Marta […].
>
> […] El Consejo Supremo de mamos –Cosmos– evaluará cada programa o proyecto de desarrollo presentado por las autoridades internas, así como las externas nacionales y extranjeras, promovidos por nuestros hermanos menores para analizar su concordancia y acuerdo con nuestras leyes y tradiciones, para en caso de armonía ser pagados espiritualmente por el Cosmos para su aprobación, incorporación y ejecución[101].

En síntesis, en la cultura iku el mamo desempeña el papel principal en el campo espiritual ya que es el único conocedor de la "Ley de Origen o de la Madre" y de los secretos de los ancestros, pero es además la cabeza en lo que respecta a la política y del derecho. Aparentemente son seres comunes y corrientes, pero su diferencia está en su esencia, en su sabiduría, su humildad y su dialogo día y noche con la Sagrada Madre Tierra. Los mamos tienen la capacidad de interceder por el resto de la humanidad, están impregnados de la energía del abuelo sol, de los rayos y de las montañas.

> […] Como descendiente de línea materna de mamos les comparto a todos por una mejor manera de vivir, respetando la diferencia porque todos podemos ser distintos pero para la Madre Tierra somos uno solo y en eso no debe haber reparos de ninguna clase de modo que a trabajar unidos por la defensa de la tierra madre de todos, madre sagrada. Las palabras y los proyectos dicen los mamos que se oyen bonitas cuando de hacer bien las cosas pero es mucho m[á]s bonito cuando se refleja con hechos y eso es el aporte de los mamos; ser hombres que predican y cumple[n] la armonía y el equilibrio con el universo[102].

El mamo es el intermediario entre las fuerzas de la naturaleza y el ser humano; él, con su sabiduría y su preparación especial, realiza los pagamentos y con ellos "compone", "hace trabajo" y logra el "acuerdo" entre las fuerzas. El mamo es el habitante principal de los sitios sagrados: los páramos, las lagunas y los centros

---

101 Avintukua, disponible en [www.lamochilaarhuaca.com/inicio/pueblo-arhuaco/consejo-supremo-de-mamos/], consultado el 3 de noviembre de 2015.

102 *Akin zun ey anachukua ni*, Kaso Kaku Busintana, disponible en [www.lamochilaarhuaca.com/inicio/pueblo-arhuaco/los-mamos-y-la-espiritualidad/], consultado el 3 de noviembre de 2015.

ceremoniales. A través del baile y el canto controla las plagas, las sequías, las epidemias. A través de la "adivinación" decide los asuntos de la comunidad, los viajes de los individuos, el lugar de los enterramientos. Por medio de la confesión permite a cada individuo ponerse nuevamente "de acuerdo" con la Tierra y el universo y así evitar las enfermedades. El mamo es el depositario del conocimiento sobre los antiguos, sobre las diversas dimensiones de la naturaleza, sobre las leyes de la vida, y gracias a ellos la tradición indígena de la Sierra se ha mantenido viva hasta el presente[103].

Para ellos el fin del mundo se acerca si los "hermanos menores" siguen irrespetando la naturaleza que incluye desde las nieves hasta el mar, el aire y el subsuelo, si continúan profanando y saqueando las tumbas de sus ancestros y los lugares sagrados de donde los indígenas reciben la fuerza espiritual que los mantiene vivos. Afirman que de seguir maltratando la Tierra la vida se convertirá en muerte, si los mamos pierden su fuerza a causa del saqueo de los templos y de los recursos naturales, toda la fertilidad de la tierra se convertirá en aridez y silencio y la especie humana habrá llegado a su fin[104].

He aquí una tercera muestra de la importancia mayúscula que tiene el territorio: en él el mamo encuentra los elementos necesarios para desarrollar las actividades que le han ordenado los dioses, sin él el mamo no podría cumplir con sus funciones y no tendría nada que interpretar.

C. Ordenamiento ancestral y concepto iku de economía

La organización política en la cultura iku está estrechamente ligada a la espiritualidad. En el grupo étnico iku es posible encontrar una organización política tradicional que además de ser la base del funcionamiento de la comunidad, constituye una garantía de permanencia de la cultura. Además, en aras de proteger sus derechos frente al Estado y a la sociedad, han creado un conjunto de autoridades civiles semitradicionales, encargadas de mantener contacto permanente con el mundo exterior.

El sistema de poder tradicional y del poder político semitradicional puede representarse mediante una figura piramidal en la que la parte más alta constituye la autoridad principal y en la que confluyen dos niveles de organización: espiritual y material.

---

103 Proyecto final de Plan Salvaguarda Iku, Nabusímake, 2015, pp. 10-15.

104 Entrevista a Noel Torres, Jeremías Torres y Jairo Torres, Nabusímake, 22 de abril de 2015.

La Madre
Ley de Origen
Padres y Madres espirituales
Ancestros
Mundo espiritual
Mamos
Mundo material
Asamblea General
Cabildo Gobernador
Secretario general, fiscal y tesorero
Comisarios, cabos y semaneros
Autoridades centrales de Nabusímake
Autoridades regionales
Cabildos, comisarios, cabos y semaneros regionales
Comunidad arhuaca

La Madre es el nivel más alto del mundo espiritual, es el todo, y cada cosa que existe es producto de su pensamiento (Ley de Origen); a ella le siguen los Padres Espirituales, quienes fueron y siguen siendo los encargados de organizar el mundo material según los mandatos de la Madre, ellos le otorgaron las funciones a cada ser de la naturaleza bajo los preceptos de armonía y convivencia. El primer nivel terrenal es la comunidad iku en general, y el intermediario entre estos dos planos es el mamo, que a su vez ha heredado los conocimientos y poderes de sus respectivos ancestros, razón por la cual es el principal transmisor de la memoria colectiva y de la Ley de Origen.

Por su parte, en cuanto a las autoridades terrenales, éstas configuran la llamada Confederación Indígena Tayrona, dentro de la cual se encuentran las siguientes figuras: Asamblea General, Directiva General (secretario, fiscal y tesorero), cabildo gobernador, Directiva Central de Nabusímake, secretario general, fiscal, tesorero, comisarios y cabildos de cada región, todas ellas bajo la dirección de los mamos[105].

La Asamblea General es la instancia político-administrativa de carácter participativo en la que se analizan los temas de interés general que conciernen al pueblo arhuaco. Está facultada para definir las acciones que deben ejecutar la Directiva General y la totalidad del gobierno interno. Es una instancia de concertación y evaluación para la toma de decisiones de manera unificada a la que se convoca a los mamos, autoridades regionales, autoridades mayores, delegados

105 Giraldo, Natalia, *Camino en espiral*, Universidad de Caldas, Manizales, 2014.

y personal con actividades específicas dentro de la comunidad. Allí se toman además los correctivos y las medidas necesarias para mantener del orden y el equilibrio dentro del territorio.

La Directiva General conforma el gobierno como tal y debe funcionar de manera unificada para la ejecución de las acciones encomendadas por la Asamblea y los mamos. Ninguno de los miembros de esta instancia debe tomar decisiones o ejecutar acciones de manera personal frente a los temas trascendentales que afecten al pueblo arhuaco. Sus miembros deben mantener las convicciones tradicionales (hablar la lengua iku, portar el vestido propio, conocer la cultura, la historia, las políticas y las problemáticas propias y cumplir con las normas ancestrales), deben tener reconocimiento dentro de la comunidad, demostrar voluntad, espíritu para liderar y sentido de pertenencia, son además los encargados de la representación externa ante la sociedad no indígena. La Directiva General está conformada por el cabildo gobernador, quien es el representante legal; el secretario general; el tesorero general; el fiscal general; los delegados de zona y las autoridades centrales de Nabusímake, quienes convocan y presiden la Asamblea General.

El cargo de cabildo gobernador es el centro de las autoridades civiles tradicionales, por ello debe ser ocupado por alguien que además de poseer un conocimiento tal del mundo político civil que le permita integrarse en el mundo exterior, no pierda la visión arhuaca tradicional del mundo, sea fiel a sus tradiciones y sigua firmemente las indicaciones de los mamos. Todas estas autoridades constituyen una especie de gobierno cuya función principal es aquella de gestionar las relaciones con el Gobierno Nacional y las autoridades departamentales y municipales y de mantener el contacto con la sociedad civil. La relación entre las autoridades civiles y las autoridades tradicionales es estrechísima, a tal punto que las primeras no pueden ni deben tomar decisiones sin antes haber consultado y tener la aprobación de las segundas y haber realizado los rituales y pagamentos necesarios.

Para elección de las autoridades se postulan aquellas personas que hayan ejercido liderazgo en la comunidad, posteriormente el mamo, acompañado por el comisario, los cabildos, y el secretario, analiza espiritualmente a la persona durante el tiempo que los Padres Espirituales determinen y la prepara para que adquiera responsabilidades y compromisos en el plano espiritual que le permitan ejercer sus funciones de manera correcta. El periodo de gobierno es de cuatro años, cumplidos los cuales la misma directiva debe convocar una asamblea general para la entrega oficial de los cargos y rendir informe sobre su gestión[106].

---

106 Proyecto final Plan Salvaguarda Iku, Nabusímake, 2015, pp. 48-60 e información tomada durante el trabajo de campo.

Las autoridades centrales hacen referencia a aquellas de los cinco centros principales del resguardo arhuaco, que son Nabusímake, Jewrwa, Kunkawarwa, Simunurwa y Gun Aruwun; estas son las encargadas de orientar a las autoridades regionales de su zona de influencia y se componen de cabildo, comisario, secretario, cabo, semanero mayor y semaneros menores en cada uno de los centros. Por su parte, las autoridades regionales son las que soportan y materializan los acuerdos y decisiones que se toman en los espacios de gobierno con el apoyo de la comunidad, hombres, mujeres y jóvenes. Son líderes que mantienen la cultura y están facultados para transmitir sus ideas en los escenarios públicos con el fin de contribuir al mejoramiento de la organización; y también están compuestas por cabildo, comisario, secretario, cabo, semanero mayor y semaneros menores regionales[107].

Junto a la estructura de gobierno se encuentran además las llamadas *autoridades mayores*, que son personas que tienen una trayectoria importante en el ámbito interno (por ejemplo, ex cabildos gobernadores), porque han acompañando y orientando diferentes procesos llevando la vocería en las asambleas y ante los mamos. Son reconocidos y legitimados como asesores internos que sirven de apoyo a la directiva y a las autoridades regionales y son figuras que se han convertido en guías para la defensa de la identidad cultural y para el cumplimiento de las normas internas. Están facultados para aconsejar, recomendar, acompañar, enseñar y direccionar los procesos relacionados con la organización y la permanencia del pueblo arhuaco[108].

Si bien la mayoría de los cargos directivos está ocupada por hombres y en general los mamos también lo son, la mujer desempeña un papel fundamental. En la cosmovisión iku simbólicamente la mujer representa a la Madre Tierra, Seynekun, en ella se origina la vida y ella garantiza la existencia de todos los elementos de la naturaleza, la mujer es portadora de vida y madre de la humanidad, el hombre representa al árbol y el árbol está sostenido por la tierra, lo cual significa que el hombre depende de la mujer, ésta sostiene y le da fortaleza al hombre[109].

---

107 Entrevista a Ana Ilba Torres, Bogotá, 14 de mayo de 2015.

108 Cit. ibídem.

109 En Proyecto final de Plan Salvaguarda Iku, Nabusímake, 2015, p. 60: "Estando en el espacio terrenal, nosotras las Zakus (madres) representamos el principio femenino de todo lo que existe en el universo, porque para que exista la vida, siempre deben estar los dos géneros. Entonces, con toda claridad sabemos que el ser mujer no es un asunto de género sino un desarrollo cultural que está plasmado en el territorio de la Sierra Nevada de Santa Marta. Nosotras somos la simbología de las lagunas que las llamamos 'Atys'. Las aguas del mundo que alimenta la humanidad y todos los seres sin discriminación; representamos también la luna que refresca el tiempo en sus horas asignadas; somos la semejanza de la tierra porque también multiplicamos las semillas humanas y cuando traemos hijos e hijas al mundo

El gobierno se ejecuta desde unos espacios muy particulares dentro del territorio donde están contenidos el conocimiento y la normatividad de la Ley de Origen, estos lugares se conocen en lengua iku como *Ka'dukwu* y desde allí los mamos emiten los lineamientos para la organización y gobierno de la comunidad, basados en el compromiso individual y colectivo de proteger y garantizar la permanencia de la identidad cultural dentro del territorio ancestral. Además, se desarrolla en las ya mencionadas *kankurwas*.

De esta manera, la organización política del pueblo iku se estructura desde los *Ka'dukwus*, las *kankurwas* y las oficinas de la Confederación Indígena Tayrona, que tiene una función más de comunicación externa que de gobierno interior, éste se da principalmente en los dos primeros y en Nabusímake, donde se reúne periódicamente la Asamblea General.

Por último, dentro del ámbito de la cosmovisión arhuaca, vale la pena explicar el concepto de economía. Para los iku el término 'economía' hace referencia al hecho de vivir en comunidad, vivir en armonía y equilibrio con los ciclos de la Madre Tierra, del cosmos y de la vida misma. La Madre Tierra es el sustento de la humanidad, razón por la cual no puede ser utilizada para enriquecerse, por el contrario, se debe conservar y proteger la naturaleza y los recursos naturales, y consumir solo lo necesario para la supervivencia de las familias y de la comunidad en general, manteniendo el equilibrio mediante la retribución espiritual a la naturaleza por los bienes y servicios prestados a través del pagamento. Por otra parte, cuando se habla de economía propia, se hace referencia al alimento en un sentido amplio: alimento para la tierra en forma de pagamentos, alimento para los ancestros en forma de trabajos espirituales durante las ceremonias, alimento para el cuerpo tomado de la naturaleza y la retribución por él. Todos estos alimentos son indispensables para mantener la salud material, espiritual, cultural y el bienestar social[110] y cada uno de ellos tiene un tiempo específico en el calendario, de acuerdo a la Ley de Origen[111].

---

terrenal sabemos con claridad que la educación, la salud, la cultura, el conocimiento y la sabiduría le tenemos preparado su bienestar para el futuro sin esperar el apoyo de otros. […] Como mujer y como madre tenemos toda la fuerza espiritual para sostener al hombre, el gakunamu y el kunsamu, porque somos madres de ellos. Nosotras tenemos el poder de engendrar y procrear, dar parto a un ser (niños y niñas) y criar para que cumpla con su misión de proteger, conservar y cuidar la cultura y su territorio de acuerdo a su fuerza natural hasta cumplir toda el ciclo de la vida (nacer, crecer, reproducir y morir)".

110 En el saber ancestral iku, el cuerpo humano es un templo que representa la variedad de alimentos que la Madre Tierra ofrece en los distintos pisos térmicos y de allí se derivan las distintas exigencias nutricionales de aquel. Los alimentos propios son generadores de vida y portadores de sabiduría y cada uno de ellos, ya sea tubérculo, fruta o grano representa una parte del cuerpo.

111 Proyecto final de Plan Salvaguarda Iku, Nabusímake, 2015, pp. 78-79.

El concepto no indígena de economía no tiene cabida en la lógica de la naturaleza, no existe una relación entre los recursos naturales y la moneda, para el arhuaco la economía hace referencia a una interacción constante entre los distintos seres que habitan el universo y los pagamentos, que permite la autosuficiencia, la autonomía alimentaria y el trueque entre las comunidades, así como la preservación, producción e intercambio de semillas propias, la elaboración artesanal de los tejidos y la aplicación de la sabiduría agropecuaria y ambiental derivada del conocimiento ancestral. De esta manera, el reto actual es volver a ser una comunidad autosuficiente en materia de alimentos, vestido y medicina tradicional, dejando atrás la dependencia frente a los no indígenas y manteniendo el buen uso y manejo sostenible de los recursos naturales[112].

IV. SITUACIÓN ACTUAL DEL PUEBLO IKU Y DIFICULTADES MÁS SIGNIFICATIVAS QUE ENFRENTAN

Una vez vistas las características más importantes de los iku es posible comenzar a analizar cuáles son las situaciones que actualmente más los afectan para así empezar a comprender los daños de los que han sido víctimas, no sin antes recordar que a partir de 1991 la Constitución Política de Colombia elevó a rango constitucional el reconocimiento y respeto de los pueblos indígenas y sus derechos. Tanto la Carta Política, las leyes y decretos internos como diversos tratados internacionales y la jurisprudencia de la Corte Constitucional han tutelado los derechos fundamentales de los pueblos indígenas, entre ellos el derecho al territorio; a la autonomía política, cultural y territorial; a la justicia propia; a la participación a través de la consulta previa; al respeto de su cosmogonía y a sus territorios ancestrales reconocidos o no como resguardos; al derecho de las comunidades a la supervivencia como grupo diferenciado; a la propiedad de sus tierras y a la administración de los recursos naturales que existen en ellas; al autogobierno y a la identidad e integridad cultural, tal y como se verá en el siguiente capítulo.

De este modo, por una parte, las autoridades indígenas están facultadas para ejercer funciones públicas, legislativas, administrativas y jurisdiccionales en sus territorios, siguiendo sus propias normas, procedimientos y costumbres; y por otra, el Estado colombiano tiene el deber de promover las condiciones para que se respeten todos los derechos anteriormente mencionados, de manera que

---

112 Entrevista a Gelver Zapata, Jairo Torres y algunos mamos, Sierra Nevada, 25 de abril de 2016.

todos reciban la misma protección por parte de las autoridades y gocen de las mismas libertades y garantías. Todo lo anterior ha facilitado enormemente la conservación de la cultura y de la comunidad en sí misma, aunque en la realidad no se haya alcanzado aún el escenario ideal que es aquel de la recuperación de todo el territorio ancestral y su protección absoluta en manos exclusivas de los mamos y las autoridades indígenas, con intervenciones esporádicas del Estado cuando sean absolutamente necesarias.

Así, si bien se han logrado avances en la legislación nacional e internacional en materia indígena, aún falta camino por recorrer. La comunidad iku se encuentra en un territorio de características tales que genera que en él confluyan intereses de diversa índole. Sus integrantes han tenido que enfrentarse a lo largo de la historia, y tienen que enfrentarse aún en la actualidad, a diversos problemas que afectan directamente su rutina diaria, sus valores, su visión del mundo y su conservación y subsistencia. Vale la pena resaltar en todo caso que el CTC[113] se ha encargado de sacar adelante varios proyectos importantes de la mano con el Gobierno Nacional, relativos a programas de educación bilingüe y bicultural, conformación de entidades de salud donde se provean servicios médicos tanto indígenas como no indígenas, negativa de instalación de fluido eléctrico en los resguardos, prohibición del ingreso de iglesias y cultos diferentes de los propios (principalmente cristianos), entre otros; pero aún así falta mucho por lograr y las expectativas de la comunidad aún están lejos de concretarse en su totalidad.

Los inconvenientes de mayor envergadura en materia de violación de derechos de los indígenas y sus comunidades provienen, en primer lugar, de la violencia y del conflicto armado que ha vivido Colombia y de la dificultad que tienen para lograr que sus territorios sean respetados y permanezcan libres de las intervenciones del "hermano menor"; en segundo lugar, se han visto afectados por otro tipo de problemas atinentes a la evangelización religiosa, la salud, la educación y el saneamiento de necesidades básicas tales como electricidad, acueducto y alcantarillado, entre otras. Sin embargo, habida consideración de que el objetivo fundamental de esta investigación es el estudio del daño causado por la violación del derecho al territorio a través del mecanismo de consulta previa y la reparación de aquel, se analizarán a fondo las problemáticas relacionadas con dicho tema, no sin antes presentar un panorama general de las otras que los aquejan.

---

113 Consejo Territorial de Cabildos.

A. El conflicto armado colombiano y su impacto en la comunidad iku

Frente al conflicto armado interno que se vive en Colombia desde hace más de cincuenta años,

> Los pueblos indígenas reclamamos legítimamente nuestros derechos ancestrales e históricos, los cuales están reconocidos por el sistema universal de los derechos humanos y el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo. Con la promulgación de la Constitución Política de 1991, que reconoce y protege los derechos fundamentales como es el reconocimiento a un territorio ancestral, hacemos mención de esta legislación para recordar que no se trata de una simple confrontación entre culturas diferentes, sino que es una imperiosa necesidad de reconciliación entre todos los colombianos, para lo cual es importante tener en cuenta los procesos, conceptos y reconocimientos que hemos hecho a la hora de construir un país más justo como el que trata de dibujarse en la Carta Magna.
>
> En este sentido, es de toda legitimidad que se garantice la integridad de la población indígena, evitando la profanación de los territorios según la cosmovisión ante la presencia de actores armados legales e ilegales generando acciones contrarias a la tranquilidad, la armonía y la convivencia pacífica, originada por la confrontación armada, el posicionamiento geopolítico de los mismos que han conducido a muchos actos de impunidad, pérdida del territorio, pérdida de nuestros legítimos representantes, afectando de manera directa a la población indígena en general mediante el reclutamiento forzoso, señalamiento, amenazas, crímenes, intimidación y otras formas de represión, de ahí que nos demos a la tarea de buscar caminos que conduzcan al reconocimiento real de nuestros derechos que han sido violentados y vulnerados[114].

El conflicto armado que ha flagelado a Colombia por tantos años es uno de los inconvenientes más graves que ha tenido que afrontar la comunidad arhuaca, y aunque la situación ha mejorado sustancialmente, no es todavía un punto superado.

A raíz de la violencia y el terror, los pueblos indígenas de la Sierra vieron limitada su libertad, perdieron a varios de sus hombres y parte de su territorio y su hábitat ancestral se convirtió en un centro de operaciones ilícitas, extorsión, homicidio, secuestro y desapariciones forzadas[115]. La presencia de guerrilla,

---

114 Declaración del pueblo arhuaco ante la difícil situación que afronta el pueblo nasa, disponible en [http://anterior.nasaacin.org/index.php/informativo-nasaacin/contexto-colombiano/4449-declaracion-del-pueblo-arhuaco-ante-la-dificil-situacion-que-afronta-el-pueblo-nasa], consultado el 5 de noviembre de 2015.

115 Corte Constitucional, auto 004 de 2009.

paramilitares, e incluso del ejército, convirtió la Sierra Nevada de Santa Marta en un campo de batalla en medio del cual se encontraban los indígenas.

Los iku desde un principio se declararon neutrales frente al conflicto armado colombiano y por ende debían ser ajenos a los combates, a la presencia masiva de militares, paramilitares, guerrilleros y a convertirse en víctimas de homicidio o desaparición forzada por el hecho de no apoyar a una u otra parte[116]. Frente a esta situación la comunidad arhuaca reaccionó siempre de manera pacífica tratando de conservar sus tradiciones y de impedir que la situación de orden público del país afectara sus costumbres; para ellos lo importante era, y sigue siendo, mantener sus principios y valores alejados de la violencia, cumpliendo así con la Ley de Origen, a través de una resistencia activa pero pacífica y de la organización de las autoridades internas para tomar decisiones a través de la consulta que hacen los mamos a sus divinidades[117].

En efecto, la manera en la que los arhuacos han conservado su cultura y se han enfrentado a esas situaciones adversas ha sido, principalmente, a través de la memoria histórica y de la resistencia pacífica. Han sorteado los problemas aferrándose a sus creencias y evocando su espiritualidad y misticismo, sin acudir a la violencia, a través de innumerables "trabajos" y pagamentos realizados para subsanar, en la mayor medida posible, los daños que el conflicto armado les ha causado; y se han defendido siguiendo el principio arhuaco de la no violencia con el fin de contener el avance de esta y preservar su cultura[118]. En los casos más graves su reacción ha sido unirse, de la manera más intensa posible, para alejar

---

116 Aún hoy la comunidad indígena arhuaca sigue luchando para obtener justicia tras el homicidio de tres de sus líderes espirituales más importantes ocurrido hace más de 20 años a manos del Ejército Nacional sin haber obtenido ningún tipo de respuesta o acción por parte del Estado.

117 La Confederación Indígena Tayrona ha expresado: "Haciendo uso de ese revestimiento moral, manifestamos nuestro rotundo rechazo a la forma de pretender resolver los conflictos históricos, sociales, económicos, políticos y culturales, de la sociedad y los pueblos a través de la confrontación armada en nuestros territorios y sobre todo involucrándonos en una situación de alto riesgo y vulnerabilidad para nuestra manera de ser y de mirar el Mundo, y para la preservación de nuestro territorio. […] Tal como lo hemos manifestado en anteriores ocasiones, hacemos un llamado al diálogo a los grupos armados y al gobierno, para que se busque una fórmula de arreglo a los conflictos que nos han traído a la Sierra, o si por el contrario no hay disposición para un arreglo, de la misma manera como nos trajeron el conflicto que se lo lleven para otra parte y que en todo caso se respete nuestra paz, y que nuestro territorio sagrado no siga siendo manchado con sangre de inocentes". Véase también ONIC, *Mandato político general de los pueblos indígenas de Colombia*, artículos 86-88, Bogotá, 2013.

118 La presencia de los grupos armados es un enorme obstáculo para la relación que debería fluir entre los arhuacos y la tierra en la que viven. Su reacción contra la violencia está representada en rezos y pagamentos que hacen constantemente para limpiar la sangre que se derrama en la tierra; afirman que no es tarea de ellos bajo ninguna circunstancia reaccionar con violencia ante la violencia sino todo lo contrario, contrarrestarla a través de sacrificios para restaurar la armonía.

guerrilleros, paramilitares y ejército de sus territorios y sitios sagrados, a través del diálogo y el establecimiento de acuerdos; ello, sin embargo, muchas veces ha fracasado y han debido soportar la pérdida de muchos de sus miembros[119].

La guerrilla de las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC) hizo incursión en la Sierra aproximadamente entre 1984 y 1985 mostrándose como un grupo dispuesto a luchar por los intereses de los pueblos indígenas[120]. Sin embargo, no fue necesario esperar mucho tiempo para que se hiciera evidente la naturaleza de este grupo armado al margen de la ley, cuando empezaron a cometer abusos, amenazas y homicidios contra los indígenas de la región y a reclutar a sus menores convenciéndolos de que con ellos tendrían una vida mejor. En el año 2000, un bloque guerrillero se instaló definitivamente en un asentamiento arhuaco exigiendo de ellos que les vendieran alimentos y les colaboraran ante cualquier petición so pena de muerte; la comunidad se negó, de manera que la guerrilla simplemente empezó a tomar lo que necesitaba amenazando a la población con sus armas y al tiempo seguía reclutando jóvenes indígenas bajo engaño para después matarlos o dejarlos morir a manos del ejército[121].

En los años noventa se establecieron también allí grupos del Ejército de Liberación Nacional (ELN) y se dio inicio a la guerra entre estos grupos guerrilleros y las Fuerzas Militares que se desplazaban a la zona para combatirlos, en ocasiones, incluso, con la idea de que los iku eran colaboradores de la guerrilla, sin tener en cuenta que lo que estaba ocurriendo era que estaban obligados a tenerla en su territorio porque no tenían forma de sacarla de allí, solo sus rezos y pagamentos.

En enero de 2005 la comunidad se reunió y se tomó la decisión de enfrentar a la guerrilla a través de la palabra y la resistencia. De esta manera, se desplazaron todos (hombres, mujeres y niños) hasta el lugar donde ésta se encontraba, pidiéndole que abandonara sus tierras. La reacción del grupo armado fue, simplemente, la de indicar que no lo harían y que, por el contrario, estaban llegando muchos más hombres como refuerzo. Pese a lo anterior, las comunidades persistieron, y después de muchos esfuerzos, en marzo del mismo año, lograron una reunión con comandantes tanto del ELN como de las FARC, les explicaron sus inconformidades, relacionadas principalmente con el señalamiento y las amenazas contra

---

119 Entrevista a Gelver Zapata, Valledupar, 22 de abril de 2016.

120 URIBE, CARLOS ALBERTO, JARAMILLO, ORLANDO, VÁZQUEZ, SOCORRO y CORREA, HERNÁN DARÍO, *Geografía humana de Colombia, nordeste indígena*, tomo II, Instituto Colombiano de Cultura Hispánica, Bogotá, 1992, pp. 71-74.

121 RODRÍGUEZ, GLORIA AMPARO, *La consulta previa, un derecho fundamental de los pueblos indígenas y grupos étnicos de Colombia*, Grupo Semillas, Bogotá, 2008, pp. 36-37.

las autoridades arhuacas, la muerte y desaparición de varios de sus miembros, el apoyo a prófugos de la justicia y sectas religiosas, la realización de entierros de sus víctimas y profanación de lugares sagrados, la violación de mujeres, el atropello y reclutamiento a los jóvenes y el saqueo del territorio. Ambos grupos reconocieron que los iku tenían razones para reclamar y se comprometieron a marcharse de manera paulatina, cosa que no sucedió sino, por el contrario, se mantuvieron allí y continuaron sus ataques durante todo el 2005 y el 2006[122].

Por otra parte, por si no fuera suficiente con la guerrilla, las Autodefensas Unidas de Colombia (AUC) también empezaron a hacer presencia en estos territorios, aproximadamente a partir de 1999. Para esta época, los iku estaban adelantando diálogos con los colonos de la zona con el fin de recuperar parte de su tierra, pero dichas conversaciones fueron truncadas con el arribo de este grupo armado, que hizo desaparecer a la mayoría de aquellos colonos. Las AUC ingresaron haciéndose pasar por miembros del ELN e inmediatamente iniciaron las amenazas contra los indígenas ya que los consideraban colaboradores de la guerrilla. En el año 2001 había tres campamentos paramilitares y una hacienda ocupada por ellos, donde se realizaban todo tipo de torturas y atrocidades además de fiestas y espectáculos musicales. Ya para el 2004 habían logrado que la movilización en la Sierra fuera muy difícil y peligrosa (principalmente en el departamento del Cesar) así como el ingreso de alimentos, medicinas y bienes de primera necesidad; seguían además aumentando los homicidios y las inimaginables torturas contra la comunidad arhuaca[123].

No bastarían las páginas para describir todo lo que sucedió en la Sierra Nevada de Santa Marta durante los años más duros del conflicto (2000-2005). Cuando se les pregunta a los iku por este periodo, jóvenes y viejos están de acuerdo en que ha sido la época más difícil que han tenido que vivir. Diariamente había uno o más muertos ya fuera en zona rural o en cercanías de las ciudades y los municipios; todos recuerdan haber tenido encuentros con jefes paramilitares y guerrilleros reconocidos en todo el país; se cuentan anécdotas relacionadas con cómo tenían que luchar para salvar sus vidas, siendo personas que por lo general no están armadas más que con sus instrumentos de trabajo y sus palabras.

Se cuenta, por ejemplo, que durante esta época en la comunidad indígena kankuama fueron asesinadas más de 300 personas solo por el hecho de llevar el apellido Arias, ya que un hombre con este apellido al parecer era colaborador de la guerrilla (este caso ha sido objeto de medidas cautelares de la Corte Inter-

122 Entrevista a Gelver Zapata, Sierra Nevada de Santa Marta, 23 de abril de 2016.
123 Entrevista a Gelver Zapata, Valledupar, 22 de abril de 2016.

americana de Derechos Humanos[124]); que los grupos ilegales robaban su comida, asesinaban indistintamente hombres, mujeres y niños, secuestraban personal civil que venía a ayudarles con asuntos de importancia para ellos, llevaban a cabo actos de tortura como colgar indígenas de un árbol y poner bajo sus pies leña rociada de gasolina, advirtiéndoles que si no aceptaban ser colaboradores de la guerrilla serían quemados vivos. Todo lo anterior con la anuencia de los alcaldes y gobernadores de turno, quienes en gran medida se encuentran hoy privados de la libertad o muertos[125].

Además, más allá de la presencia de grupos ilegales autores de todo tipo de violaciones, la población indígena de la Sierra Nevada de Santa Marta fue afectada también por la instalación, sin consulta previa[126], de una base militar, perteneciente específicamente a la Décima Brigada Blindada del Ejército Nacional, encargada de contrarrestar los ataques de los grupos ilegales en esta zona de la Sierra (departamentos del Cesar y La Guajira). La presencia del Ejército no solo fue vista como una violación de su territorio sino que, además, tristemente en ocasiones la misma Fuerza Pública llevaba a cabo prácticas iguales o peores a aquellas de la guerrilla y los paramilitares, principalmente en materia de los conocidos como "falsos positivos"[127] con indígenas, prostitución forzada y violencia sexual de mujeres y niñas indígenas, simulación de vínculos

---

124 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Medidas provisionales solicitadas por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos respecto de la República de Colombia, Caso Pueblo Indígena Kankuamo, 3 de abril de 2009.

125 Entrevista a Gelver Zapata, Valledupar, 22 de abril de 2016: El líder arhuaco Gelver Zapata en Valledupar, quien tuvo personalmente que vivir el conflicto armado colombiano y enfrentarse a diversos ataques de la guerrilla de las FARC, a las AUC y al Ejército Nacional, corriendo peligro su propia vida al tratar de defender a su comunidad.

126 El Heraldo, 25 de noviembre de 2012: "En 1962 el gobierno impuso la construcción de una torre de televisión en el cerro Alguacil o Inarwa, su sitio sagrado. Allí se estableció una base del Ejército para imponer a los indígenas la obra. También se construyó una carretera en territorio indígena que abrió el camino a la colonización masiva y hasta hoy ha sido un perjuicio al territorio indígena. […] La ocupación militar está enriquecida, lamentablemente, de actos ilícitos, atropellos e impunidad. Ocupación a la que se le ha querido dar todas las formas de legalidad posible y que empezó con un cesión ilícita por parte del Municipio de Valledupar mediante Escritura Pública 104 de fecha 25 de febrero de 1965, la que desconoció prescripciones legales existentes y vigentes desde antes de la suscripción de dicho documento. Regalo que después de 13 años elevaron a matrícula inmobiliaria el 13 de enero de 1978 cuando se registró la Escritura Pública de cesión y que dio origen al folio de matrícula inmobiliaria 190-2088 de la Oficina de Registro e Instrumentos Públicos de Valledupar", disponible en [www.elheraldo.co/blogs/arhuacos-caminan-seguros-en-pos-de-inarwa-90712].
En el siguiente capítulo se mencionarán los recientes avances que se han producido frente al caso de la ocupación del cerro Iarwa, ya que, durante el mes de marzo de 2016 la Corte Constitucional ordenó al Ejército la desocupación del mismo y a todas las empresas de telefonía móvil y electricidad, el retiro de todas sus antenas.

127 Eufemismo con el que se hace referencia a personas muertas durante combates entre Ejército y

sentimentales con ellas como táctica bélica y utilización de los indígenas como informantes sobre la presencia de grupos ilegales.

Durante los peores años del conflicto, la respuesta y protección del Estado fue bastante escasa ya que se resumía en la presencia de las Fuerzas Militares, que, como se dijo, trajeron más problemas que ayuda. Sin embargo, la desmovilización de las Autodefensas Unidas de Colombia, finalizada en el año 2006, contribuyó enormemente en la disminución de la magnitud del conflicto en la Sierra Nevada de Santa Marta y en la merma de los controles territoriales y la presión a las comunidades indígenas para forzarlas a realizar comportamientos contrarios a su pensamiento.

Por su parte, de gran ayuda fueron los pronunciamientos de la Corte Constitucional y las órdenes impartidas por ésta para restablecer la normalidad en la Sierra. El pronunciamiento más importante fue tal vez el auto 004 de 2009, emitido para la protección de derechos fundamentales de personas indígenas desplazadas por el conflicto armado, en el marco de la superación del estado de cosas inconstitucional declarado en la sentencia T-025/04, en el que dicho tribunal declaró que los pueblos indígenas "están en peligro de ser exterminados cultural o físicamente por el conflicto armado interno y han sido víctimas de gravísimas violaciones de sus derechos fundamentales individuales y colectivos y del derecho internacional humanitario".

En el año 2004 se interpuso una acción de tutela en la que se pretendía la protección de los derechos de quienes fueron víctimas de desplazamiento forzado a raíz del conflicto armado colombiano. Tras un análisis detallado de las demandas y de las pruebas solicitadas, la Corte Constitucional verificó la grave situación de vulnerabilidad de la población desplazada, lo cual la llevó a concluir que en materia de desplazamiento se estaba presentando en el país un estado de cosas inconstitucional y ordenó proteger los derechos de aquella. Indicó que el Estado debía adoptar todas las medidas necesarias para proteger los derechos fundamentales mínimos de toda la población y emitió dos clases de órdenes para corregir la situación de las personas desplazadas: órdenes de ejecución simple (de abstención o de acción), que podían ser ejecutadas por una autoridad o entidad determinada, y órdenes complejas, que exigían procesos de ejecución, que involucraban a varias autoridades y entidades que debían trabajar de manera coordinada[128].

---

grupos armados ilegales, que el primero hace pasar por insurgentes para hacer ver resultados que no son ciertos porque en realidad se trata de civiles.

128 Corte Constitucional colombiana, sentencia T-025 del 22 de enero de 2004, MP Manuel José Cepeda.

Como parte del seguimiento al cumplimiento de las órdenes mencionadas, en el año 2009 la Corte Constitucional se pronunció nuevamente sobre el asunto pero específicamente frente a la protección de los derechos fundamentales de las personas y los pueblos indígenas desplazados por el conflicto armado, a través del auto 004 de dicho año. Aquí hizo un recuento de las amenazas y los daños a los que han estado expuestas las comunidades indígenas en Colombia, y se ocupó de cada una de las más afectadas, entre ellas la arhuaca. Se indicó que no existía duda sobre la forma cruel y sistemática en que los pueblos indígenas han sido víctimas de un conflicto al cual son completamente ajenos, y ante el cual se han declarado neutrales, mientras el Estado y la sociedad continúan hablando de multiculturalidad y respeto de las riquezas étnicas[129].

---

129 Se enunciaron allí algunos factores comunes a todos los pueblos aborígenes como lo son:
– Las confrontaciones que se desenvuelven en territorios indígenas entre los actores armados, sin involucrarlos activamente pero afectándolos en forma directa y manifiesta con incursiones y presencia de grupos armados ilegales en territorios indígenas; una fuerte militarización del territorio por parte de la Fuerza Pública; confrontaciones armadas entre grupos armados ilegales o entre éstos y la Fuerza Pública en sus territorios; ocupación de lugares sagrados por los grupos armados ilegales y por unidades de la Fuerza Pública; instalación de bases militares en territorios indígenas sin consulta previa; instalación de minas antipersonal y abandono de municiones sin explotar en sus territorios, entre otros.
– Los procesos bélicos que involucran activamente a los pueblos y comunidades indígenas en el conflicto armado, como por ejemplo los señalamientos que son la fuente de la mayoría de las violaciones graves de derechos humanos de los pueblos indígenas en el país (se señala a alguien de manera infundada como colaborador del grupo armado opuesto o de la Fuerza Pública, lo que termina en homicidios, amenazas, desapariciones o en "falsos positivos" reportados la Fuerza Pública); el asesinato selectivo de líderes, autoridades tradicionales y miembros reconocidos de las comunidades indígenas; las amenazas, hostigamientos y persecuciones de individuos, familias y comunidades por los actores armados ilegales y por algunos miembros individuales de la Fuerza Pública; los confinamientos de familias y comunidades enteras, por las guerrillas, los grupos paramilitares, o por virtud de la presencia de minas antipersona; los controles sobre la movilidad de personas, alimentos, medicamentos, combustibles, bienes y servicios básicos y ayuda humanitaria de emergencia, por los actores armados ilegales y, en ocasiones, por miembros de la Fuerza Pública; el reclutamiento forzado de menores, jóvenes y miembros de la comunidad por actores armados irregulares; la apropiación y hurto de bienes de subsistencia de las comunidades (cultivos, productos, animales, insumos básicos) por los actores armados ilegales y en algunos casos por la Fuerza Pública; la prostitución forzada, violencia sexual y enamoramiento de mujeres y jóvenes indígenas como táctica bélica y el homicidio, amenaza y hostigamiento de maestros, promotores de salud y defensores de los derechos de los indígenas por los actores armados irregulares; entre muchos otros.
– Los procesos territoriales y socioeconómicos conexos al conflicto armado como lo son, el despojo territorial simple por parte de actores armados con intereses económicos sobre las tierras y recursos naturales de propiedad de las comunidades indígenas; el desarrollo de actividades económicas ilícitas en territorios indígenas, especialmente la presencia creciente y registrada de cultivos ilícitos y el desarrollo dentro de sus territorios de distintas actividades vinculadas al narcotráfico, o la explotación minera irregular; y las fumigaciones de cultivos ilícitos sin el lleno de los requisitos de consulta previa con efectos indiscriminados tanto sobre los cultivos lícitos de subsistencia de las comunidades como sobre el hábitat en general.

En cuanto a la situación de los pueblos indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta, la Corte presentó un diagnóstico del que se puede recabar información muy precisa relativa a los homicidios, masacres y desapariciones, entre otros.

> […] Según el diagnóstico de las autoridades del pueblo arhuaco, en el ámbito de los derechos humanos, los hechos de mayor gravedad y recurrencia que han golpeado a esta etnia son: (a) despojo del territorio tradicional por los grupos armados ilegales; (b) presencia de grupos armados en su territorio, y control basado en la intimidación; (c) restricción alimentaria, apropiación de los alimentos, productos agrícolas y ganado de los indígenas por parte de los grupos armados, que generan inseguridad alimentaria y un mayor recurso a la cacería, afectando el medio ambiente; (d) irrespeto a las autoridades indígenas e imposición de pautas de comportamiento o restricción de las prácticas propias por los grupos armados; (e) asesinatos selectivos de autoridades tradicionales arhuacas, en particular denuncian un crimen que habría sido cometido en 1990 por las Fuerzas Armadas y que sigue en la impunidad; (f) asesinatos de indígenas arhuacos por señalamiento, en el marco del conflicto, por las tres partes enfrentadas; (g) reclutamiento forzado y voluntario de indígenas por los grupos armados ilegales; (h) restricción de la movilidad, intimidación de la población y riesgos generados por la presencia de actores armados en la Sierra, con porte de armas y uso del territorio para secuestros; (i) bombardeos por el Ejército en territorio indígena en desarrollo de operaciones contrainsurgentes, que han afectado sus asentamientos; (j) bloqueo por los actores armados al desarrollo de sus economías colectivas, al impedir el comercio e intercambio de productos, acabando con las cooperativas indígenas; también por extorsión a los productores y comerciantes, y control a los transportadores; y (k) la exigencia de las Fuerzas Armadas de que los indígenas porten una certificación sobre su condición de indígenas, expedida por las autoridades, y maltratos a los que no la llevan. Una de las denuncias más frecuentes de los miembros de este pueblo se refiere al reclutamiento forzado de miembros de la comunidad. También se denuncia el involucramiento en el conflicto de algunos miembros de la comunidad por guerrillas y paramilitares en tanto informantes, guías y traductores, sea mediante dinero o mediante amenazas.
>
> En general, se denuncia la interferencia constante de los grupos armados en las formas culturales propias de los arhuaco y los kogui, y ejercicio de control arbitrario sobre sus prácticas culturales propias […].

Se concluyó que existe un factor que ha hecho que las comunidades indígenas sean particularmente vulnerables al conflicto armado y es su situación ante la tierra ya que ni la titulación formal de tierras ni la constitución de resguardos les garantizan la posesión material de la misma. Pero además, el conflicto armado genera la imposibilidad de movilizarse libremente por el territorio con lo que se afecta el trabajo colectivo y las mecánicas culturales, se afecta la educación por la ocupación de las escuelas y el asesinato o intimidación de los maestros, se impide la prestación del servicio de salud por las intimidaciones y señalamientos, y sobre todo se afecta gravemente la cultura ya que, la pérdida de control sobre el territorio deteriora procesos de construcción de identidad, los sistemas internos de autonomía, control y gobierno, los circuitos de producción y las dinámicas ancestrales propias.

Tras este análisis, la Corte Constitucional ordenó que todas las entidades del Estado de alguna manera vinculadas con la protección de los derechos de los pueblos indígenas diseñaran e implementaran, dentro de sus respectivas órbitas de competencia, un Programa de Garantía de los Derechos de los Pueblos Indígenas Afectados por el Desplazamiento, dentro del término de seis meses a partir de la notificación del auto.

En segundo lugar, ordenó la formulación e implementación de planes de salvaguarda étnica ante el conflicto armado y el desplazamiento forzado para cada uno de los pueblos identificados en la providencia, entre ellos los cuatro pueblos de la Sierra Nevada de Santa Marta. Cada plan de salvaguarda debía ser consultado de antemano con las autoridades de cada una de las etnias beneficiarias, debía contener tanto un elemento de prevención del impacto del conflicto armado y del desplazamiento forzado sobre el pueblo indígena respectivo como un elemento de atención efectiva y diferencial a las personas desplazadas; y atender a los derechos fundamentales de las víctimas de los crímenes a la justicia, la verdad, la reparación y las garantías de no repetición.

Posteriormente, la Corte Constitucional volvió a pronunciarse sobre la afectación diferencial de los pueblos indígenas por el conflicto armado en la sentencia T-010 de 2015, donde se recordó que tanto la Constitución Política de 1991 como el Convenio 169 de la OIT reconocen la diversidad étnica y cultural, el deber de no discriminación en razón de la pertenencia a determinada comunidad, un deber positivo de protección de estas por parte del Estado mediante la inclusión de medidas que promuevan la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de esos pueblos, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres, tradiciones e instituciones. Se indicó además que a las comunidades indígenas se les debe aplicar un principio de enfoque étnico diferencial, el cual tiene que ver con la diversidad étnica y cultural, que tenga en cuenta las particularidades especiales que caracterizan a determinados grupos étnicos y el multiculturalismo y brinde una protección diferenciada basada en las situaciones específicas de vulnerabilidad.

En Colombia este principio se encuentra desarrollado en el Decreto-Ley 4633 de 2011, en el que se indica, en primer lugar, que todo tipo de medidas de atención, reparación y restitución que tengan que ver con pueblos indígenas deben ser acordes con sus valores y deben respetar el pluralismo étnico; en segundo lugar, que en el marco del conflicto armado son víctimas tanto las comunidades indígenas en tanto sujetos colectivos, como cada uno de sus integrantes considerados de manera individual que hayan sufrido daños como consecuencia de violaciones de normas de derechos humanos, de derechos fundamentales y colectivos, de crímenes de lesa humanidad y de infracciones al derecho interna-

cional humanitario; y, en tercer lugar, que para los pueblos indígenas también el territorio puede ser víctima teniendo en cuenta su cosmovisión y el vínculo que los une con la Madre Tierra.

Se estableció además que en los procesos de esclarecimiento, investigación y actuación administrativa o judicial, así como en las medidas de protección que se tomen, se debe garantizar la participación efectiva de las autoridades indígenas y de las mujeres, las entidades del Estado encargadas de desarrollar y ejecutar estos mecanismos y medidas deben trabajar de manera armónica y respetuosa con las autoridades indígenas. Hasta el momento estos son los avances legislativos y jurisprudenciales en materia de indígenas y conflicto armado[130].

Debe aclararse que, aunque en menor medida, en los territorios de la Sierra aún se vive la violencia pese a los esfuerzos del Estado y de las altas cortes, tanto así que siguen aumentando las solicitudes de medidas cautelares a favor de líderes indígenas que se han visto obligados a acudir al sistema interamericano de derechos humanos para proteger su derecho a la vida e integridad personal[131]; aún hay enfrentamientos entre grupos armados al margen de la ley y Fuerzas Militares; aún hay amenazas permanentes a la seguridad y la vida de las personas; y persiste la impunidad de todos o casi todos los crímenes, todo lo cual constituye una clara violación de su cultura ancestral y del derecho internacional humanitario. Los artículos 14 y 16 del Protocolo II al Convenio de Ginebra de 1949 protegen de las operaciones militares los bienes indispensables para la supervivencia tales como el agua (la Sierra Nevada de Santa Marta provee de agua a diversas poblaciones) y prohíben los actos de hostilidad contra los lugares de culto que son patrimonio espiritual de los pueblos[132].

---

130 Vale la pena mencionar que en materia de violaciones a los derechos humanos y a los derechos de los pueblos indígenas dentro del marco del conflicto armado, la Corte Interamericana de Derechos Humanos también ha proferido un número plural de pronunciamientos importantes. Esta Corte ha conocido aproximadamente de 25 demandas contra Colombia de las cuales sólo 2 están relacionadas con pueblos indígenas: Asunto Pueblo Indígena Kankuamo respecto de Colombia (iniciado en el año 2004 y para el cual se solicitaron medidas cautelares cuya última revisión se dio en el año 2011, caso que se mencionó anteriormente en el que toda persona de apellido Arias era ejecutada por las AUC) y Escué Zapata v. Colombia en el año 2008, en el que el Estado colombiano fue condenado por el homicidio de un líder del resguardo indígena de Jambaló, en el departamento del Cauca, en el año de 1988 a manos del Ejército colombiano sin que ninguna investigación penal tuviera éxito y nunca se condenara a los culpables.

131 Indepaz, Kas Papers n.º 4, septiembre de 2009, disponible en [www.kas.de/wf/doc/kas_17956-544-4-30.pdf], consultado el 23 de noviembre de 2015.

132 Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949, artículo 14: "Protección de los bienes indispensables para la supervivencia de la población civil. Queda prohibido, como método de combate, hacer padecer hambre a las personas civiles. En consecuencia, se prohíbe atacar, destruir, sustraer o inutilizar con ese fin los bienes indispensables para la supervivencia de la población civil, tales

Hay en la actualidad dos grandes preocupaciones en la comunidad: por una parte, el hecho de que aún hay presencia en su territorio de actores armados (tanto guerrilla como nuevos grupos armados derivados de la desmovilización de las AUC y de las FARC), por lo cual las alertas de la población deben mantenerse; y, en segundo lugar, la impunidad en casos gravísimos frente a los que el Estado no se ha pronunciado y no parece estar próximo a hacerlo y que aún no han sido elevados al tribunal internacional.

Uno de los casos más graves, si no el más grave de todos aquellos que han sido consecuencia del conflicto armado en la Sierra Nevada de Santa Marta, es el caso conocido como *el homicidio de los tres líderes*, consistente en el homicidio simultáneo de los tres líderes más importantes que ha tenido la comunidad iku en los últimos tiempos[133]. Han pasado casi veintiséis años y estos crímenes

---

como los artículos alimenticios y las zonas agrícolas que los producen, las cosechas, el ganado, las instalaciones y reservas de agua potable y las obras de riego.
[…]
Artículo 16. Protección de los bienes culturales y de los lugares de culto. Sin perjuicio de las disposiciones de la Convención de La Haya del 14 de mayo de 1954 para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado, queda prohibido cometer actos de hostilidad dirigidos contra los monumentos históricos, las obras de arte o los lugares de culto que constituyen el patrimonio cultural o espiritual de los pueblos, y utilizarlos en apoyo del esfuerzo militar".

133 El ex cabildo gobernador Luis Napoleón Torres, el ex secretario Ángel María Torres y el comisario Huges Chaparro. La Procuraduría Delegada para la Defensa de Derechos Humanos halló como responsables al teniente coronel Duque Izquierdo y al teniente Fernández Ocampo. Este hecho ocurrió en 1990 a manos de la Fuerza Pública y a la fecha aún no ha habido ningún pronunciamiento por parte de la justicia. Se trataba de tres dirigentes arhuacos defensores de las tierras y de la causa indígena. Para comprender la gravedad de su pérdida se citan las siguientes palabras: "[…] Eran nuestros sakukos (cabezas) más queridos y respetados por toda la comunidad. Estos estaban vinculados a nuestros cerros sagrados, al aire y al sol, y como ellos, nos cuidaban y protegían a todos. Los trabajos que ellos impulsaban eran la continuación de lo que en la profundidad de nuestra ciencia tradicional se conoce como la antigua mesa central de los mamos. De allí venía su fuerza […]. Ellos habían tomado esa fuerza de representación y la mantuvieron hasta su muerte. La mesa antigua cuidaba el agua, el aire, el rocío, la luz. Cuando nuestros sakukos actuaban como directiva central llevaban consigo esa representación tradicional, actuaban preparados para defender el mundo, tenían el poder de la mesa antigua […] Nos duele mucho la muerte de nuestros hermanos, es muy difícil de explicar. Tal vez ni sabemos por qué nos duele tanto, la razón debe estar muy profunda en la tradición. Al nacer una criatura ni la madre ni el padre pueden decir que sean dueños de él o ella. Ese espíritu viene de un lugar, un cerro, una laguna o una piedra. Allí pertenece y de allí trae una misión. Por eso los mamos al bautizar, al escoger el nombre tienen que ir a aquellos lugares sagrados que sólo son vistos por ellos y de allí reciben los poderes que se derivan de ese lugar. El nombre tradicional de Luis Napoleón [T]orres era Bunkuanabinguma y el de Ángel María Torres era Bunkuanaringuma. Esos nombres indican un poder espiritual que tiene su origen en Kak Karina, el dueño del mundo y responsable de todo, ellos fueron bautizados allí y en poder derivado de su dueño. Ellos debían hacerse cargo y gobernar lo que hay aquí en la tierra. Ellos dos, Bunkuanabinguma y Bunkuanaringuma, tenían nombres compatibles, compartían el mismo origen y por eso se buscaron, actuaron unidos y hasta la muerte fueron juntos. Habían nacido en el momento del amanecer cuando la luz estaba dándose y por

siguen impunes mientras los iku trabajan día a día para que se haga justicia y se pueda restablecer el orden. Luis Napoleón Torres, Ángel María Torres y Huges Chaparro son para la comunidad arhuaca personajes hasta el momento irremplazables y ha sido imposible encontrar otros guías que logren transmitir el pensamiento de los padres como ellos lo hacían y que logren la aceptación general que ellos tenían[134].

Mediante la sentencia T-364 de 2014 la Corte Constitucional se pronunció frente a este caso y afirmó que la parte actora había demostrado su interés por establecer la verdad y lograr justicia en relación con los hechos sucedidos; y que era evidente que los demandantes habían intentado por diversos medios informar la ocurrencia de graves violaciones a los derechos humanos y señalar a los presuntos responsables.

Por esa razón ordenó revocar la sentencia dictada en segunda instancia el 29 de agosto de 2013 por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia y tutelar el derecho fundamental al debido proceso de los indígenas asesinados, de su núcleo familiar y de la comunidad y, en consecuencia, ordenar a la Fiscalía Sexta Especializada de la Dirección de Fiscalías Nacionales Especializadas de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, reactivar el proceso con el fin de que se realizaran seriamente las debidas investigaciones y se rehiciera la actuación con base en el respeto a los derechos humanos y las garantías fundamentales. Sin embargo, hasta el momento no se conoce ningún avance[135].

B. Las carencias en materia de educación, salud y servicios públicos domiciliarios

En segundo lugar, antes de entrar a analizar los asuntos territoriales, se hará mención de otras problemáticas graves que afectan a la comunidad arhuaca, principalmente relacionadas con los servicios de salud, educación y los servicios públicos. Aproximadamente el 63% de la población indígena colombiana

---

eso llevaban el sol Kak Bunkua Kuki en sus nombres". La lectura del aparte anterior permite inferir que la pérdida de estos tres líderes constituye una afectación gravísima a la comunidad y a todos sus derechos, y peor aún, esta es la hora en la que la justica colombiana lo único que ha hecho al respecto es afirmar que los líderes asesinados en 1990 no eran mamos, ni autoridades políticas o civiles, ni hacían parte de autoridades representativas a nivel nacional (siendo esta afirmación totalmente falsa) y hacer una visita a Nabusímake para decir que aún no hay pruebas suficientes. El aparte transcrito fue tomado del discurso de Bernandina Chaparro Izquierdo, hija de Hugues Chaparro Torres durante la visita de la Fiscalía General de la Nación a Nabusímake en el año 2016.

134 Entrevista a Noel Torres, Nabusímake, 19 de abril de 2015.

135 Corte Constitucional, sentencia T-364 del 11 de junio de 2014, MP Nilson Pinilla.

vive bajo la línea de pobreza y el 47,6% no tiene los ingresos suficientes para adquirir una canasta de alimentos que cubra los requerimientos alimenticios mínimos diarios (es decir, se encuentran bajo la línea de miseria). El 34,5% no tiene acceso a la salud. La tasa de analfabetismo entre los 15 y los 49 años es del 27%, y solamente el 50% entre los 5 y los 25 años asiste a alguna institución educativa. Además, el 60% de los indígenas colombianos no tiene acceso al servicio de acueducto, el 77% no tiene acceso a alcantarillado y el 44% no tiene acceso a energía eléctrica[136].

Sin embargo, no puede perderse de vista que en materia de servicios públicos, educación y salud se entra en una especie de zona gris, dentro de la cual se torna complejo identificar las necesidades reales y la magnitud de ellas. Lo anterior por cuanto si bien es cierto que las cifras demuestran una situación precaria y casi de miseria en las comunidades indígenas colombianas, también es cierto que su forma de vida es muy distinta de aquella de los *bunachi*, su cultura está inmensamente ligada a la naturaleza y es contraria a las grandes infraestructuras hídricas y eléctricas; los problemas de salud se tratan con medicina autóctona y en muchas ocasiones son ellos mismos quienes se niegan a acudir a la medicina no indígena[137]; no todos están interesados en la lengua castellana ni en recibir una educación distinta de aquella que se transmite de generación en generación de manera oral y según los símbolos del entorno. Por esto resulta difícil trazar un límite claro que diferencie una violación de derechos fundamentales de un modo de vida que sigue las tradiciones y costumbres milenarias de una cultura ancestral diferente en materia de cosmovisión y relación con el medio ambiente.

Debe resaltarse, en todo caso, que independientemente de la cultura y el *modus vivendi* de cada comunidad, en la actualidad es impensable desconocer unos mínimos que deben satisfacerse en cada ser humano que haga parte de un Estado, de manera tal que éste debe garantizar también a los indígenas la satisfacción de dichos mínimos brindándoles al menos la posibilidad de acceder a ellos. Las puertas deben estar abiertas y deben ser ellos quienes autónomamente decidan si recibir la educación que ofrece el Estado colombiano, si acudir a los centros públicos de salud, si autorizar la construcción de acueductos y electrificadoras en sus territorios, etcétera; pero dichos servicios deben estar ya disponibles para su uso en caso de que sean requeridos y no encontrarse a distancias extremas que hacen prácticamente imposible acceder a ellos desde los resguardos de las comunidades.

---

136 Último censo del DANE del año 2018, disponible en [www.dane.gov.co/files/investigaciones/boletines/grupos-etnicos/presentacion-grupos-etnicos-2019.pdf], consultado el 20 de octubre de 2019.

137 JIMENO, MYRIAM, *Juan Gregorio Palchecor: historia de mi vida*, Universidad Nacional de Colombia, 2006.

Así lo han establecido la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en informes y sentencias, indicando que los derechos de los pueblos indígenas sobre la tierra y los recursos naturales deben ir acompañados de la instalación de servicios básicos para las comunidades y de asistencia para su desarrollo[138]. Son fundamentales los servicios de salud, educación, los servicios sanitarios y la protección de sus derechos laborales, de seguridad social y de su hábitat[139]. Esta obligación se deduce, también, del derecho a la vida en condiciones dignas protegido por la Convención y la Declaración Americanas de Derechos Humanos[140], y del deber general de los estados de garantizar a los miembros de las comunidades indígenas y tribales el acceso a condiciones de vida dignas en el campo sanitario, alimenticio y habitacional[141].

Muchas han sido a lo largo de la historia colombiana posterior a la independencia las peticiones elevadas ante el Gobierno Nacional por parte de los indígenas para recibir educación (recuérdese lo sucedido con los capuchinos). Lo anterior, no solo porque esta es necesaria para comprender el funcionamiento de la sociedad por fuera de la comunidad y poder integrarse en ella cuando sea necesario por ejemplo en materia de comercio, sino además porque desde la época de la conquista española la educación ha sido utilizada de manera incorrecta: para adoctrinar a los indígenas con el objetivo de hacerles abandonar sus creencias y cultura y "hacerlos entrar en la civilización", o bien se les ha privado de ella con el fin de mantenerlos en estado de ignorancia y así evitar con mayor facilidad cualquier tipo de sublevación y exigencia.

Por esto, las comunidades indígenas han luchado durante siglos para que sea posible la formación de los dirigentes y líderes indígenas con el fin de garantizar una correcta orientación de todas sus actividades. Han buscado una educación que los ponga en contacto con la realidad externa y que les permita relacionarse con el resto de manera fluida y en igualdad de condiciones, pero que a su vez se adapte a sus exigencias, por ejemplo, en materia de lengua y de prevalencia de la oralidad sobre la escritura. Si bien es cierto que la educación tiene una función ideológica que busca crear una visión del mundo medianamente homogénea dentro de una sociedad, también es cierto que la educación debe tener además

---

138 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Tercer Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Paraguay*, capítulo IX, 2001, párr. 46.

139 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Tercer Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Paraguay*, capítulo IX, 2001, párr. 47.

140 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 17 de junio de 2005, Serie C n.º 125.

141 Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 26 sobre derechos sociales.

una función técnica cuyo objetivo es la capacitación de los miembros de ella para las tareas que ésta demanda, razón por la cual, al enfocar la educación hacia las comunidades indígenas colombianas es necesario situarse en el mundo y la cosmovisión indígenas, y, brindarles herramientas que los mantengan en contacto con el contexto colombiano no indígena y que les permitan resolver los problemas inmediatos de manera adecuada.

Para el momento de la llegada de los españoles todas y cada una de las tribus indígenas que habitaban el territorio de la que se llamaría Colombia compartían unos valores relacionados con la naturaleza, su vínculo con esta y los principios morales. La educación hacía parte de sus vidas, de acuerdo con unas tradiciones, una cultura y unos requerimientos específicos y estaba en cabeza de los miembros principales de cada comunidad (médicos-sacerdotes-mamos), quienes se encargaban de transmitir los conocimientos y de preservar su identidad.

Sin embargo, como se mencionó, el pueblo arhuaco ha sido consciente de la importancia que tiene para ellos recibir la educación no indígena y, por ello, participó intensamente en la iniciativa para que en el país se reconociera legalmente que los indígenas debían tener acceso a ella y que ésta debía adecuarse a su contexto sociocultural. Fue así como se expidió en 1978 el Decreto 1142, cuyo artículo sexto reconoció que

> La etno-educación para las comunidades indígenas debe estar ligada al medio ambiente, al proceso productivo y a toda la vida social y cultural de la comunidad. En consecuencia, los programas curriculares asegurarán el respeto y el fomento de su patrimonio económico, natural, cultural y social, sus valores artísticos, sus medios de expresión y sus creencias religiosas. Los currículos deben partir de la cultura de cada comunidad para desarrollar las diferentes habilidades y destrezas en los individuos para desenvolverse en su medio social.

Posteriormente, tras la toma pacífica de las instalaciones del "orfelinato" de Nabusímake y la paralización de toda actividad escolar en el resguardo, se logró, en 1984, reiniciar las labores escolares en todas las escuelas y se profirió la Resolución 3454 de 1984, mediante la cual se creó el grupo de etnoeducación dentro del Ministerio de Educación Nacional, con el fin de impulsar programas etnoeducativos en comunidades indígenas y de llevar a cabo diferentes encuentros con el objeto de sensibilizar tanto a las comunidades indígenas como a las instituciones educativas en la necesidad de un cambio educativo.

En 1995, con participación de toda la comunidad, los iku elaboraron una propuesta para el Gobierno Nacional denominada Proyecto Educativo Comunitario (PEC) para las escuelas de la Sierra en el que se entrelazan la educación

tradicional y aquella no indígena[142]. Lo anterior con el objetivo de crear espacios de educación escolarizada en los que la escuela fuera un ente que contribuyera en la revitalización de la cultura, teniendo en cuenta que para ellos, en principio, la escuela no era el espacio idóneo para el desarrollo de los saberes culturales ya que éste era la kankurwa.

En este proyecto se condensaron las directrices educativas para el pueblo arhuaco y se trazaron algunos acuerdos políticos con el Gobierno Nacional. En el PEC están los fundamentos y principios culturales que sustentan la educación propia, el perfil del alumno, el calendario propio, los deberes y derechos de los estudiantes y maestros y los objetivos generales de la educación, combinados con los pilares y métodos de la educación oficial.

Actualmente, la educación tradicional se ha mantenido dentro de los grupos indígenas que han logrado sobrevivir y coexiste con la educación de la sociedad no indígena proveída por el Estado. Por una parte, se mantienen los fundamentos tradicionales como esencia de la educación propia ya que para ellos es un mandato perpetuar su cultura en el tiempo, transmitiendo la sabiduría y el conocimiento a sus hijos y nietos a través de la comunicación oral. Entienden por "educación propia" las formas del saber iku relativas a la reproducción y el desarrollo de la cultura, a su cosmovisión, al cumplimiento de la Ley de Origen, a la relación con la naturaleza, con otras comunidades indígenas y con la sociedad mayoritaria; se trata de una educación que dura desde el principio de la vida hasta la muerte e incluso después de ella.

Los mamos y las a'kumamas son los orientadores y máximas autoridades tradicionales que transmiten a los demás individuos todos los conocimientos que necesitan para la producción propia, la interpretación de los mensajes de los dioses, los mandatos de la Ley de Origen, la relación con las demás manifestaciones naturales, con los seres espirituales y con el medio social. Gracias a la educación propia, un adolescente iku ya conoce de agricultura, del cuidado de los animales, teje su propio vestido, sabe cómo construir una vivienda tradicional y, en general, conoce todos los valores de su identidad y los deberes que la tradición le exige conforme a su edad y a su género. Así mismo, una joven también sabe de agricultura doméstica, sabe tejer los distintos diseños y puntadas de las mochilas, sabe del cuidado de niños y todos los oficios domésticos que

142 El proyecto educativo fue desarrollado bajo la dirección central de las autoridades arhuacas y el Instituto Colombiano de Antropología, principalmente enfocado en el aprendizaje de la lengua oficial y en la combinación de elementos de la cultura tradicional, especialmente a través de la oralidad con los conocimientos indispensables.

debe realizar mientras los hombres trabajan en las fincas. Con tales saberes los jóvenes poseen los conocimientos básicos para vivir como arhuacos.

Por otra parte, pueden acudir a las escuelas donde encuentran maestros tanto iku como *bunachis* y donde reciben una educación "mixta", ya que además de las materias como castellano, historia, matemática y ciencias, aprenden también lengua iku, agricultura y las bases de su educación tradicional.

Sin embargo, la realidad no refleja una situación tan clara: es cierto que existen algunas escuelas a lo largo de los territorios de la Sierra pero estas no son suficientes o no se encuentran bien distribuidas. Cuanto más alta se hace la montaña menos acceso tienen los niños a la educación escolar, o bien porque tienen que recorrer largas distancias entre su hogar y el centro educativo (entre una y cuatro horas a pie o en mula) o bien porque la distancia es tal que resulta físicamente imposible realizar un desplazamiento tan grande para luego tener que volver a casa el mismo día.

En estos casos los niños crecen más "puros" en el sentido de que no tienen contacto alguno con el mundo exterior, solo hablan su lengua y solo conocen sus tradiciones, el problema está en que en algún momento tendrán contactos *bunachis* y volverán a sufrir los engaños y amenazas que han sufrido sus ancestros. Por otra parte, en aquellos lugares donde la escuela es de fácil acceso y los niños arhuacos acuden a ella, el método de educación mixta no está bien diseñado, no hay claridad en el contenido de los programas y no se tienen en cuenta las diferencias que existen entre la enseñanza que puede brindarse dentro de una ciudad o establecimiento poblacional urbano y aquella a la que se puede acceder en medio de la naturaleza sin electricidad y mucho menos ningún tipo de tecnología como por ejemplo el internet.

En su mayoría, los niños cuentan con un solo cuaderno en el que toman apuntes indistintamente de todas las materias tanto arhuacas como generales, se les asignan tareas que no pueden hacer porque físicamente no tienen dónde buscar la información que se les pide, ya que a veces se trata de datos que ni siquiera sus padres conocen, como, por ejemplo, la fecha en la que se celebra el día del idioma español. Los maestros, algunos indígenas y otros no, deben enseñarles en una misma aula a niños de diferentes grados y edades, con un material absolutamente escaso, y estos deben volver a casa a repasar lo aprendido en una lengua extraña y la luz de la fogata. Está claro que aún falta mucho por hacer en esta materia de la mano con las autoridades tradicionales, que mejor que nadie saben exactamente qué es lo que necesitan sus niños[143].

---

143 Información obtenida durante el trabajo de campo.

El desarrollo de la educación "mixta" en la Sierra no se ha dado como la comunidad hubiera querido y son múltiples las causas por las cuales ello ha sido así. Aún son notorios los efectos de la colonización tales como la imposición de la lengua española, de la religión católica, del sistema de normas y de la organización sociopolítica del país; además de ello, la incursión de grupos armados legales e ilegales en el territorio indígena condujo al abandono de muchas prácticas culturales dadas las amenazas y prohibiciones de estos, la suplantación de las autoridades indígenas, el reclutamiento de jóvenes arhuacos, el asesinato de líderes y la intimidación de personal docente; por último, la imposición de un sistema político y administrativo general colombiano que opera en los órdenes local, municipal, departamental y nacional, y la aplicación de normas generales en materia educativa incorporan modelos pedagógicos en los que no se hace diferencia alguna para el caso de los grupos étnicos.

Dada la división territorial y administrativa del Estado, el resguardo arhuaco no se encuentra ubicado en un solo departamento sino en tres de ellos, razón por la cual no ha sido posible lograr una unidad educativa. Además, existe un limbo jurídico en lo que se refiere a los nombramientos de los maestros iku, ya que las administraciones locales no tienen en cuenta su selección conforme a los usos y costumbres de la comunidad ni a las directrices del PEC, y no se tiene en cuenta el calendario cultural propio, que es fundamental para el desarrollo de los niños y jóvenes.

El escenario ideal al que aspira la comunidad iku es aquel en el que el Estado garantice la aplicación del enfoque educativo diferencial establecido en la normatividad indígena en el contexto de la educación escolarizada, donde se propicie el ejercicio de su autonomía para la selección, el nombramiento y la permanencia de sus docentes y su autonomía para el manejo y gestión de las instituciones educativas; donde se garantice además la construcción, adecuación y dotación de la infraestructura apropiada para el desarrollo de la educación y la sostenibilidad administrativa y alimentaria de las instituciones educativas. Por esta razón proponen que para que el conocimiento externo constituya una herramienta para proteger y defender la cultura y el territorio del pueblo arhuaco, la educación debe ser manejada por la comunidad de manera acorde a sus usos y costumbres y los encargados de ella deberán estar sujetos a los lineamientos de la política interna y aportar sus conocimientos en materia de cultura, territorio y valores[144].

---

144 Entrevista a Gelver Zapata, Valledupar, 22 de abril de 2016, e información obtenida durante el trabajo de campo.

Precisamente era éste el objetivo del PEC, lograr que la escuela fuera realmente una herramienta que pudiese ser útil para el fortalecimiento de la identidad cultural, la conciencia del proceso histórico de lucha y resistencia del pueblo, la importancia del territorio, los valores esenciales de la cultura arhuaca, sus danzas, instrumentos musicales, actividades artesanales, cultivos propios, etcétera, junto con el programa escolar no indígena[145].

Las autoridades arhuacas consideran que la educación escolarizada en su territorio no solo debe cumplir con los objetivos que cumple en el resto del país, sino que además debe ser un espacio para impulsar a las nuevas generaciones al conocimiento de su propia realidad, para fortalecer la identidad cultural a través del aprendizaje de la lengua materna, para contribuir en la formación intelectual, moral y física de los niños conforme a la tradición, para incentivar el trabajo, el uso racional y el respeto a los bienes naturales y a la tierra; pero además para perfeccionar la segunda lengua, que es el español, y comprender que existen otras formas de pensamiento con las que hay que convivir siempre velando por la conservación de su propia cultura[146].

En lo que tiene que ver con la salud, las comunidades indígenas han tratado de mantener su propio sistema tradicional. Se trata de un sistema que consiste en un conjunto de conceptos, técnicas y personas que interactúan en la búsqueda de soluciones para los problemas sanitarios que puedan presentarse. Especialmente para los arhuacos la salud es un estado de equilibrio entre el hombre y la naturaleza, determinado por fuerzas naturales y sobrenaturales, la enfermedad no es un problema individual sino social y cósmico y está relacionado con la vida de la comunidad en general y sus aspectos económicos, políticos, sociales y culturales. De esta manera, las técnicas y los procedimientos realizados por los médicos tradicionales, a diferencia de aquellos llevados a cabo por los médicos de formación occidental, van dirigidos a restablecer dicho equilibrio y no solo a eliminar las causas físicas de la enfermedad[147].

---

145 Proyecto final de Plan Salvaguarda Iku, Nabusímake, 2015, pp. 98-121.

146 Cit. ibídem, pp. 98-121.

147 Proyecto final de Plan Salvaguarda Iku, Nabusímake, 2015, pp. 125-155: "La salud, para el Pueblo iku o arhuaco, hace referencia al estado holista de equilibrio y armonía natural que emerge de la coexistencia y correlación de los elementos y seres de la naturaleza, el mundo y el cosmos, en un debido orden, tanto 'anugwerigun', 'tina na'ba', 'dunárigun' y 'gunsinnárigun'. Cuando la coexistencia y la correlación se alteran y se pierde el orden natural, el equilibrio y la armonía igualmente se alteran, originándose lo que se conoce como 'wichamu' o 'enfermedad'. Es por ello que hablar de vida o salud en el mundo arhuaco, equivale referirse a estilo o modo de vida, cultura o modelo social, en un ámbito natural-cósmico, equilibrado y armonizado, en conformidad de la ley Sein Zare' Zanu. Para nosotros la naturaleza es tan humana como lo humano es naturaleza; somos una sola expresión de existencia con igual derecho y deber de permanecer en el tiempo".

Los tratamientos se hacen con plantas medicinales y la intervención del médico tradicional, quien por lo general es un mamo conocedor de las técnicas curativas espirituales. Según los mamos, a'kumamas y mayores, el buen estado de salud del pueblo iku depende de la convergencia de cuatro elementos fundamentales: su territorio ancestral dentro del cual la comunidad cuenta con todos los elementos y condiciones necesarios para hacer posible la vida en condiciones de salud adecuadas, su gobierno propio que regula la sociedad iku tanto física como espiritualmente, la permanencia de su cultura autóctona y su modo de vida natural, espiritual y cósmico y su autonomía o posibilidad de autosostenimiento[148].

A través de los años y cada vez en mayor medida, la medicina occidental ha ingresado a la comunidad trayendo consigo efectos contradictorios. Por una parte, ha sido útil para el tratamiento de enfermedades graves y de aquellas que provienen del contacto con no indígenas, pero, por otra, ha debilitado la cultura porque no se ha integrado con la medicina tradicional como los iku quisieran[149].

A partir de 1978 el Estado empezó a proponer programas de salud para las comunidades indígenas, sin embargo, sobre todo al principio, éstos no tuvieron en cuenta las particularidades de estos pueblos pese a que la ley ordenaba lo contrario[150]. Médicos no indígenas prestaban sus servicios en los resguardos sin un proceso previo de convivencia con la comunidad de manera que era complicado superar los obstáculos lingüísticos y culturales y, sin la superación de estos los resultados de las consultas, de las recomendaciones y de las prácticas médicas eran escasos. Además, es de tener en cuenta que no se contaba con los recursos técnicos básicos tales como equipos para exámenes de laboratorio, rayos x, entre otros.

Posteriormente, el equipo de investigación y trabajo antropológico del Instituto Colombiano de Antropología e Historia (ICANH) empezó a realizar labores de asistencia médica, investigación y capacitación en salud, con el objetivo de buscar una "medicina alternativa o mixta" que mejorara las condiciones de salud y como medio para lograr la autonomía de la comunidad, mediante una

---

148 Cit. ibídem.

149 Entrevista a Rubiel Zalabata, Valledupar, 22 de abril de 2016.

150 Resolución n.º 10013 de 1981 del Ministerio de Salud: "Los programas deberán adaptarse a la estructura organizacional, política, administrativa y socioeconómica en forma tal que se respeten sus valores, tradiciones, creencias actitudes y acervo cultural.
"Que antes de organizar un programa se haga una investigación para conocer la situación.
"Que con base en esta investigación se elaboren modelos de servicios que integren la medicina tradicional y la institucionalizada.
"Que las autoridades indígenas elijan a los promotores de salud que van a trabajar con las comunidades, teniendo en cuenta que sean miembros de la comunidad y que sean bilingües.
"Que la participación de las comunidades se lleve a cabo de acuerdo con las diferentes organizaciones de las comunidades indígenas".

práctica médica en la cual interactúen conceptos de la medicina tradicional y de la medicina occidental. Para estos efectos se empezó a trabajar de la mano con los mamos, en la capacitación de jóvenes iku, con el fin de que pudieran prestar asistencia sanitaria y pudieran explicarles a los médicos los conceptos de su propia medicina.

A raíz de la creación del Sistema General de Seguridad Social implementado por la Ley 100 de 1993, se decidió que éste debía aplicarse también a las comunidades indígenas pero con la participación de ellas. De este modo, se crearon Dusakawi EPSI y las IPS Wintukwa y Gonawindwa Ette Ennaka, entidades administradas por indígenas arhuacos en las que trabajan también personas no indígenas y cuya finalidad es prestar servicios de salud que se adapten a las costumbres ancestrales. Cuentan, por ejemplo, con traductores para que los pacientes que no conocen la lengua castellana puedan comunicarse con los médicos *bunachi*, enfermeras y conocedoras de los principios médicos tradicionales[151].

La Ley 100 de 1993 fue complementada por otras disposiciones importantes como lo son la Ley 691 de 2001, en la que se reglamentó la participación de los grupos étnicos en el Sistema General de Seguridad Social en Salud, y que en su artículo 3.º definió como principio general del sistema integral de salud el de la diversidad étnica y cultural, en virtud del cual el sistema debe respetar el estilo de vida de los indígenas y tomar en consideración sus especificidades culturales y ambientales; el Decreto 330 de 2001, en el que se reguló la constitución y el funcionamiento de EPS conformadas por autoridades tradicionales indígenas; el Acuerdo 244 de 2003 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, en el que se indicó que tratándose de comunidades indígenas, para el caso de la población que hubiese sido identificada y seleccionada a partir de listados, la elección de administradoras de régimen subsidiado debía ser realizada por las autoridades tradicionales y legítimas; y el Acuerdo 326 de 2005 del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, que, en virtud del reconocimiento y la protección de la diversidad étnica y cultural de la Nación, adoptó algunos lineamientos para la organización y funcionamiento del Régimen Subsidiado de los Pueblos Indígenas, a saber:

> En concordancia con la Ley 691 de 2001, en el marco de los modelos de salud interculturales indígenas, el Ministerio de la Protección Social realizará los estudios para la adecuación del Plan Obligatorio de Salud Indígena, el cual deberá contemplar los siguientes aspectos:

---

151 Entrevista a Rubiel Zalabata, Valledupar, 22 de abril de 2016.

1. Acciones de medicina tradicional, entendida esta como los conocimientos, prácticas, rituales, conceptos y procesos de salud integral que ancestralmente han realizado los pueblos indígenas como modelo de vida colectiva, enmarcado dentro de la cosmovisión de cada pueblo. Estas acciones se desarrollarán de acuerdo con las particularidades de cada pueblo.

2. Adecuación sociocultural de los servicios de salud no indígena, que son los servicios y actividades en salud necesarios y complementarias, adecuadas a las condiciones sociales, culturales, organizativas, ambientales, poblacionales y de cosmología, que garantizan la oportunidad, accesibilidad, calidad y efectividad del POS dirigidos a los pueblos indígenas.

3. Promoción y prevención en salud indígena, que son los planes, procesos y acciones en educación en salud indígena dentro de los procesos organizativos propios de cada pueblo.

4. Subsidios y/o autonomía alimentaria, son las estrategias y acciones orientadas a la recuperación y el fortalecimiento de los sistemas de producción sostenibles, consumo de alimentos propios y acceso a otras fuentes de alimento ligadas a las formas organizativas, que contribuyen directamente al mejoramiento de condiciones nutricionales, de salud y de vida de los pueblos indígenas, teniendo en cuenta lo que señala el artículo 8º de la Ley 691 referente al subsidio alimentario para mujeres gestantes y los niños menores de 5 años.

Por último, debe mencionarse la sentencia T-920 de 2011, en la que la Corte Constitucional protegió el derecho a la salud de las poblaciones indígenas e indicó que teniendo en cuenta la protección de la diversidad étnica y cultural, la exigencia de adaptabilidad cultural del derecho a la salud y el principio de igualdad, el Estado debe adoptar medidas con enfoque diferencial para asegurarles a aquellas el goce efectivo del derecho a la salud.

En la realidad práctica, la situación está controlada ya que los iku tienen una mentalidad bastante abierta en cuanto a visitar médicos en caso de necesidad y además ejercen su propia medicina de manera muy efectiva. Los principales problemas se presentan, como en el caso de la educación, por las distancias, a veces imposibles, que se deben recorrer para acceder al servicio, y en materia odontológica en las partes más alejadas de la civilización principalmente en el caso de los niños y de los ancianos[152]. Además, se está viviendo un momento de crisis en las EPS indígenas, principalmente por la falta de recursos económicos derivada de los malos manejos, tanto es así que aquellas se encuentran

152 Información obtenida durante el trabajo de campo.

intervenidas por la Superintendencia de Salud y así se mantendrán hasta tanto demuestren la solvencia suficiente para seguir operando[153].

Actualmente las condiciones de salud dentro de la comunidad iku no son las mejores, las enfermedades que los afectan con mayor frecuencia son las gastrointestinales, las respiratorias, la desnutrición, las afecciones dentales y las enfermedades infectocontagiosas y epidémicas; que tienen como causa principalmente los siguientes factores: pérdida de sus tierras, disminución de la producción de alimentos, disminución de recursos de caza y pesca y dependencia económica en materia de compra y venta de productos, y la falta de higiene y condiciones sanitarias adecuadas.

Los indígenas iku atribuyen las problemáticas en materia de salud al deterioro de su territorio y de su autonomía. Para ellos la destrucción del territorio ha generado la pérdida de conocimientos propios en salud ya que éstos se originan, soportan y sustentan en los elementos que brinda la naturaleza. La unidad física y espiritual del territorio en su estado natural es para el iku lo que un laboratorio sería para la medicina occidental, con la diferencia de que en el mundo iku el conocimiento se obtiene por interpretación de códigos y principios naturales adscritos y orientados por la Ley de Origen y no mediante la experimentación científica. De esta manera, la pérdida y destrucción del territorio como fuente de conocimiento constituye un debilitamiento directo en la salud de la comunidad[154].

Por otra parte, el sistema social del pueblo iku tradicionalmente se ha estructurado en el campo abierto, donde cada familia dispone de suficiente espacio para desarrollar sus actividades de sustento. El bienestar y la salud se conciben como el desarrollo del iku bajo esta modalidad de vida, razón por la cual, al reducirse la disposición del territorio ancestral y ocasionarse el hacinamiento, se afecta directamente la salud iku, por cuanto se alteran los factores de riesgo y la morbimortalidad. Además, uno de los aspectos más importantes para la vida y la salud del pueblo iku es la alimentación basada en las semillas criollas o tradicionales sumadas a la proteína de los animales silvestres para la que es determinante la diversidad climática y de flora y fauna que caracteriza a la Sierra Nevada; sin embargo, en la medida en que se altera el territorio ancestral y se reduce la capacidad de producción de alimentos propios, y en su remplazo se adoptan hábitos alimenticios foráneos, la calidad de vida y salud se ven directamente afectadas.

Por último, si bien la Ley de Origen establece que la vida y la salud adecuadas en el mundo arhuaco son posibles siempre que los bienes naturales (principal-

153 Superintendencia de Salud, Informe de Gestión 2015, publicado el 12 de enero de 2016.
154 Información obtenida durante el trabajo de campo.

mente el agua, la madera y las plantas) se adquieran en condiciones naturales o silvestres, históricamente este sistema de acceso natural a los bienes se ha visto afectado, lo cual ha terminado por perjudicar directamente la vida y salud del pueblo iku[155].

En cuanto a su autonomía, los iku consideran que la imposición del sistema de salud y de la medicina occidental por parte del Estado los ha debilitado gravemente en lo que tiene que ver con el direccionamiento y la atención en salud, ya que no ha tenido en cuenta los criterios ancestrales y ha irrespetando los mecanismos, prácticas y conocimientos propios.

En su concepto, esta imposición ha llevado a que no haya sido posible implementar un modelo en el que la medicina alopática sea un apoyo de la medicina propia y esto ha afectado directamente la salud de los iku porque los conocimientos ancestrales se han visto desplazados y ello ha acelerado la aculturación y ha llevado a la resistencia de los agentes patógenos por el uso indiscriminado de los fármacos[156/157].

Otra de las grandes preocupaciones que tienen actualmente las autoridades arhuacas es aquella de la alimentación, la cual está en la base de una buena salud. Existe la conciencia de la enorme importancia que tienen los alimentos tradicionales y se está trabajando de la mano con el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar con el fin de proveer a cada familia las semillas y las herramientas necesarias para que cada una tenga su huerto y cultive lo necesario para su subsistencia básica. Por otra parte, se está concientizando a la población en el sentido de que comprendan que los mejores frutos de las cosechas o los mejores animales no pueden ser utilizados solo para su venta, dejando para la manutención de la familia solo los restos, sino que es importante que todos los miembros de la familia estén fuertes y bien alimentados para que así mismo se eviten las enfermedades y puedan trabajar[158].

En lo que se refiere a la prestación de servicios públicos es poco lo que resta por decir. La mayoría de asentamientos no cuentan con un servicio apropiado ni de energía eléctrica ni de agua potable, satisfacen la necesidad de la primera con paneles solares o simplemente con velas y linternas y, de la segunda, con el agua que recogen de los ríos, quebradas, lagos y lagunas. Por lo general la casa principal

---

155 Cit. ibídem.

156 Proyecto final de Plan Salvaguarda Iku, Nabusímake. 2015, pp. 125-155.

157 "La medicina alopática y la medicina alternativa pueden ayudar pero para vivir y perdurar como indígena, se deben conservar la cultura y los conocimientos ancestrales." Tomado de proyecto final Plan Salvaguarda Iku, Nabusímake, 2015.

158 Trabajo en campo con la comunidad liderado por Alirio Torres.

de cada poblado, aquella donde se celebran las reuniones y los acontecimientos importantes, es la única que tiene luz gracias a que la toman de los postes cercanos pero no se podría decir que se trata de un servicio como tal, ya que es irregular y no se paga por ella. Así mismo las escuelas y los centros de salud tienen energía cuando se encuentran cerca de alguna población pero aquellas que están alejadas no cuentan con el servicio.

Con el agua sucede algo similar, no puede decirse que no se cuente con ella ya que la Sierra Nevada es rica en recursos hídricos y las familias buscan asentarse siempre cerca de alguna de sus fuentes. Sin embargo, no existen acueductos como tal y por ende muchas veces se consume agua cuya potabilidad es incierta, lo cual genera problemas de salud principalmente en las vías digestivas.

Tampoco existe una red de alcantarillado y ninguna de las viviendas tiene baño. Las necesidades físicas se hacen en lugares abiertos destinados a ello por lo general detrás del poblado o de la casa. Si bien el material orgánico es consumido por animales o lavado por las lluvias, en todo caso estas condiciones antihigiénicas también causan problemas en la salud de los miembros de la comunidad. Igualmente, a los parajes habitados por iku en la Sierra no llega el servicio de recolección de basuras y residuos sólidos, de manera que están acostumbrados a no producir basura innecesaria y la poca que acumulan la mandan con quienes llegan en carros o mulas al municipio o corregimiento más cercano para que se bote allí[159].

Como se mencionó al principio de este aparte, es complicado analizar este asunto ya que la ausencia de estos servicios no ha sido necesariamente falta de voluntad del Estado. A lo largo de esta investigación se ha descrito el *modus vivendi* de la comunidad arhuaca y se ha visto que es incomparable con el de los no indígenas. Por ejemplo, actualmente utilizan la energía eléctrica para cargar sus celulares o para elaborar las actas de sus reuniones en computadores e imprimirlas, y para escuchar noticias o música; como puede observarse, la luz se utiliza para realizar actividades que en realidad son producto de la relación con los *bunachi*, mientras que para aquellas de su vida cotidiana no es absolutamente necesaria y puede reemplazarse por el fuego y el sol. Aunado a ello, valga recordar que en aras de la conservación de sus tradiciones, han sido siempre contrarios a la instalación de infraestructura eléctrica en sus territorios.

En lo que tiene que ver con el servicio de alcantarillado y la recolección de basuras y residuos sólidos, sucede lo mismo. Dentro de sus tradiciones nunca ha sido necesario el uso de un baño y la producción de basura es mínima, ya

159 Información obtenida durante el trabajo de campo.

que la mayor parte de lo que utilizan para alimentarse y subsistir es de origen natural y orgánico y aquello que no lo es, como jabones o alimentos empacados, también es producto de la relación con los no indígenas. En las poblaciones más alejadas no se produce basura, se consume lo que da la tierra y los animales y lo que se descarta vuelve a la tierra, de manera que quienes los visitan deben llevarse consigo los residuos que hayan producido. Por esto mismo no ha sido necesario para ellos implementar un sistema de alcantarillado y recolección de residuos, y en su mentalidad esto es lo normal. Sin embargo, como de todas maneras existe relación con los *bunachi*, y por ende, no todo permanece en estado natural, esta situación genera enfermedades y problemas de higiene.

La cuestión del agua es aún más compleja. Para ellos no existe agua más pura que aquella de las fuentes naturales, de modo que no ven la necesidad de acueductos o plantas de tratamiento, que, por el contrario, contaminarían y desordenarían su hábitat. Sin embargo, hoy en día la pureza de las aguas no es totalmente confiable y mucho menos en aquellos lugares que se encuentran cerca de los asentamientos urbanos.

Como puede observarse, los servicios públicos son un ejemplo más claro de la diferencia de culturas y de la dificultad que existe al momento de satisfacer "necesidades" que para algunos son imperiosas mientras que para otros no constituyen necesidades como tal. Se trata de visiones opuestas en las que es complicado encontrar un punto de equilibrio, incluso en el caso de las precarias condiciones de salud que para el *bunachi* son consecuencia de la falta de agua potable, acueducto y alcantarillado, en tanto que para el arhuaco son producto de la ruptura del equilibrio en el mundo, de la conquista, de la invasión no indígena y del maltrato a la Madre Tierra.

C. LAS PERTURBACIONES A LA LIBERTAD RELIGIOSA

Otra problemática que sigue afectando a los iku es la de la evangelización y los enfrentamientos religiosos, que, tal como se mencionó, se han presentado desde la época de la Conquista[160]. Los indígenas han sido constantes víctimas de la

160 "Si no aceptáis la fe o si maliciosamente os demoráis en hacerlo, yo certifico en que con la ayuda de Dios avanzaré poderosamente contra vosotros y os haré la guerra cuandoquiera y donde quiera esté en mi poder, y os sujetaré al yugo y la obediencia de la Iglesia y de vuestras majestades y tomaré como esclavas a vuestras mujeres, y en cuanto tales las venderé y dispondré de vosotros como a bien tengan ordenar vuestras majestades, y tomaré vuestras posesiones y os haré todos los daños y perjuicios de que sea capaz." Citado de WADE, DAVIS, *El Río, exploraciones y descubrimientos en la selva amazónica*, El Áncora, Bogotá, 2002, p. 37.

"interiorización" forzada de creencias y valores, y aún hoy siguen existiendo grupos que pretenden imponer su ideología y erradicar sus creencias tradicionales.

Mientras los arhuacos consideran que habitan el corazón del mundo, que ellos están en la obligación de preservarlo so pena de que éste desaparezca y que en su religión lo que cuenta no es la salvación del individuo sino la preservación o destrucción del mundo, reciben por parte de la cultura católica y ahora también cristiana de los no indígenas la imposición del antropocentrismo y la "salvación del alma".

Si bien no es posible en este escrito ahondar en la cuestión religiosa, sí vale la pena mencionar un par de acontecimientos graves ocurridos uno en el año 1997 y el otro en el año 2006, que demuestran el peligro que corren las tradiciones iku. En 1997, las autoridades indígenas ordenaron la expulsión de su territorio de los miembros de la Iglesia Pentecostal Unida de Colombia, una confesión cristiana que cataloga de satánicos los ritos y pagamentos que los mamos realizan como parte esencial de su identidad cultural y como medio para mantener el equilibrio universal desde el "corazón del mundo". El conflicto entre las partes era de gran envergadura: por un lado, la mayoría de la comunidad no estaba de acuerdo con la presencia de dicha orden religiosa ya que ésta trataba de evangelizarlos continuamente, pero, por el otro, muchos indígenas se convirtieron y consideraban que su derecho a la libertad de religión y culto se vería vulnerado si esa iglesia era expulsada de sus territorios, por lo cual se formó una disputa interna de difícil solución.

Este caso hizo evidente la vulnerabilidad de la preservación de la cultura indígena e implicó una fuerte tensión entre derechos individuales y derechos colectivos reconocidos en pie de igualdad por la Constitución colombiana. Cuando las autoridades arhuacas decidieron expulsar al pastor cristiano Jairo Salcedo Benítez y clausurar el templo que él había abierto, los casi 300 convertidos a la nueva religión pidieron la intervención de las autoridades judiciales de Colombia ya que consideraban que estos hechos violaban su derecho a la libertad de culto y de conciencia[161].

Fue la Corte Constitucional el órgano encargado de dirimir el conflicto con la sentencia SU-510 de 1998, sensibilizándose con el contexto histórico-cultural en el que éste se produjo. Las autoridades arhuacas justificaron su decisión de expulsar al pastor y clausurar el templo arguyendo que éste enseñaba en sus prédicas que los ritos y "pagamentos" indígenas eran satánicos y supersticiosos, que incitaba a sus adeptos a desacatar la autoridad de los mamos, que la pre-

161 Corte Constitucional, sentencia SU-510 del 18 de septiembre de 1998, MP Eduardo Cifuentes.

servación de su cultura estaba en peligro ya que este grupo cristiano prohibía la realización de prácticas ancestrales, realizaba proselitismo continuamente y que los indígenas convertidos en cristianos habían dejado de cumplir con sus deberes para con la comunidad.

En este caso la Corte Constitucional colombiana consideró que todas las decisiones tomadas por las autoridades tradicionales de la comunidad arhuaca y todas las acciones desplegadas para hacerlas respetar eran completamente válidas, ya que dichas autoridades tienen ciertas prerrogativas constitucionalmente reconocidas con el propósito de preservar su especial cosmovisión e identidad. Dentro de esas prerrogativas está la de organizar la convivencia de acuerdo con los mandamientos de su credo colectivo, lo cual implica que, entre otras, pueden: (1) impedir la práctica colectiva y pública de la religión evangélica, con medidas tales como el cierre del templo, la prohibición del culto colectivo en lugares públicos y la prohibición del proselitismo religioso; (2) sancionar a quien no obedezca las normas tradicionales de la comunidad siempre y cuando no se trate de "punir al no creyente por el mero hecho de serlo", ni se utilicen medios de sanción inhumanos o degradantes; y (3) tomar en cuenta la "identidad cultural" de las personas que habitan en el resguardo, a efectos de hacer una distribución de la tierras con miras a mantener la propiedad colectiva de esta y de sus frutos[162]. Si se es miembro de una iglesia pentecostal se debe pagar el diezmo, es decir, en este caso, los indígenas debían pagar a la iglesia el 10% de su producción agropecuaria, a lo cual las autoridades se opusieron por cuanto significaba dar a extraños el producto de la comunidad, y efectivamente la Corte reafirmó el carácter colectivo de la propiedad en la comunidad arhuaca[163].

Sin embargo, aún si está clara la situación referente a la incursión de la Iglesia Pentecostal Unida de Colombia en la Sierra Nevada de Santa Marta, en cuanto a que las autoridades indígenas pueden prohibir el proselitismo y los cultos públicos, ésta volvió a instalar allí nuevamente templos en el año 2006 y a difundir sus creencias tratando de cooptar el mayor número posible de indígenas, con lo cual se presentó otra vez una situación de conflicto. Nuevamente la Corte Constitucional, mediante la sentencia T-349 de 2008, optó por proteger los derechos de la comunidad arhuaca entendiendo que dentro del resguardo las autoridades pueden tomar las decisiones que consideren pertinentes y necesarias para mantener su

---

162 Ibídem.

163 Algo muy similar ocurrió en la sentencia de la Corte Constitucional T-342 del 27 de julio de 1994, MP Antonio Barrera Carbonell, en la que la Corte protegió los derechos de la comunidad indígena nukak maku frente a la intromisión en su cultura de la Asociación Nuevas Tribus de Colombia, solo que esta vez la Corte fue mucho más conservadora en sus argumentos.

cultura y que aquellos que deseen abandonar la tradición indígena están en todo el derecho de hacerlo y de organizar sus vidas por fuera del resguardo[164]. Para ser arhuaco se necesita nacer dentro de la comunidad, pero esto no significa que se esté obligado a permanecer en ella de por vida, de forma tal que quien desee renunciar a ella puede hacerlo y adoptar la religión que le apetezca.

Podría pensarse en casos como éste, en que también en esta materia la consulta previa podría constituir un elemento de protección para las comunidades indígenas de Colombia: siendo éstas patrimonio arqueológico y cultural de la Nación y siendo sus derechos además de fundamentales, de especial protección constitucional por tratarse de minorías, sectas, religiones o congregaciones espirituales de todo tipo, incluida la católica, deberían ser sometidas a este procedimiento antes de ingresar a sus territorios y pretender "evangelizar" a sus pobladores.

V. Panorama territorial iku y perspectivas de este hacia el futuro

Se ha dicho a lo largo del texto que el elemento territorial es de mayúscula importancia para la comunidad arhuaca y su pervivencia, por esta razón, para concluir este primer capítulo, se hará referencia a las problemáticas territoriales, que han sido y siguen siendo de gran complejidad, y tal vez las más graves para la comunidad iku porque en gran medida de ellas dependen todas las demás. Será necesario explicar en primer lugar el significado del territorio dentro de esta, para lo cual se harán varias citas extraídas de sus textos y de su tradición oral, y luego se analizarán las problemáticas como tal, teniendo en cuenta que el tema territorial será el centro del presente escrito, ya que de él se deriva aquel de la consulta previa y, por ende, el de los daños que de ella se desprenden[165].

Teniendo en cuenta aquello que se mencionó en el aparte relativo a la ubicación geográfica y a la distribución territorial de los iku, resulta fácil comprender que el territorio en el que habitan los arhuacos presenta condiciones tanto geográficas como naturales muy favorables. Se trata de una zona que no solo cubre todos los pisos térmicos, lo cual implica la posibilidad de cualquier proyecto agrícola incluso ilegal, sino además de una zona rica en agua, fauna y flora de todo tipo, extensísimas playas, innumerables recursos mineros y maravillosos paisajes.

---

164 Corte Constitucional colombiana, sentencia T-349 del 17 de abril de 2008, MP Marco Gerardo Monroy.

165 Sobre la complejidad de la tenencia de la tierra véase Carter William, *Comunidades aymaras y reforma agraria en Bolivia*, vol. 6, Instituto Indigenista Interamericano, México, 1967.

Todo tipo de intereses confluyen allí[166]: aquellos de grandes inversionistas interesados en la construcción de megaproyectos turísticos, de hacendados y agricultores, del Estado para la realización de hidroeléctricas, explotación minera, estrategia militar, entre otros, e incluso de los delincuentes para el cultivo de marihuana, amapola y coca, además de servir como refugio a los grupos armados al margen de la ley.

Ha sido extremadamente difícil para las comunidades que allí habitan mantener el control y la posesión de sus territorios y aún hoy viven una lucha constante para no perder sus raíces, hábitat y costumbres. Tanto es así que la cotidianidad se desenvuelve en una contradicción constante: mientras la Sierra Nevada de Santa Marta está en la mira de todos los intereses mencionados, quien decida pasar algunos días internado en ella se dará cuenta de que allí la percepción del tiempo es distinta, no es necesario mirar la hora ni planificar las jornadas, que simplemente transcurren al ritmo de la naturaleza, único ritmo que se sigue en sus montañas. Las gentes, apacibles, realizan las actividades cotidianas siempre manteniendo la quietud que las caracteriza, no existen movimientos bruscos ni agitación, ni estrés, ni angustia; se teje, se cultiva, se preparan los alimentos, se habla y se transmite conocimiento a la luz del sol y del fuego, se camina sin hacer ruido y se llevan a cabo los ritos y pagamentos siempre de manera pacífica y tranquila. Por esto ellos piden que no se perturbe su vida y su cultura ni con proyectos económicos ni con violencia, ya que el respeto de su tierra es su única posibilidad de conservación y supervivencia.

Aunque en teoría los derechos territoriales indígenas se encuentran protegidos tanto internacionalmente como en Colombia, lo cierto es que en la práctica la efectividad de esta protección es muy precaria. Lo primero que debe tenerse en cuenta al hablar de territorio desde el punto de vista indígena es que según el Convenio 169 de la OIT los derechos territoriales de los pueblos indígenas y de sus miembros comprenden tanto la superficie terrestre como los recursos naturales que están en dicha superficie, en el subsuelo y los recursos hídricos. El artículo 13.2 del mismo, dispone que "la utilización del término 'tierras' [...] deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera".

---

166 Algunos ejemplos de megaproyectos en el caso de la Sierra Nevada de Santa Marta son: el Puerto Multipropósito Brisa S. A., el Proyecto Multipropósito Ranchería Represa El Cercado y Distrito de Riego del Río Ranchería o el Embalse Multipropósito Los Besotes, el cordón ambiental de la Sierra Nevada de Santa Marta, entre otros que se analizarán en el próximo capítulo.

Por su parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos acoge un concepto amplio de *tierra* y *territorios indígenas*, incluyendo dentro de esta última categoría no solo los espacios ocupados físicamente, sino también aquellos que son utilizados para sus actividades culturales o de subsistencia, tales como las vías de acceso, los recursos naturales y las tierras que se utilizan para la agricultura, la caza, la pesca, la recolección, el transporte, la cultura y fines espirituales o lugares sagrados[167]. Este concepto amplio ha sido acogido también por la Corte Constitucional colombiana tal y como se verá más adelante.

Y, a su vez, la Carta Política de 1991 en el marco de los valores y principios constitucionales reconoce los derechos colectivos de los pueblos aborígenes a la propiedad de sus tierras y a la disposición y administración de los recursos naturales[168] que existen en ellas.

Sin embargo, estos derechos se encuentran en constante peligro principalmente representado por todos los actores externos interesados en apropiarse de dichos tierras y recursos, por la precariedad e inefectividad en los procesos de titulación de ellas, por la falta de reconocimiento oficial y efectivo de la Línea Negra, que se explicará en los acápites siguientes, por las fumigaciones a los cultivos de coca realizadas de manera inconsulta y por el desarrollo de actividades económicas lícitas e ilícitas en los territorios indígenas[169].

A. El territorio en la cosmovisión iku

La distribución espacial en la Sierra Nevada de Santa Marta se ha venido estableciendo con base en las diferencias entre los cuatro pueblos indígenas asentados

---

167 Sobre el concepto de *territorio indígena* véase también Nino, Michele, *'Land grabbing', sovranità territoriale e diritto alla terra dei popoli indigeni*, en Rivista di diritti umani e diritto internazionale, vol. I, 2016, pp. 185-207; Mensi Andrea, *I popoli indigeni e le development-based evictions, il diritto alle terre come un diritto culturale*, en Rivista Politica del Diritto, vol. 1/2, 2016, pp. 191-216.

168 Según la Comisión Interamericana de Derechos Humanos los recursos naturales incluyen el aire, la tierra, el agua, el gas natural, el carbón, el petróleo e hidrocarburos, los minerales, la madera, el humus, la fauna, la flora, los bosques y la vida silvestre. Los recursos naturales renovables son aquellos que se reproducen o renuevan, e incluyen la vida animal, las plantas, los árboles, el agua y el viento. Los recursos no renovables son irreemplazables una vez han sido extraídos del agua o de la tierra, e incluyen el oro, la plata, los combustibles fósiles, los diamantes, el gas natural, el cobre y otros minerales.

169 Organización Indígena Gonawindua Tayrona, Revista Zhigoneshi, n.º 11, Sierra Nevada de Santa Marta, 2011: "[…] El precepto de permanecer como cultura es un gran reto de exigencia permanente, donde los indígenas tenemos que estar despiertos y precavidos con sentido de pertenencia para exigir al Estado, gobierno, instituciones, hermanito menor, etc., que dejen que nuestra mente y espíritu se mueva tranquilo, que dejen que nuestro habitat territorial funcione en paz, y no más megaproyectos en la SNSM, no más procesos de explotación minera que atentan la pervivencia integral del corazón del mundo. […]".

en este espacio y entre los indígenas y los no indígenas que han ido llegando a la zona, lo cual ha creado evidentemente una multitud de conflictos socioculturales: por una parte, la intención de los *bunachi* de controlar el territorio y promover el desarrollo económico y, por otra, la concepción de los pueblos indígenas de su territorio ancestral como base de su existencia, historia y cultura. Actualmente los habitantes originarios de la Sierra se disputan metro a metro con los "hermanitos menores" las tierras y sus recursos. Mientras el Gobierno y los particulares buscan constantemente potenciar la infraestructura, la minería, el agro y el turismo, entre otras, los arhuacos indican:

> Necesitamos conservar nuestro territorio enmarcado dentro de la Línea Negra sin contaminación, ni de nuestro paisaje ni de nuestros hombres. Si nuestra Madre Tierra sigue siendo administrada por gente foránea, los ríos, los caños acabarán siendo un desierto. Pero si permanecemos nosotros aquí, quienes la respetamos, el porvenir de los habitantes del mundo entero será mejor. Por lo que necesitamos que el Gobierno colombiano reconozca nuestros límites territoriales. En este momento, lo que queremos es que se nos devuelva nuestro territorio y que se investiguen los proyectos que se están realizando en la Sierra, y a qui[é]n benefician, porque aquí se están llevando a cabo labores como si nosotros estuviéramos de acuerdo, pero no es así. No queremos que entren en la Sierra más cosas que alejen a las nuevas generaciones de su vivir como verdaderos indígenas. Hay máquinas que rompen nuestras sanas tradiciones y nuestra forma de relacionarnos con la naturaleza. Hay personas que contratan a los indígenas como trabajadores y les crean dependencia con los salarios, suplantando las relaciones laborales de autosuficiencia. No necesitamos salarios, sabemos sembrar y cultivar la tierra, cuidar a los animales, tejer nuestras ropas y tenemos nuestro propio pensamiento. El del blanco muchas veces contamina la Sierra, trae robos, maltratos físicos y profundos desacuerdos. Sabemos que no estamos solos y que existen espacios para compartir, pero pensamos que por medio del dinero y todo lo que éste trae consigo se está atacando y extinguiendo nuestra tradición cultural; se obliga y persuade al indígena para que piense y viva como el "civilizado", pretendiendo borrar nuestra diferencia y volviendo ajena nuestra propia manera de ser. Creemos que la capacitación es necesaria para nuestra raza pero, siempre y cuando est[é] enfocada a fortalecer y valorar las costumbres de los pueblos indígenas[170].

Según la tradición cultural arhuaca, su comunidad fue creada con una misión específica, para cuyo cumplimiento les fueron dados unas leyes inmutables y un territorio perfectamente delimitado por la Línea Negra. El territorio allí

---

170 Los arhuacos en Colombia quieren preservar su hábitat y cultura, disponible en [https://issuu.com/elmundomedellin/docs/indigenas_de_mi_tierra_periodico_el_mundo], consultado el 16 de enero de 2016.

comprendido es para el pueblo arhuaco un espacio muy delicado porque además de ser sagrado por encontrarse grabada en él la Ley de Origen, es el lugar del mundo que designaron los dioses para proteger y mantener el equilibrio en el resto de la Tierra, y es un resumen vivo de la diversidad del universo[171].

> Los arhuacos y arhuacas somos una expresión más, un elemento más que interactúa con los seres y energías que conforman un todo armónico y equilibrado. El conocimiento es para nuestra cultura un legado de los primeros padres, que se encuentra además referenciado y codificado en la geografía de la Sierra Nevada; mantenerlo vigente es una norma de la Ley de Origen o Kunsamu; hace parte de la misión de vida y constituye una garantía para la vida de todas las especies y de la Madre Tierra, ya que sabemos que del estado de salud y orden de la Madre Tierra dependen las posibilidades de vida de la cultura arhuaca y de la humanidad en general[172].

Es importante reiterar que para el pueblo iku el territorio es un ser vivo con un componente espiritual y otro físico, es allí donde se desarrollan su cultura, su conocimiento ancestral, las relaciones sociales, culturales y espirituales, y todo aquello que constituye la base de su supervivencia; es el elemento sagrado concedido por los Padres Espirituales donde se origina la vida y confluye la existencia de todos los seres; es el escenario donde se desarrolla e interpreta la Ley de Origen con el fin de lograr la armonía y el equilibrio entre los humanos, la naturaleza y el universo en general; el territorio es un código que contiene la normatividad que regula cada elemento de la naturaleza y que garantiza la permanencia de la vida[173].

En su cosmovisión, el territorio ancestral está conformado por un sistema de hitos sagrados, tanto terrestres como aéreos y de agua, que están interconectados entre sí y donde surgió y se mantiene la cultura de sus habitantes. Estos hitos conforman un campo magnético, tal como el cuerpo humano, por lo cual cada uno de sus puntos tiene una función energética específica que no debe

---

171 En cuanto a la especial relación de los indígenas con su territorio, especialmente el pueblo arhuaco véase Bocarejo, Diana, *Tipologías y topologías indígenas en el multiculturalismo colombiano*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2015.

172 Proyecto final de Plan Salvaguarda Iku, Nabusímake, 2015, pp. 23-46.

173 En todos los pueblos indígenas de América Latina existe una visión muy similar de la Tierra o el territorio como Madre o "Pacha Mama" y parte esencial para el desarrollo de la vida que va mucho más allá de su valor económico. Al respecto véase Lanni, Sabrina, *Sistema giuridico latinoamericano e diritti dei popoli indigeni*, en I diritti dei popoli indigeni in America Latina, Edizioni Scientifiche Italiane, Roma, 2011, pp. 7-90; Montaño, Mario, *Diccionario de mitología aymara*, Producciones Cima Editores, La Paz, 2006; Reyes, Judith, *Pachamama dos mundos, dos vivencias, un ideal: la defensa de la tierra*, en Boletín Americanista, vol. 50, 2000, Barcelona, pp. 269-280; onic, *Mandato político general de los pueblos indígenas de Colombia artículo 1*, Bogotá, 2013.

ser alterada, ya que del funcionamiento de estas energías depende el comportamiento de la naturaleza y de los seres humanos en su totalidad[174].

La contaminación energética y espiritual tiene un efecto destructor de la biodiversidad en la Sierra y en el universo, prácticas como la minería, la tala de árboles y en general la explotación de recursos naturales genera un desequilibrio devastador con consecuencias tan graves como el calentamiento global, la deforestación, las enfermedades, los conflictos y las guerras entre los pueblos y las naciones[175].

El territorio en la concepción iku es considerado "unidad de vida", *Zaku* o Madre, y constituye la base de las correlaciones de las que se habló en el apartado referente a la cosmovisión, ya que éstas se dan a través de él, por y para él: la correlación va del territorio al espíritu y viceversa[176].

Para los indígenas arhuacos la humanidad, es decir tanto ellos como los demás indígenas y los no indígenas o "hermanitos menores", deben convivir y compartir el mundo, pero cada quien debe estar en *su* territorio, en aquel que le fue asignado por los dioses, viviendo como le fue ordenado. Cada pueblo debe estar en su lugar para poderse correlacionar con los demás y con el universo y no se deben invadir ni profanar ni irrespetar los territorios que le fueron asignados a otro grupo humano: los "hermanitos menores" no pueden saquear la Sierra, porque esto llevará tarde o temprano a la destrucción de los ecosistemas y de la raza humana[177].

Los iku, estando en sus territorios sagrados, pueden correlacionarse con los "hermanitos menores", contribuyéndose mutuamente y abasteciéndose de los elementos para fortalecer la vida en armonía con la naturaleza. Por un lado, los indígenas se sirven de elementos materiales que los no indígenas les proporcionan, y, por el otro, los indígenas les proporcionan a los "hermanitos menores" la fuerza y el trabajo espirituales necesarios para mantener la armonía a través de los pagamentos que indiscutiblemente deben realizarse dentro del territorio ancestral y específicamente en los sitios sagrados. El territorio es la base donde reposan las leyes espirituales que gobiernan la correlación, la contribución y el abastecimiento de las utilidades, es decir, a través del territorio se estructura la lógica de correlaciones entre las diferentes sociedades o grupos humanos, tanto en el ámbito material como en el espiritual[178].

---

174 Entrevista a Gelver Zapata, Jairo Torres y algunos mamos, Sierra Nevada, 25 de abril de 2016.
175 Cit. ibídem.
176 Proyecto final Plan Salvaguarda Iku, Nabusímake, 2015, pp. 23-46.
177 Entrevista a Gelver Zapata, Jairo Torres y algunos mamos, Sierra Nevada, 25 de abril de 2016.
178 Proyecto final de Plan Salvaguarda Iku, Nabusímake, 2015, pp. 23-46.

> Es un mandato que debe regir en el orden que fue establecido, no se debe intuir ni construir porque así se nos ocurra a los humanos o porque así nos impulsen los intereses individuales. La correlación de beneficios es una ley de unidad, de justicia y de igualdad, no debe ser tomada con propósitos de destruir a los demás; es cuestión de garantizar el orden de las cosas para que prevalezca el equilibrio y la armonía, y con ellos, la sostenibilidad de la vida universal[179].

En el territorio de la Sierra Nevada están representados los derechos y deberes de cada ser, sus funciones, todos y cada uno de los elementos materiales e inmateriales presentes, los referentes de los Padres Espirituales y todo aquello que ha existido, existe y existirá aunque aún no se haya visto[180]; por esa razón y por haber sido el punto donde empezó el mundo, la Sierra Nevada de Santa Marta es considerada su corazón y debe ser protegida. La misión fundamental de los iku es conservar su territorio, para ello fueron ubicados por los padres justo allí, para velar por el equilibrio y la sostenibilidad de la vida en el Universo[181].

> En la Sierra están los padres y las madres de todo lo que existe, y del cuidado que de ellos se tenga depende la permanencia del mundo. Allí se encuentra el espíritu que es vida y pensamiento, se manifiesta el agua de las cimas de la Nevada (padre) y del mar (madre) y la de los ríos que comunican la nieve y el mar. En el aire que respiran todos los seres vivos, la respiración universal. Es la luz y el calor del sol, que es padre, y de la luna que es la madre. Las tribus de la Sierra son las encargadas de cuidarla, de salvarla, conservando el territorio ancestral o Línea Negra libre de la invasión de los civilizados[182].

Valga decir que cuando se habla de *territorio* en la concepción arhuaca no solo se hace referencia al suelo sino a todo lo que lo compone y a lo que habita en él, además del espacio aéreo que le corresponde, el subsuelo y una parte de la plataforma marítima demarcada por la llamada Línea Negra, ya que todos estos componentes contienen otros niveles de vida igualmente importantes. Por todo lo anterior la lucha más ardua de los iku históricamente ha sido la defensa,

---

179 Proyecto final Plan Salvaguarda Iku, Nabusímake, 2015, p. 16.

180 Según la información obtenida en la entrevista realizada el 25 de abril de 2016 a Gelver Zapata y Jairo Torres, en las piedras de la Sierra y en los fósiles y dibujos que en ellas se encuentran, están grabadas las imágenes de todas las cosas que hoy conocemos en el mundo como los carros, los aviones, los teléfonos celulares, etc.; hasta antes de su invención no se sabía qué eran y nadie había interpretado su sentido, y, así mismo, hay muchas otras imágenes que aún no tienen explicación y que, según ellos, en un futuro la tendrán porque se trata de aquellas cosas que todavía no existen pero que en la Sierra tienen su representación desde el origen del mundo.

181 Entrevista a Noel Torres, Nabusímake, 19 de abril de 2015.

182 Comité de Educación arhuaco, Atlas Iku, Medellín, 2001.

protección, recuperación y el control del territorio ancestral y de todos los elementos y manifestaciones naturales que en él existen, es decir, la tierra como tal, sus aguas marinas y zonas costeras, el bosque, los animales, los ríos, quebradas, lagunas, ciénagas, humedales, pozos, montañas, colinas, nieves, páramos, cerros, todos los componentes del subsuelo, el aire y demás elementos tradicionales; teniendo en cuenta, además, que el concepto de *territorio* abarca tanto la dimensión espiritual, que remite a la Ley de Origen y la Madre Tierra, como la dimensión material que evoca el espacio donde se desarrollan las culturas.

Cada pueblo posee su propio territorio, en el que se sustenta la cultura y se teje el mundo de relaciones, conocimientos y valores. Por esta razón, no es posible imaginar la vida y el desarrollo de cualquiera de estos pueblos sin el territorio. En la misma medida en que se restrinja o deteriore el territorio se disminuyen las posibilidades de preservación de la integridad e identidad cultural.

Así como el derecho a la vida es una condición esencial para el goce de los demás derechos de cualquier ser humano, el derecho al territorio es fundamental e indispensable para la pervivencia y el ejercicio de todos los demás derechos en materia de comunidades indígenas.

B. La figura del resguardo y las actuales entidades territoriales indígenas

Habiendo aclarado el significado y la importancia que tiene para los iku su territorio ancestral desde el punto de vista de su cosmovisión, debe ilustrarse ahora cuál ha sido la historia real del territorio en la Sierra Nevada de Santa Marta a través del estudio de la figura del resguardo y de lo que hoy conocemos como entidades territoriales indígenas (ETI), que si bien han tenido diferentes connotaciones, se han mantenido hasta hoy y han facilitado en alguna medida la protección de parte del territorio arhuaco.

El resguardo indígena es una institución histórico-jurídica heredada del derecho español, que ha seguido vigente y que desde inicios de la República continúa desarrollándose y adquiriendo características nuevas. Al ser una institución que ha tenido la misma evolución y que está vigente en todos los lugares del territorio nacional donde hay presencia indígena, en los párrafos reservados a su estudio no se hará referencia exclusiva a la Sierra Nevada de Santa Marta sino al territorio nacional en general, al igual que en el caso de las ETI.

El resguardo fue una institución territorial creada por el derecho español con el fin de mantener organizados a los indígenas colonizados y de controlar el trabajo de ellos y el pago de los impuestos para la Corona. Históricamente, el resguardo se definía como una extensión de terreno dentro del cual un grupo

de indígenas, con su cacique a la cabeza, subsistía en forma organizada principalmente trabajando la tierra. Se trata de una figura que data del siglo XVI con la que se buscaba el control político y económico de los indígenas, por lo cual los terrenos se repartían por parte de los españoles consultando sus necesidades específicas y asignando en cada uno campos comunales para proveerse de madera y alimento para los animales, y bosques y otras zonas dedicadas al usufructo de las familias para abastecerse del sustento necesario[183].

Mediante documentos oficiales y cédulas reales, desde ese entonces, estas tierras les fueron concedidas a las comunidades, nunca a título individual y con la prohibición de arrendarlas, cederlas o venderlas; además, con la obligación de pagar los respectivos tributos a los españoles por cada cosecha que sacaran adelante. Fue así como con la conformación de los resguardos las autoridades españolas lograron fijar territorialmente a la población indígena, evitando su expansión, y controlar la fuerza de trabajo disponible, al tiempo que recibían además tributos e impuestos periódicos por parte de ella[184].

El resguardo tuvo su mayor apogeo a principios de la Colonia, sin embargo, durante el último periodo de esta, dicha figura vivió su primera gran crisis: a finales del siglo XVIII los tributos eran ya demasiado altos y la Corona cobraba impuestos sobre todas las actividades de la vida ordinaria de los indígenas con el objeto de fortalecer su fisco para enfrentar las guerras que libraba con Inglaterra[185], de manera que a estos ya no les bastaba aquello que producían para pagar impuestos y abastecer su propia subsistencia. Por esta razón, algunos empezaron a salir de los resguardos en busca de trabajo y el concepto de propiedad colectiva de sus tierras fue decayendo, muchos empezaron a pedir que se les reconociera el derecho sobre su pequeña parcela para separarse del trabajo colectivo y muchos otros abandonaron los campos para convertirse en explotados jornaleros asentados en la periferia de los centros urbanos. Otros más empezaron a arrendar sus tierras a los no indígenas, quienes sacaban el mejor provecho de la tierra y no estaban sujetos al pago de tributos[186].

---

183 RIVERA, JAIRO, *El Resguardo una política y unas perspectivas*, en Boletín de Historia y Antigüedades n.º 751, Academia Colombiana de Historia, Bogotá, 1985.

184 Cit. ibídem.

185 Durante todo el siglo XVIII las relaciones entre España e Inglaterra fueron muy inestables. En 1727 ambos países entraron en guerra por el intento español de recuperar Gibraltar. Esta situación duró hasta 1729 cuando con la firma del Tratado de Sevilla se volvió a la normalidad. Posteriormente, en 1740 ambos países se enfrentaron nuevamente durante la Guerra de Sucesión Austriaca que terminó con el Tratado de Aquisgrán de 1748. Por último, en 1804, el ataque británico a la flota española en la Batalla del Cabo de Santa María provocó una nueva declaración de guerra de España a Gran Bretaña y la derrota de Trafalgar al año siguiente fue el episodio más renombrado de dicho enfrentamiento.

Poco a poco se fueron utilizando para otros fines las tierras de los indígenas ya que su población era cada vez menor y ya para la segunda mitad del siglo XVIII el resguardo había perdido completamente su importancia económica, y dio paso al ingreso de campesinos y colonos que empezaron a asentarse permanentemente en dichos territorios.

La crisis definitiva llegó con la independencia, pues ésta estaba inspirada en los principios liberadores franceses, en un concepto de economía individualista, y su finalidad era reivindicar para América todo el poder que había sido de España. Esta ideología se apartaba completamente del problema indígena y de su concepción colectiva de la tierra; de manera que una de las primeras medidas tomadas al declararse la independencia fue declarar a todos los indígenas, de un momento a otro y sin ninguna protección, ciudadanos libres e iguales listos para integrarse al sistema individual y capitalista del Estado, lo cual rompía el esquema mental y sociológico de ellos y la forma colectiva de su economía y de su vida en general. De allí en adelante la figura del resguardo empezó a debilitarse y casi a desaparecer[187].

El 24 de septiembre de 1810 se ordenó repartir las tierras de todos los resguardos presentes en el territorio nacional, en proporción de las familias que allí habitasen, dándole a cada una la propiedad de la porción de tierra que le correspondiera; y el 5 de julio de 1820 volvió a decretarse lo mismo para las tierras que aún no habían sido repartidas, eso sí, conservando la prohibición de arrendarlas o enajenarlas; las tierras sobrantes eran arrendadas a campesinos y colonos y a todos aquellos comerciantes, militares, etc., que venían a acompañar a los sacerdotes misioneros que tenían la función de evangelizar a los "indios"[188].

Sin embargo, este proceso de eliminación de los resguardos mediante la repartición de las tierras que los conformaban a cada una de las familias que allí habitaran era un proceso muy complicado y muy lento; por esta razón, a finales de 1820 Simón Bolívar decidió mantener la figura hasta tanto se hubiera entregado la propiedad de cada una de las parcelas, pero expidiendo algunas leyes nuevas para regularla de manera más clara. Esta decisión de Bolívar fue la salvación de la figura del resguardo, que aún hoy se mantiene viva, y cuya regulación, desde entonces, se ha caracterizado por ser una legislación especial y distinta del orden normativo general que encontró su máxima expresión en la Ley 89 de 1890, aún vigente en varios de sus artículos.

---

186 Rivera, Jairo, *El Resguardo una política y unas perspectivas*, en Boletín de Historia y Antigüedades n.º 751, Academia Colombiana de Historia, Bogotá, 1985.

187 Cit. ibídem.

188 Cit. ibídem.

Volviendo a la evolución de los resguardos, durante el siglo XIX la política general en el país fue aquella de "integrar" a la sociedad a todos los indígenas restantes principalmente con el ofrecimiento de empleos agrícolas. Aunque para este momento ya muchos de los territorios que durante la Colonia formaban parte de los resguardos indígenas habían sido repartidos, todavía quedaban varios terrenos cobijados por esta figura y algunos indígenas empezaron a oponer resistencia tanto a la aculturación como a la división de las tierras. Fue gracias a esta oposición como se salvaron los resguardos que actualmente sobreviven, ya que sus integrantes fingían aceptar la porción que les correspondía pero en realidad no hacían linderos y seguían viviendo en comunidad.

Finalmente, en 1890 se expidió la mencionada Ley 89, que pretendía terminar de introducir a la vida civil a todos los indígenas que aún restaban, pero que, sin proponérselo, terminó siendo la herramienta principal que les permitió defender sus derechos[189]. Esta ley establecía que la legislación general de la República no regiría dentro de las comunidades indígenas mientras estas estuvieran en el proceso de reducirse a la vida civilizada por medio de las misiones; que en cada parcialidad indígena debía existir un cabildo nombrado por ellos mismos, que se encargaría de solucionar los conflictos entre indígenas con penas no superiores a dos días de arresto, de defender la tierra en cuanto a que nadie pudiera vender o arrendar o hipotecar una porción de resguardo y de elaborar los censos familiares.

En cuanto a los resguardos como tal, esta ley estableció que cuando no fuese posible determinar a qué indígenas pertenecía un territorio éste se anexaría a la población más cercana, y que cuando un indígena mayor de edad –casado no– tuviera tierra debía otorgársele una parte de los terrenos reservados para el servicio de las parcialidades; estableció además normas de protección para las aguas y los bosques, y pese a que su objetivo final era la desaparición de los resguardos y la integración de todos los indígenas a la sociedad[190], impuso un

---

189 Cit. ibídem.

190 Un importante sector de la doctrina ha indicado que en realidad mientras estuvo vigente la categoría de 'indios' como seres a los que había que proteger, ésta no necesariamente tenía una connotación de inferioridad; si bien es cierto que la historia indígena en América Latina está marcada por la violencia y el sufrimiento también es cierto che mientras estuvieron bajo ese estatus conservaron sus derechos territoriales gracias a la figura del resguardo. Fueron en cambio las leyes y constituciones del periodo republicano las que, al tratar de asimilar a los indígenas al resto de la población en pro del principio de igualdad, les quitaron todo tipo de prerrogativas y protección especialmente en materia de protección a su derecho a la propiedad común de sus territorios; teniendo en cuenta además la especial tutela que se le dio a la propiedad privada por encima de la propiedad colectiva. Al respecto véase, entre otros: LANNI, SABRINA, *Sistema giuridico latinoamericano e diritti dei popoli indigeni*, en I diritti dei popoli indigeni in America Latina, Edizioni Scientifiche Italiane, Roma, 2011, pp. 7-90; DUVE, THOMAS, *La condición jurídica del indio y su consideración como persona miserabilis en el derecho indiano,* en Un

plazo de 50 años prorrogables para lograrlo, con el fin de no violar derechos ni crear grandes traumatismos.

Si bien durante los años siguientes la política de "civilización" y de división de los resguardos continuó mediante nuevos decretos y leyes[191], y por momentos se hizo más fuerte y atentatoria de los derechos de los indígenas incluso permitiendo la expropiación de sus tierras sin indemnización alguna, la Ley 89 no perdió totalmente su vigencia y fue utilizada a finales del siglo XX, y ha seguido siéndolo durante el siglo XXI, por parte de los indígenas para reivindicar muchos de sus derechos.

A parir de la segunda mitad de los años setenta, gracias a los esfuerzos de la Liga Indígena de la Sierra Nevada de Santa Marta[192], el Instituto Colombiano de Reforma Agraria (Incora) inició una política de constitución y protección de resguardos indígenas[193]. Mediante la Resolución 113 de 1974 el Incora creó la Reserva Indígena Arhuaca en las zonas media y alta de la vertiente sur del macizo, con una extensión de 185.000 hectáreas[194]; y, más adelante, mediante la Resolución 078 de 1983, se le confirió a esta reserva el carácter de resguardo

---

giudice e due leggi. Pluralismo normativo e conflitti agrari in Sud America, Giuffrè, Milán, 2004; LEVAGGI ABELARDO, *Muerte y resurrección del derecho indiano sobre el aborigen en la Argentina del siglo XIX*, Perrot, Buenos Aires, 1988; y, MAYORGA FERNANDO, *Il riconoscimento dei diritti degli indigeni: dallo stato coloniale allo stato moderno, ovvero il cammino a ritroso del tempo*, en I diritti dei popoli indigeni in America Latina compilado por LANNI, SABRINA, Edizioni Scientifiche Italiane, Roma, 2011, pp. 303-336.

191 Ley 72 de 1892, Ley 13 de 1903, Ley 5.ª de 1904, Ley 55 de 1905, Ley 28 de 1909, Ley 51 de 1911, Ley 14 de 1912, Ley 64 de 1914, Ley 52 de 1915, Ley 60 de 1916, Ley 104 de 1916, Ley 32 de 1920, Ley 56 de 1920, Ley 14 de 1925, Ley 19 de 1927, Ley 11 de 1931, Ley 200 de 1936, Decreto 1421 de 1940, Ley 100 de 1944, Ley 81 de 1958, Decreto 1634 de 1960, Ley 1.ª de 1968, Decreto 2117 de 1969, Ley 6.ª de 1975, Decreto 1142 de 1976.

192 Unión de los representantes indígenas de la Sierra a la que se le reconoció personería jurídica en 1949 y que, gracias a la asesoría legal que tenía, logró que fueran escuchadas finalmente, por parte del Gobierno Nacional, las peticiones de las comunidades de esta zona relativas a los derechos territoriales y a la demarcación de la Línea Negra.

193 El resguardo, como institución, tiene algunas ventajas para las comunidades: además de ser un importante agente de supervivencia cultural y de cohesión comunal, es una institución que garantiza la propiedad colectiva de sus tierras y con esto, su supervivencia autónoma y, la explotación económica de las mismas dentro de un cierto margen de seguridad en cuanto a la permanencia de sus medios de subsistencia y a las actividades de trueque y compraventa de productos. Además, es un medio para asegurar que el indígena no entre al mercado de trabajo sin que se le garanticen unas mínimas condiciones de supervivencia cultural. Sin embargo, el resguardo se ve enfrentado en gran parte a las mismas presiones que lo acosaron en la Colonia: no tiene aún suficiente poder para frenar la invasión de tierras por colonos, ni autoridad para frenar las intervenciones y actividades de explotación de los no indígenas, además de estar expuesto continuamente a la politización. Tomado de RIVERA, JAIRO, *El Resguardo una política y unas perspectivas*, en Boletín de Historia y Antigüedades n.º 751, Academia Colombiana de Historia, Bogotá, 1985.

194 Resolución 113 de 1974 del Incora.

indígena, y se le incorporaron al área 10.900 hectáreas más en la parte sur de la reserva[195].

Por otra parte, en 1980 se reconoció el Resguardo Kogui-Wiwa[196], con 364.490 hectáreas, ampliado en 19.000 hectáreas en 1994, lo cual permitió que los habitantes de la vertiente norte tuvieran una pequeña franja de tierra con acceso al mar; en 1959 la Sierra Nevada fue declarada por ley reserva forestal y en 1964 gran parte de ella fue declarada parque nacional natural, con un área de aproximadamente 383.000 hectáreas, que van desde el nivel del mar hasta los picos nevados. En 1969 se creó además el Parque Nacional Tayrona. Esos dos parques representan el 20% del área de la ecorregión y el 34% del área de las tierras altas y están prohibidos la titulación de tierras y el desarrollo de actividades económicas dentro del área delimitada. Sin embargo, el problema sigue siendo el restante 66% de territorio aledaño que es parte del mismo ecosistema y que en gran parte los iku perdieron sobre todo en sus áreas bajas.

Por último, en el año 1996 mediante la Resolución 032 creó el Resguardo de Bunsichama, con una extensión de 128 hectáreas independientes del resguardo anterior, en jurisdicción del municipio de Pueblo Bello. De lo anterior se deduce que actualmente el pueblo arhuaco cuenta con 196.028 hectáreas tituladas bajo la figura del resguardo[197].

Tanto el Convenio 169 de la OIT, ratificado en Colombia con la Ley 91 de 1993, como la Constitución Política de 1991 han reconocido y protegido la institución del resguardo. Por una parte, el Convenio 169 les reconoció el derecho de propiedad y posesión a los pueblos indígenas sobre las tierras o los territorios que tradicionalmente han ocupado y a no ser trasladados de ellos, así como la importancia que tiene su carácter colectivo; y, por otra, la Constitución Política de 1991 le otorgó rango constitucional al resguardo, indicando en el título "De la organización territorial", artículo 329, que "los resguardos son de propiedad colectiva y no enajenable", de lo cual puede inferirse que se trata de una figura que va mucho más allá de un terreno o de una propiedad raíz dada su relación especial con culturas diferentes que son objeto de la más elevada protección constitucional. Así mismo, en los artículos 63 y 329 se estableció que las tierras

---

195 Resolución 078 de 1983 del Incora.

196 Resolución 0109 de 1980 del Incora.

197 Durante el segundo semestre del año 2013, el Incoder (anteriormente Incora), a solicitud del pueblo arhuaco adelantó estudios para la ampliación del Resguardo hacia la parte baja en un total de aproximadamente 11.000 hectáreas, teniendo en cuenta que se trata de tierras actualmente ocupadas en su mayoría por población indígenas; sin embargo, no se conocen aún los resultados definitivos de dichos estudios.

que conforman los resguardos indígenas tienen el carácter de *imprescriptibles, inembargables e inalienables*.

Por otro lado, el Decreto 2164 de 1995[198] modernizó la definición de *resguardo* en los siguientes términos: "Una institución legal y sociopolítica de carácter especial, conformada por una o más comunidades indígenas, que con un título de propiedad colectiva goza de las garantías de la propiedad privada, poseen su territorio y se rigen para el manejo de éste y su vida interna por una organización autónoma amparada por el fuero indígena y su sistema normativo propio".

Esta definición fue acogida y reiterada por la Corte Constitucional en la sentencia T-739 de 2017[199].

Sin embargo, las problemáticas territoriales siguen latentes en la Sierra Nevada de Santa Marta y tienen que ver principalmente con la continua invasión de los resguardos por parte de colonos, tanto campesinos como grupos armados al margen de la ley; la no ampliación de aquellos mediante la recuperación de los territorios que se encuentran dentro de la Línea Negra así como su falta de reconocimiento oficial, lo cual se tratará más adelante; y la falta de legislación para la creación de las ETI consagradas por la Constitución Política de 1991[200].

Las ETI son porciones de territorio dotadas de autonomía política, económica y administrativa dentro de las cuales los pueblos indígenas pueden desarrollarse autónomamente siempre y cuando no vulneren el orden nacional y la Constitución. Con la intención de proteger los territorios indígenas y reforzar los resguardos existentes, la Constitución vigente estableció, en los artículos 329, 330 y 56 transitorio, la creación de las mencionadas ETI[201] pero ésta ha sufrido innumerables tropiezos.

---

198 Se trata del Decreto que reglamentó parcialmente el capítulo XIV de la Ley 160 de 1994 en lo relacionado con la dotación y titulación de tierras a las comunidades indígenas para la constitución, reestructuración, ampliación y saneamiento de los Resguardos en el territorio nacional. Por su parte, la Ley 160 de 1994 creó el Sistema Nacional de Reforma Agraria y Desarrollo Rural Campesino que fue posteriormente modificada en el año 2015.

199 Corte Constitucional, sentencia T-739 de 2017, MP Luis Ernesto Guerrero. Esta sentencia fue proferida tras la revisión por parte de la Corte Constitucional de una tutela instaurada por el cabildo gobernador del pueblo indígena Nasa en la que advirtió que el derecho al territorio del pueblo Nasa se ha visto afectado por la falta de reconocimiento etnológico de los cabildos por parte del Ministerio del Interior, así como por la demora en la constitución de los resguardos indígenas por parte del Incoder.

200 Al respecto, PÉREZ, JACOBO, *Derecho Constitucional Colombiano*, Temis, Bogotá, 1997, pp. 776-780 y SÁNCHEZ, ENRIQUE, ROLDÁN, ROQUE y SÁNCHEZ, MARÍA FERNANDA, *Derechos e identidad, los pueblos indígenas y negros en la Constitución Política de 1991*, Disloque Editores, Bogotá, 1993, pp. 68-108.

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

Sólo en el año 2014, 23 años después de la expedición de las mencionadas normas constitucionales, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1953, "por el cual se crea un régimen especial con el fin de poner en funcionamiento los Territorios Indígenas respecto de la administración de los sistemas propios de los pueblos indígenas hasta que el Congreso expida la ley de que trata el artículo 329 de la Constitución Política"; aún así, hasta el día de hoy el Congreso de la República no ha expedido la ley orgánica que se requiere para la regulación clara y definitiva de las llamadas entidades territoriales indígenas.

Las diferentes leyes tanto orgánicas como ordinarias[202] que se han expedido después de la Constitución Política de 1991, relativas al ordenamiento territorial, no han acatado el mandato constitucional de crear y regular estas entidades. Es más: a lo largo de los años ni siquiera han mencionado el asunto o le han trasladado la competencia de elaborar el respectivo proyecto de ley al Gobierno Nacional, tal y como ocurrió en el parágrafo 2 del artículo 37 de la Ley 1454 de 2011, en el que se indica:

Comisión de Ordenamiento Territorial. Los resguardos son de propiedad colectiva y no enajenable. La ley definirá las relaciones y la coordinación de estas entidades con aquellas de las cuales formen parte. Parágrafo: En el caso de un territorio indígena que comprenda el territorio de dos o más departamentos, su administración se hará por los consejos indígenas en coordinación con los gobernadores de los respectivos departamentos. En caso de que este territorio decida constituirse como entidad territorial, se hará con el cumplimiento de los requisitos establecidos en el inciso primero de este artículo.

"Artículo 330: De conformidad con la Constitución y las leyes, los territorios indígenas estarán gobernados por consejos conformados y reglamentados según los usos y costumbres de sus comunidades y ejercerán las siguientes funciones: 1. Velar por la aplicación de las normas legales sobre usos del suelo y poblamiento de sus territorios. 2. Diseñar las políticas y los planes y programas de desarrollo económico y social dentro de su territorio, en armonía con el Plan Nacional de Desarrollo. 3. Promover las inversiones públicas en sus territorios y velar por su debida ejecución. 4. Percibir y distribuir sus recursos. 5. Velar por la preservación de los recursos naturales. 6. Coordinar los programas y proyectos promovidos por las diferentes comunidades en su territorio. 7. Colaborar con el mantenimiento del orden público dentro de su territorio de acuerdo con las instrucciones y disposiciones del Gobierno Nacional. 8. Representar a los territorios ante el Gobierno Nacional y las demás entidades a las cuales se integren; y 9. Las que les señalen la Constitución y la ley.

"Parágrafo: La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. En las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación, el Gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades.

"Artículo transitorio 56: Mientras se expide la ley a que se refiere el artículo 329, el Gobierno podrá dictar las normas fiscales necesarias y las demás relativas al funcionamiento de los territorios indígenas y su coordinación con las demás entidades territoriales".

202 Decreto 1088 de 1993, Ley 152 de 1994, Ley 136 de 1994, Ley 290 de 1996, Ley 388 de 1997, Ley 507 de 1999, Ley 508 de 1999, Ley 614 de 2000, Ley 677 de 2001, Ley 715 de 2001, Ley 810 de 2003, Ley 812 de 2003, Ley 1087 de 2006, Ley 1151 de 2007, Ley 1296 de 2009, Ley 1450 de 2011, Ley 1793 de 2015, entre otras.

> En virtud de lo establecido en el artículo 329 de la Constitución Política el Gobierno Nacional presentará al Congreso de la República, dentro de los diez (10) meses siguientes a la vigencia de la presente ley, el proyecto de ley especial que reglamente lo relativo a la conformación de las entidades territoriales indígenas, acogiendo los principios de participación democrática, autonomía y territorio, en estricto cumplimiento de los mecanismos especiales de consulta previa, con la participación de los representantes de las comunidades indígenas y de las comunidades afectadas o beneficiadas en dicho proceso.
>
> En desarrollo de esta norma y cuando corresponda, el Gobierno Nacional hará la delimitación correspondiente, previo concepto de la comisión de ordenamiento territorial, como instancia consultiva del proceso.

Tal y como ya se mencionó, en el año 2014, en cumplimiento del artículo 56 transitorio de la Carta, se expidió el Decreto 1953, cuyo título indica que crea un régimen especial con el fin de poner en funcionamiento los territorios indígenas, de manera provisional, hasta tanto el Congreso de la República expida la ley de que trata el artículo 329 de la Constitución Política. De esta manera, 23 años después, finalmente existe una regulación referente a las ETI pero se trata apenas de una regulación provisional e incompleta que no satisface aún los derechos de los pueblos indígenas.

La constitucionalidad del decreto fue demandada ante la Corte Constitucional bajo el argumento de que al mencionar las entidades territoriales indígenas la Ley 1454 de 2011 había agotado la competencia transitoria del Gobierno para regular la materia en tanto se profiriera una ley que así lo hiciera. En respuesta, la Corte Constitucional declaró la constitucionalidad del entero contenido del decreto[203], con diferentes consideraciones: por una parte, afirmó que el artículo 56 transitorio de la Constitución establece la posibilidad de que el Gobierno Nacional adopte las normas relativas al funcionamiento de los territorios indígenas y su coordinación con las demás entidades territoriales hasta tanto se expida la ley; en segundo lugar dijo que esta es una competencia cualificada y condicionada ya que las normas que se expiden en ejercicio de lo allí dispuesto tienen naturaleza legislativa pero con una vigencia temporal que depende de la iniciativa legislativa del Congreso; y que en el caso bajo estudio el Gobierno se ocupó de desarrollar materias que no habían sido desarrolladas por la ley ya que de la Ley 1454 de 2011 no se desprende un régimen que establezca las condiciones mínimas para hacer posible el funcionamiento de los territorios indígenas, razón por la cual no actuó por fuera de sus competencias.

---

203 Corte Constitucional, sentencia C-617 del 30 de septiembre de 2015, MP Mauricio González.

Sin embargo, aceptó que "resulta ciertamente problemático que pasado tanto tiempo desde la promulgación de la Constitución de 1991, continúe vigente una competencia extraordinaria fijada por el derecho transitorio de la Constitución"[204], y dijo que ya en la sentencia C-489 de 2012 se había exhortado al Congreso de la República, ya que éste estaba incurriendo en una omisión legislativa absoluta al respecto, al no haber desarrollado la ley a que se refiere el artículo 329 constitucional[205].

Más allá de la constitucionalidad del mencionado decreto por cuanto no irrespeta ningún precepto de la Carta, lo cierto es que a la fecha no ha sido posible la creación de una legislación clara que regule del funcionamiento de las entidades territoriales indígenas, por dos razones fundamentales: en primer lugar, los territorios que constituyen propiedad comunal ancestral indígena no están delimitados; y, en segundo lugar, no hay aún claridad en cuanto a los límites geográficos de lo que ellos reclaman como de propiedad consuetudinaria dada su historia, ocupación y cosmovisión, y que legitime de manera efectiva sus derechos.

Mientras no exista seguridad jurídica en cuanto al territorio que les corresponde, tampoco puede existir seguridad jurídica en cuanto a sus derechos y a

---

204 Cit. ibídem.

205 Radio Macondo, 4 de octubre de 2015, disponible en [http://radiomacondo.fm/2015/10/04/onic-celebra-decision-de-la-corte-constitucional-al-declarar-exequible-el-decreto-1953-de-origen/]: "La Organización Nacional Indígena de Colombia – ONIC recibe con gran alegría y orgullo la decisión adoptada por la Honorable Corte Constitucional, en la sentencia C-617 de 2015, de declarar *exequible* el Decreto 1953 del 7 de octubre de 2014. […] Con esta decisión, el Alto Tribunal Constitucional preserva su línea jurisprudencial establecida, entre otras, en la sentencia T-405 de 1993, en la que reconoce la importancia de la diversidad étnica y cultural en la configuración del orden constitucional del Estado Social de Derecho. […] Con la declaratoria de exequibilidad del Decreto 1953 de 2014 se mantiene intacta la posibilidad de avanzar en la delimitación y puesta en funcionamiento de los Territorios Indígenas, y se despeja cualquier duda en relación a la imperativa necesidad de fortalecer el derecho a la autonomía administrativa, política y jurídica de los Territorios Indígenas, a través del desarrollo de los Sistemas Indígenas Propios de Educación y Salud; la posibilidad que los Resguardos Indígenas administren directamente los recursos que constitucionalmente les corresponden como asignación especial del Sistema General de Participaciones (SGP), así como los relativos a las partidas de agua potable y saneamiento básico, y la urgente necesidad de avanzar concertadamente con el Gobierno Nacional en la generación de mecanismos para el apoyo y fortalecimiento de la Jurisdicción Especial Indígena.

"[…] La trascendental decisión de la máxima autoridad constitucional en Colombia, anima a la ONIC desde sus bases, a continuar con el impulso de procesos organizativos y acciones afirmativas de lucha y reivindicación en defensa y garantía efectiva de los derechos. […] La Autoridad Nacional de Gobierno Indígena (ONIC) reconoce el rol esencial desempeñado por la Corte Constitucional, como ha sido su tradición y misión, en defensa de la Constitución Política y los Derechos Fundamentales de las y los colombianos, especialmente, de aquellos sujetos en condiciones de vulnerabilidad y de especial protección como son los Pueblos Indígenas".

sus funciones propias dentro de dichos territorios. Esta figura constitucional resultaría vital para la superación de la figura del resguardo colonial, en pro de un real pluralismo jurídico que acabe con las relaciones de dependencia que actualmente existen entre ellos y los municipios a los que pertenecen geográficamente, por ejemplo en materia del Sistema Nacional de Participación o en la explotación de recursos naturales.

C. Protección oficial del territorio iku dentro de la línea negra, perspectivas territoriales y actuaciones para su obtención

Vista la organización territorial que impera actualmente en la Sierra Nevada de Santa Marta, principalmente basada en la protección de los resguardos indígenas y de los parques naturales creados durante el siglo XX y su convivencia con los *bunachi* ubicados en la zona, debe analizarse ahora si ésta resulta suficiente desde el punto de vista de las comunidades y cuáles son las luchas a las que éstas se enfrentan diariamente para poder, por un lado, mantener el control sobre los territorios reconocidos como de dominio indígena y, por otro, ampliar los límites de éstos con el fin de recuperar todo el territorio que, según ellos, les pertenece. Los principales frentes en los que se sostienen las luchas son el reconocimiento de la Línea Negra, la colonización *bunachi* y la falta de una ley relativa a la consulta previa.

Si bien la creación de los resguardos que actualmente existen en la Sierra representa una protección eficiente para la conservación de sus territorios, en opinión de los arhuacos dichos territorios no representan la totalidad de aquellos que ancestralmente les fueron otorgados, que, como ya se mencionó, llegan hasta la Línea Negra.

Vale la pena recordar que la Línea Negra es un límite territorial ubicado en la Sierra Nevada de Santa Marta, que ha sido señalado por los dioses y que está conformado por la unión de varios sitios sagrados, todos interrelacionados entre sí, dentro de los cuales queda comprendida toda la montaña, parte del piedemonte hacia el interior del país y parte del mar Caribe que la rodea hacia el norte.

En palabras iku la Línea Negra o Línea Divisoria es una sucesión de hitos geográficos sagrados ubicados en el contorno de la Sierra Nevada de tal manera que entre todos conforman una red o flujo de relaciones permanentes que le dan vida y esencia al territorio, y la misión de la comunidad es mantener activas dichas conexiones. Este orden natural articula y determina de manera específica los diversos aspectos de la vida humana, ambiental, cultural, política, social y económica de la Sierra Nevada y el mundo. La Línea Negra no debe entenderse

como una simple frontera sino como el límite establecido por los padres superiores desde donde inicia el territorio ancestral y desde donde los iku deben cumplir su misión principal: la defensa y protección del corazón del mundo[206]. Todo el territorio comprendido dentro de los linderos de ella según su Ley de Origen les pertenece y les debe ser restituido; y, así mismo, toda actividad que pretenda desarrollarse en el interior de dicho límite les debe ser consultada.

> A los pueblos indígenas se les dejó su territorio para que mediante el ejercicio de una vida fundamentada en el cumplimiento de la Ley de Origen se correlacionen con las sociedades grandes, pero sobre todo que reine la espiritualidad de contribución y abastecimiento de las utilidades en el mundo espiritual. Por eso los indígenas somos más espirituales que materiales y así lo debemos reflejar en la vida cotidiana. Pero no se puede entender esta misión como un poder atribuido a nosotros directamente, esa facultad está en manos de los padres mayores, nosotros como humanos estamos limitados a solo contribuir (*izasana* [pagar]) a los padres para que ellos como dueños de toda materia gobiernen, ordenen y faciliten la vida. Para nosotros poder continuar con esta misión, los no indígenas nos deben respetar nuestro territorio sagrado y nuestro modo de vida[207].

206 Documento Madre de la Línea Negra –Jaba Séshizha– de los cuatro pueblos indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta, base para la elaboración del proyecto de decreto para la regulación de la Línea Negra, elaborado por las autoridades de las cuatro comunidades en diciembre del año 2015, pp. 22-34.

207 Proyecto final de Plan Salvaguarda Iku, Nabusímake, 2015, p. 26.

Durante los años siguientes a 1970 los iku obtuvieron dos grandes logros en materia territorial, relacionados con la Línea Negra. Por una parte, el Estado colombiano la reconoció, por primera vez, como demarcación del territorio ancestral de los pueblos indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta mediante la Resolución 000002 de 1973 del Ministerio de Gobierno (hoy Ministerio del Interior), en la que se hizo una primera demarcación muy simple, modificada posteriormente por la Resolución 837 de 1995 proferida por la misma entidad, en la que se reconocieron como sagrados 53 hitos periféricos.

Este reconocimiento oficial que se le otorgó a la Línea Negra mediante las mencionadas resoluciones tiene un significado muy importante. Por una parte, debe resaltarse que las comunidades indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta son las únicas en Colombia que han logrado que el Gobierno Nacional les reconozca la existencia de un límite territorial dentro del cual ellas se encuentran protegidas y pueden hacer valer sus derechos, aunque hasta antes del 2018 se tratara de un límite simbólico porque no formaba parte de los mapas oficiales del país y porque aunque se aceptara su existencia, el Estado no dejaba de ser soberano en su interior; y, por otra, este reconocimiento significó que en esos 53 hitos periféricos nadie podía hacer nada sin que mediara una consulta previa.

Más adelante, la protección de la Línea Negra fue reforzada además por la Corte Constitucional colombiana por primera vez en el auto 189 de 2013 en el que, en el marco de un seguimiento a una consulta previa en territorio arhuaco, esta corporación exhortó al Gobierno Nacional para iniciar las actividades tendientes a revisar, modificar, derogar o adicionar, según el caso, las resoluciones 837 de 1995 y 005 de 1973, con el fin de redefinir o actualizar la Línea Negra ya que para ese momento empezaba a ser insuficiente la protección cobijada por ellas[208].

Además, la Corte Constitucional expidió la sentencia T-858 de 2013 y luego las sentencias T-849 de 2014 y T-005 de 2016 que son las más significativas en la materia entre otras. La sentencia T-858 de 2013 reviste particular importancia por cuanto se trata del primer pronunciamiento en el que la Corte, basándose en documentos iku y entrevistas a sus dirigentes, reconoció la existencia de este límite territorial; lo definió como "[…] una delimitación ancestral conformada por una serie de líneas virtuales radiales denominadas negras o de origen que unen accidentes geográficos o hitos, considerados por ellos como sagrados […]"[209]; y

208 Corte Constitucional, auto 189 del 2 de septiembre de 2013, MP Eduardo Mendoza.

209 Corte Constitucional, sentencia T-858 del 27 de noviembre de 2013, MP Alberto Rojas Ríos.

la reconoció como una zona de especial protección debido al valor espiritual y cultural que tiene para los cuatro pueblos indígenas de la Sierra[210].

Por su parte, la sentencia T-849 de 2014 se considera el fallo más importante expedido en materia de Línea Negra ya que allí, para resolver el problema jurídico planteado en la demanda relativo a la obligatoriedad o no de la realización de consulta previa para poder realizar cualquier tipo de intervención en cualquier parte del territorio comprendido dentro de ella, la Corte declaró su existencia, reiteró su protección y le ordenó al Ministerio del Interior "[…] que en adelante, incorpore a las solicitudes de certificación de presencia de comunidades indígenas al interior del territorio denominado la [L]ínea [N]egra, una consideración relativa a la obligatoriedad de realizar el proceso de consulta previa so pena de incurrir en desconocimiento de los derechos fundamentales de las comunidades que habitan el territorio sagrado de la Sierra Nevada de Santa Marta, con las sanciones y responsabilidades que ello conlleva […]"[211].

En esta providencia se indicó que el reconocimiento de un territorio especialmente protegido para las comunidades indígenas que habitan la Sierra Nevada de Santa Marta obedeció al proceso histórico de delimitación de sus resguardos; que el reconocimiento de la existencia de sociedades cultural, filosófica, histórica, sociológica y económicamente diferentes a la mayoritaria, implica la obligación consecuencial de protección estatal, la cual debe tener límites racionales pues la intervención excesiva puede llegar a ser aún más perjudicial que la pasividad del Estado; que la protección estatal de los derechos de las comunidades indígenas se manifiesta en la garantía del principio de autodeterminación que además implica el reconocimiento respecto de sus diferentes cosmovisiones; y que teniendo en cuenta las diferencias existentes entre las comunidades indígenas y las sociedades denominadas "occidentales", el Estado colombiano ha iniciado un proceso de construcción de mecanismos para garantizar el principio de autodeterminación a partir de la participación solidaria de la sociedad en general.

Para la Corte, esto significa que debe existir un compromiso recíproco para respetar la diferencia, pero, a su vez, encontrar puntos comunes de pensamiento. Un ejemplo de ello es el compromiso adoptado por el Estado colombiano al

---

210 Ibídem. Esta sentencia es muy importante desde el punto de vista del pueblo arhuaco. Se resolvió allí la acción de tutela interpuesta por un particular contra el Departamento del Cesar, la Corporación Autónoma del Cesar (Corpocesar) y el Ministerio del Interior, ya que pretendía obtener una licencia para explotar una cantera dentro del territorio comprendido dentro de la Línea Negra, y, consideró violados sus derechos fundamentales cuando se le indicó por parte del Ministerio del Interior que para obtener la licencia debía realizar un proceso de consulta previa con las cuatro comunidades que habitan la Sierra Nevada de Santa Marta.

211 Corte Constitucional, sentencia T-849 del 12 de noviembre de 2014, MP (e) Martha Victoria Sáchica.

reconocer la Línea Negra y así la necesidad de proteger otras formas de concebir el mundo y de respetar otras cosmovisiones adoptando acciones para garantizar la existencia y reproducción de los saberes y prácticas de vida de los indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta; garantizando la igualdad al reconocer a los otros como interlocutores válidos, sujetos de derecho y objetos de protección; y aplicando la solidaridad, al reconocer que el territorio allí incorporado es parte integral del Estado colombiano, pero el ejercicio del derecho de dominio en su interior se encuentra limitado por la garantía del principio de autodeterminación de las sociedades indígenas que lo habitan.

La Corte afirmó que en este caso el principio de solidaridad se presenta en dos dimensiones: una negativa, por la cual el Estado y las sociedades ajenas al territorio deben abstenerse de efectuar prácticas que atenten contra la existencia e identidad de las comunidades que habitan la Sierra Nevada de Santa Marta, y una positiva, que establece que tanto el Estado como las sociedades ajenas al territorio son garantes de la protección de las comunidades que allí habitan y deben realizar acciones afirmativas como la promoción de mecanismos que permitan la reproducción de sus saberes, la pervivencia de sus costumbres, la preservación de su identidad de grupo, además de la creación de normas jurídicas o la imposición de sanciones para quienes pretendan desconocer ese pacto social.

El tribunal constitucional colombiano sostuvo asimismo que con el reconocimiento hecho desde la primera resolución del 4 de enero de 1973 por el Gobierno se ha entendido

> Que los pueblos indígenas de [la] Sierra Nevada de Santa Marta, han delimitado de manera ancestral su territorio mediante una serie de líneas virtuales radiales denominadas "Negras" o "de Origen" que unen accidentes geográficos o hitos, considerados por ellos como sagrados, con el cerro Gonawindúa –pico Bolívar–, de tal manera que sus pagamentos en estos hitos garantizan el flujo de fuerzas espirituales entre ellos y el centro de la Sierra, trabajo espiritual que a su vez garantiza el equilibrio de la Sierra Nevada y el mundo en general […] || Que las concepciones radial y perimetral del territorio indígena de los pueblos de la Sierra Nevada de Santa Marta corresponden a dos modelos de categorías diferentes: la primera, a la cosmovisión indígena, de delimitación espiritual, dinámica y holística del territorio; la segunda, a la concepción del área geométrica y estática occidental para definición de un territorio y que el Gobierno encuentra necesario proveer una forma de articulación intercultural entre estas concepciones para efectos no solo de la protección y el respeto a las prácticas culturales indígenas, sino para garantizar una relación intercultural funcional con la autonomía política y cultural de la cual gozan los indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta.

El punto fundamental de la sentencia de la Corte versó sobre la obligación de proteger el ejercicio de los derechos de las comunidades indígenas en el área

de la Línea Negra, al afirmar que el compromiso asumido por el Estado colombiano no se limita a la garantía de protección de algunos sitios dentro de ella (los 53 hitos reconocidos por la Resolución 837 de 1995), sino a la *totalidad* del territorio que ésta incorpora, ya que corresponde a un espacio georreferencial delimitado por un polígono que recrea un espacio determinado y un no a un conjunto de lugares sin conexión alguna en lugares aislados.

La Corte concluyó que el territorio comprendido dentro de la Línea Negra es una zona de especial protección debido al valor espiritual y cultural que tiene para los cuatro pueblos indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta, razón por la cual esas comunidades deben ser consultadas cuando un proyecto pueda afectar el ejercicio de sus derechos, y no hacerlo constituiría un incumplimiento del Estado colombiano de sus obligaciones y una vulneración de los derechos de la comunidad. Lo anterior no implica que no puedan ejecutarse contratos de concesión dentro de la Línea, sino que sobre ellos debe informarse a las comunidades indígenas que habitan la Sierra Nevada de Santa Marta, con el propósito de agotar el derecho a la consulta previa.

Esta providencia es muy importante porque no solo aclaró que toda actividad o intervención que pretenda realizarse dentro de los límites de la Línea Negra debe estar precedida de un proceso de consulta previa, sino que además afirmó que todos los actos administrativos por medio de los cuales se haya concedido permiso para la explotación dentro de ella, con posterioridad a la ratificación por parte de Colombia del Convenio 169 de la OIT, sin realizar el procedimiento de consulta previa, vulneran los derechos fundamentales de las comunidades indígenas que habitan la Sierra Nevada de Santa Marta[212].

---

212 El Tiempo, 19 de febrero de 2016, disponible en [www.eltiempo.com/colombia/otras-ciudades/dialogos-sobre-la-proteccion-de-la-sierra-nevada-se-encuentran-en-peligro/16515213]: "Desde hace dos años, de manera regular, delegados de los cuatro pueblos de la Sierra Nevada de Santa Marta (kankuamos, koguis, wiwas y arhuacos) y del Ministerio del Interior se reúnen para salvaguardar esta parte de la Tierra. Hoy, esos diálogos están en peligro porque los mamos han decido dejar de conversar sobre uno de los temas: la consulta previa. […] En 2014, con la sentencia T-849, la Corte Constitucional les dio la razón a los pueblos sobre la necesidad de proteger esta zona y destacó el papel que ellos tienen en esa misión. […] Fue este punto el que llevó a los indígenas a acudir a los jueces ordinarios que garanticen sus derechos fundamentales, debido a que el Gobierno otorgó, en 2010, 95 licencias ambientales a proyectos de minería y explotación de un yacimiento de materiales de construcción en esa zona. La razón para autorizarlo era que allí no había resguardos sino territorio ancestral y por tanto no se tenía que realizar la consulta previa a las comunidades, como ordena el Convenio 169 de la OIT (Ley 21 de 1991).

"Para aclarar ese punto, la Corte Constitucional publicó la sentencia en mención, en la cual estableció que la Línea Negra es una zona de especial protección, por su valor espiritual y cultural para los cuatro pueblos indígenas. En otras palabras, no se requiere que los pueblos la habiten sino que tenga

A su vez, la sentencia T-005 de 2016 reiteró todos los postulados básicos que fueron estudiados en la sentencia anteriormente mencionada e hizo especial énfasis en que el compromiso asumido por el Estado en las resoluciones 02 de 1973 y 837 de 1995 no se limitaba a la garantía de proteger algunos sitios dentro de la Línea Negra sino la totalidad del territorio que se encuentra dentro de sus límites, sin que ello signifique que no puedan ejecutarse contratos de concesión en su interior, sino que sobre ellos debe informarse a las comunidades indígenas que habitan la Sierra Nevada de Santa Marta, con el propósito de agotar el derecho a la consulta previa. No es suficiente que el Ministerio del Interior certifique que en el área en la cual se efectuará un determinado proyecto no hay presencia de comunidades indígenas, cuando el territorio que se vaya afectar se encuentre dentro del espacio delimitado por la Línea Negra, ya que el espacio protegido no lo es por la cercanía de la comunidad sino por el carácter sagrado que involucra para ellas en su totalidad[213].

Por último, en materia de reconocimiento y protección de la Línea Negra, debe mencionarse un acontecimiento muy importante que cambió sustancialmente el panorama en esta materia. Tras una ardua y larga lucha encabezada por los cuatro pueblos indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta, finalmente, y cumpliendo con el exhorto de la Corte Constitucional, el Gobierno Nacional expidió el Decreto 1500 de 2018, que representa el último avance logrado al respecto.

Sin embargo, antes de proceder con la explicación del contenido y alcance del mencionado decreto, vale la pena conocer cuáles fueron sus antecedentes[214]. En el 2016 los cuatro pueblos de la Sierra presentaron ante el Gobierno Nacional

---

un valor para ellos. 'Por esa razón, esas comunidades deben ser consultadas cuando un proyecto pueda afectar el ejercicio de sus derechos', explica Rodríguez.

"[…] Al igual que las tradiciones de los pueblos indígenas, la ciencia, por sus propios métodos, también ha corroborado la relevancia de la Sierra Nevada de Santa Marta, que tiene un área calculada de 17.000 kilómetros cuadrados y está delimitada por las estribaciones del macizo y al norte por el mar Caribe. Nada más en el 2013, la revista Science publicó un artículo de investigación del Centro de Ecología Funcional y Evolutiva de Francia, en el que catalogó a la Sierra como el entorno natural más "irremplazable" del mundo por el valor de sus especies amenazadas […]".

Véase El Pilón, Fallo de la Corte favoreció a indígenas arhuacos, 18 de julio de 2015, diponible en [http://elpilon.com.co/fallo-de-la-corte-favorecio-a-indigenas-arhuacos/], visitado el 16 de enero de 2016.

213 Corte Constitucional, sentencia T-005 del 19 de enero de 2016, MP Jorge Iván Palacio.

214 La información que aquí se suministra asistiendo a los debates que se llevaron a cabo en la sede de la Presidencia de la República en el año 2016 entre las comunidades indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta y el Gobierno Nacional (Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República y Ministerio del Interior), en el marco de la discusión de la propuesta presentada por los primeros relativa a la expedición de un decreto que regulara la Línea Negra, propuesta que hoy en día se encuentra materializada en el Decreto 1500 de 2018.

(específicamente a la Secretaría Jurídica de la Presidencia de la República y al Ministerio del Interior y de Justicia) un proyecto de decreto, a través del cual se pretendía modificar la Resolución 837 de 1995 y regular el tema de la Línea Negra de manera más profunda, explicando su significado, su importancia, sus fundamentos filosóficos y enunciando cada uno de los puntos geográficos por los que esta pasa, con el fin de que el Estado la reconociera y la hiciera aparecer en sus mapas oficiales para empezar a dar protección efectiva al territorio ancestral y a los recursos naturales que en él se encuentran. Este proyecto de decreto estaba respaldado por un documento que los mismos pueblos indígenas de la Sierra prepararon con base en todos sus conocimientos y creencias, denominado *Documento Madre - Jaba Seshizha, Shetana Zhiwa y Seykutukunumaku* que recoge los principios y fundamentos de la Ley de Origen en materia de Línea Negra[215].

Como se ha visto a lo largo de este capítulo, desde la Conquista los pueblos indígenas de Colombia vienen defendiendo y reclamando sus derechos territoriales sin haber tenido éxito. Sin embargo, en tiempos recientes esta lucha se ha fortalecido y gracias a la influencia de varios factores hoy el panorama es bastante más esperanzador, aunque no del todo. Por una parte, el mundo entero es cada vez más consciente de la crisis del medio ambiente y de la necesidad imperiosa de tomar medidas frente a su protección efectiva, lo cual ha generado además un cambio en la mentalidad colectiva frente a la naturaleza, a quienes habitan en ella y al pluralismo étnico; por otra parte, las comunidades indígenas (y en este caso las de la Sierra Nevada de Santa Marta entre ellas los arhuacos) han dedicado tiempo y esfuerzos innumerables a la defensa de sus derechos territoriales, trabajando arduamente para ser escuchados a través de sus autoridades, y han logrado organizarse de tal manera que no puedan seguir siendo desoídos; y, como consecuencia de lo anterior fue posible obtener la atención del Gobierno, que con la expedición de este decreto demostró de alguna manera su voluntad de proteger los territorios de la Sierra y sus comunidades.

Lo que se buscaba era, por un lado, la ampliación de los resguardos que allí se encuentran, ya que muchas de las tierras que ellos consideran de propiedad colectiva por ser ancestrales están por fuera de aquellos, y, por otro lado, el reconocimiento oficial de todos los sitios sagrados que conforman la Línea Negra con el fin de que se establezca que en su interior los pueblos de la Sierra son soberanos y de poder ejercer allí sus derechos libremente en coordinación con los demás terceros que también los tengan.

---

215 Decreto 1500 de 2018, consideraciones.

Durante el análisis del proyecto de decreto ambas partes presentaron observaciones que vale la pena mencionar porque enriquecieron de manera particular el debate. La propuesta inicial fue presentada por el Consejo Territorial de Cabildos (CTC) tras la realización de un trabajo conjunto por parte de los cuatro pueblos con la ayuda de antropólogos, abogados y asesores, durante casi dos años (2014-2015) de reflexión y recorridos por la Sierra, con el fin de esclarecer su filosofía e identificar los puntos sagrados (348 en total), creando un texto completo y comprensible para la sociedad *bunachi* (el mencionado *Documento Madre*).

La complejidad del tema radicaba principalmente en que existen sitios sagrados comprendidos dentro de la Línea Negra en lugares que no pueden destinarse al uso exclusivo por parte de los indígenas, como por ejemplo la Plaza Alfonso López en Valledupar, el mar Caribe, todo el río Ranchería y su costa y sus manglares, la ciudad de Santa Marta incluida toda la Ciénaga Grande, el río Fundación y Bosconia, y Bocas de Ceniza. Todos ellos están interconectados entre sí y constituyen un todo, como una telaraña donde se entretejen las relaciones ecológicas, ambientales y espirituales. Todos los puntos, uno a uno, fueron señalados por los mamos, también aquellos que se ubican dentro del mar, que curiosamente casi corresponden con los límites de la plataforma marítima del Estado. Con base en lo anterior, además de la elaboración del proyecto, se produjeron los respectivos mapas tanto de la Línea Negra con cada uno de los puntos sagrados como de la conectividad entre ellos.

Con la elaboración de la propuesta los pueblos de la Sierra no pretendían imponerle de manera unilateral sus consideraciones al Estado, sino simplemente abrir un espacio de diálogo serio con el fin de coordinar y concertar los diferentes puntos sobre los que había que tomar decisiones, por ser necesarios para la efectiva protección de su territorio y por ende de su cultura y permanencia. No se trataba de saltarse las instituciones ni los procedimientos legales y tampoco de llegar a absurdos que resultarían inaceptables desde cualquier punto de vista, como el uso exclusivo de la Plaza Alfonso López, simplemente se quería llegar a determinados acuerdos que constituyeran un marco de protección real.

De este modo, lo que los cuatro pueblos quisieron demostrar durante los debates fue que todos ellos tienen una serie de deberes y responsabilidades frente a sus dioses y a sus ancestros, que deben cumplir mediante sus ritos de pagamento, el cuidado de los lugares sagrados y de los demás lugares de la Sierra y constantes trabajos de armonización entre el mundo terrenal y el mundo espiritual. Lo anterior implica un sinnúmero de actividades, pensamientos, trabajos, ritos, ceremonias, etc., que para el *bunachi* son difíciles de entender pero en los que no se debe intervenir en ninguna circunstancia, porque cualquier intervención dificulta o impide el cumplimiento de las mencionadas responsabilidades, lo cual

genera nuevamente para ellos el caos. Agregaron que era muy importante tener en cuenta que la visión de la conservación del medio ambiente es muy diferente en la concepción indígena y en la concepción *bunachi* y que esto dificultaba el arribo a puntos de concertación; sin embargo, insistían en que con voluntad de las dos partes sería posible el acuerdo.

Por su parte, el Gobierno Nacional reiteró el compromiso de avanzar en la protección de las comunidades étnicas del país y recordó los avances que se habían logrado al respecto, pero desde el principio del debate puso de presente una serie de dificultades que impedirían la expedición de una norma en los términos propuestos por el Consejo Territorial de Cabildos. En primer lugar, indicó que muchos de los puntos del proyecto de decreto excedían las facultades y competencias que la Constitución Política le confiere dado el ordenamiento territorial que ella dispone para el país. La Constitución les asigna a los Consejos Municipales, por ejemplo, la designación de los usos del suelo a través de los planes de ordenamiento territorial y el gobierno central no puede interferir en esta materia por ser competencia de la entidad territorial. Ante esto las autoridades de los cuatro pueblos adujeron que para solventar este problema debía expedirse la ley relativa a la creación y regulación de las ETI, si las entidades territoriales indígenas existieran tal y como lo ordena la Carta, el contenido del decreto podría ser viable dentro del ámbito de jurisdicción y competencia de ellas. Las propuestas podrían desarrollarse en los territorios titulados que hacen parte de los resguardos, más aún si se procediera con la ampliación de estos, que es precisamente la otra petición de gran envergadura relacionada con la presente y que viene elevándose desde hace muchos años.

Por otra parte, el Gobierno afirmó que expedir una norma de tal naturaleza podía convertirse en una violación del principio de igualdad ya que los pueblos de la Sierra Nevada de Santa Marta no son las únicas comunidades indígenas existentes en el territorio colombiano y la Sierra Nevada no es el único territorio considerado ancestral por ellas; de este modo todas y cada una de las comunidades plantearían propuestas similares y terminaría por cambiarse completamente el orden político y territorial del Estado. Además, teniendo en cuenta que en cada municipio hay una autoridad que ha sido elegida democráticamente, debía concertarse cada movimiento con cada una de ellas, de manera que las propuestas podrían implementarse de manera más probable en los territorios titulados que hacen parte de los resguardos pero por fuera de ellos sería prácticamente imposible. Frente a este punto las comunidades contestaron que el principio de igualdad no se violaría si cada una de ellas hubiese tenido o tuviera capacidad de constituir su entidad territorial indígena y de asumir el control de sus territorios, cosa que debió suceder hace muchos años. Además, el hecho de que los cuatro

pueblos que habitan en la Sierra Nevada de Santa Marta hayan tenido esta iniciativa mientras que otros aún no lo hayan hecho no representa una violación sino una situación distinta que el Gobierno debe tener en cuenta; las autoridades políticas y los mamos de la Sierra han trabajado arduamente desde hace muchos años per el reconocimiento de sus derechos, y esto se ve reflejado actualmente en el hecho de que se encuentren en un plano muy avanzado con respecto a otras comunidades, tanto es así que ya existen dos resoluciones anteriores que se han encargado de delimitar los resguardos que les pertenecen, pero no son suficientes porque no incluyen una gran porción del territorio ancestral que les pertenece y no reconocen con exactitud los lugares sagrados que conforman la Línea Negra ni su importancia. Además, indicaron que si bien es cierto que las autoridades territoriales son de elección democrática, las autoridades indígenas, en su entorno, también lo son y también tienen fundamento constitucional.

Otra de las objeciones fue que muchos de los puntos que conforman la Línea Negra coinciden con ciudades o con predios que son de propiedad privada y no sería posible ordenar servidumbres mediante decreto ya que ello iría en contra del régimen de propiedad privada vigente; frente a esto se indicó, en primer lugar, que los indígenas tienen acceso a los lugares sagrados que se encuentren en propiedad privada desde 1973, de manera que no se estaba pidiendo nada extraordinario, y que en ninguna circunstancia se pretendía obstaculizar el normal funcionamiento de las ciudades y los municipios ni despojar a los propietarios de manera arbitraria de sus tierras.

Indicó también el Gobierno que la propuesta de los cuatro pueblos no era compatible con el régimen jurídico de responsabilidad civil operante en el Estado colombiano, ya que los daños al territorio allí mencionados tenían como fundamento conceptos que no existen en el ordenamiento nacional y por ende no podrían ser reparados. Ante esto, las autoridades indígenas consideraron que cuando se habla de daño, reparación y responsabilidad civil en materia de derechos indígenas se está ya frente a un campo especial y distinto precisamente por la protección especial con que ellos cuentan y por el hecho de tratarse de comunidades diversas, con culturas y costumbres diferentes y que por ende se han hecho acreedoras de un tratamiento especial por parte del Estado; y que el hecho de que no existan figuras especiales para la protección de sus derechos en materia de responsabilidad civil no significa que no se esté en mora de crearlas, de avanzar en esta materia y de empezar a pensar en la posibilidad, desde la perspectiva de la diversidad cultural, de reconocer tipos de daño y formas de reparación nuevas y distintas de aquellas con las que hasta ahora se cuenta. De hecho, no es gratuito que ya algunos jueces de la Corte Interamericana de Derechos Humanos hayan mencionado, por ejemplo, la necesidad de reconocer e indemnizar el daño

espiritual[216] en el caso de comunidades indígenas y que muchas de las sentencias emitidas por este órgano incluyan formas de reparación muy variadas y distintas de aquella pecuniaria cuando los daños han sido demostrados.

La crítica final se refería a la imposibilidad de incluir la filosofía, cosmovisión y valores de los pueblos indígenas de la Sierra en una norma jurídica, frente a los cuales nunca se pudo llegar a un acuerdo, porque aunque era evidente que para que el país comprendiera el porqué y el para qué de una norma de tal naturaleza era necesario explicar el contexto de ella, y, en este caso, dicho contexto era precisamente la visión que tienen los pueblos de la Sierra de sus territorios ancestrales y la importancia de estos para su supervivencia, el Gobierno, hasta el final, se negó a incluir estos aspectos en el decreto y simplemente en el decreto final se hacen menciones muy generales en un artículo relativo a definiciones y principios.

Como puede verse, las dos posiciones eran válidas; sin embargo, en una perspectiva neutral y académica desde entonces era posible comprender que las peticiones indígenas no eran descabelladas y que, por el contrario, existían suficientes herramientas en la legislación y en la jurisprudencia nacionales para ponerlas en marcha, teniendo en cuenta que la Constitución Política otorga una protección muy especial a las comunidades étnicas desde todo punto de vista y el hecho de contar con esta protección hace que todo aquello que se relacione con ellas sea de por sí especial.

Después de varios debates, el Gobierno Nacional presentó una contrapropuesta de decreto que se materializó finalmente en el Decreto 1500, "Por el cual se define el territorio ancestral de los pueblos Arhuaco, Kogui, Wiwa y Kankuamo de la Sierra Nevada de Santa Marta expresado en el sistema de espacios sagrados de la Línea Negra, como ámbito tradicional, de especial protección, valor espiritual, cultural y ambiental, conforme los principios y fundamentos de la Ley de Origen, y la Ley 21 de 1991, y se dictan otras disposiciones".

Lo primero que debe resaltarse sobre el mencionado decreto es que en las consideraciones se hacen algunas referencias muy importantes relacionadas con el reconocimiento de los derechos territoriales de las comunidades indígenas y de su cosmovisión y cultura como base de su pervivencia. Se reitera, por ejemplo, que la Ley 21 de 1991 establece que los gobiernos deben respetar la importancia especial que tiene para la cultura y los valores espirituales de los pueblos indígenas su relación con el territorio; que en este ámbito el territorio se entiende

---

216 Salvamentos de voto del juez Cançado a la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso de la Comunidad Moiwana vs. Suriname, Interpretación de la sentencia de fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 8 de febrero de 2006, Serie C n.º 145.

como la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos ocupan o utilizan de alguna u otra manera; que según la cosmovisión de los cuatro pueblos de la Sierra estos mantienen una relación con su territorio tradicional cimentada sobre una concepción que interconecta ambiental, cultural y espiritualmente los diferentes espacios y recursos naturales del suelo, del subsuelo y de las aguas de los diferentes ecosistemas de tierra, litoral y mar que componen la Línea Negra; y que, de conformidad con esta cosmovisión, estos cuatro pueblos tienen derecho a fortalecer su relación con la tierra mediante una regulación más precisa de lo que es su territorio sagrado, para lo cual detallaron cada uno de los espacios que integran la Línea Negra con el fin de que fueran oficialmente reconocidos; entre muchas otras consideraciones.

Por estas razones, se advierte la necesidad de reconocer y proteger el derecho de los pueblos indígenas de la Sierra sobre su territorio tradicional ancestral demarcado por la Línea Negra y con ello fortalecer su relación cultural y espiritual con él, para lo cual se establece que el objeto del decreto es redefinir el territorio ancestral de los iku, los kogui, los kankuamo y los wiwa comprendido dentro de la mencionada Línea y reconocer su valor cultural, espiritual y ambiental, así como establecer medidas y garantías para su debida protección. Sin embargo, se precisa que las disposiciones del decreto serán aplicables en el territorio delimitado sin perjuicio de los derechos adquiridos de terceros y de otras comunidades.

Acto seguido, se enumeran de manera muy sucinta y no con el detalle que proponían las autoridades indígenas los principios en los cuales se sustenta el articulado y se proveen algunas definiciones esenciales, dentro de los cuales se encuentra la de Línea Negra, en los siguientes términos:

> Es la base del territorio ancestral y se traduce en Jaba Seshiza (Kog[u]i), Shetana Zhiwa (Wiwa), y Seykutukunumaku (Arhuaco). […] En este sentido, la Línea Negra es la conexión del mundo material con los principios espirituales del origen de la vida. Es el tejido sagrado del territorio y garantiza el sostenimiento de las interrelaciones del territorio, la cultura y la naturaleza que es la base de la vida […][217].

Más adelante se indica que a partir de la expedición del decreto la Línea Negra debe aparecer en la cartografía oficial adoptada por el Instituto Geográfico Agustín Codazzi según el trazado que resulta de la unión de los 348 puntos sagrados que se reconocen oficialmente en su artículo 11; y, en cuanto a los efectos

---

217 Decreto 1500 de 2018, artículo 4.

jurídicos del reconocimiento de esta delimitación, dispone, por un lado, que "la Línea Negra establece el marco de los derechos reconocidos en la Constitución, la ley y la jurisprudencia a los cuatro pueblos indígenas de la SNSM, en relación con el territorio, el medio ambiente y su participación tanto en las decisiones que puedan afectarlos, como su participación en el uso, administración y conservación de los recursos naturales [...]"[218]; y, por otro, que las autoridades de los cuatro pueblos ejercen sus funciones y competencias en el territorio de la Línea Negra, de conformidad con sus normas y procedimientos y con sujeción a la Constitución y a las leyes.

Por último, en cuanto a las medidas para garantizar la protección de estos espacios sagrados, en su artículo 7.º el decreto dispone que el Ministerio del Interior, en coordinación con los pueblos interesados y las demás autoridades territoriales con jurisdicción en la Línea Negra, debe adoptar todas las medidas y acciones necesarias para garantizar el acceso de los indígenas a los espacios sagrados dentro de la misma para la realización de sus prácticas tradicionales, cuando se trate de predios privados o áreas en las que el acceso sea restringido. Así mismo, el artículo 9.º establece que toda medida, plan o acción que se adopte dentro de ese territorio debe tener en cuenta el valor espiritual y ambiental de este, y, el artículo 10.º crea la Mesa de Seguimiento y Coordinación para la Protección del Territorio Tradicional y Ancestral de los Cuatro Pueblos Indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta para velar por el cumplimiento de todo lo consignado en el decreto.

En opinión de la comunidad iku, si bien este decreto representa un avance significativo en la protección de sus derechos territoriales por cuanto constituye un reconocimiento expreso de su territorio, todavía no tiene el alcance y los efectos que ellos esperaban. En su concepto, lo que hizo el Gobierno fue emitir una norma que da la idea de recoger todas sus exigencias pero que al final simplemente mantiene lo que ya existía agregándole la enumeración de todos los puntos que constituyen el trazado de la Línea Negra. Se trata de una guía geográfica que no otorga ningún tipo de verdadera potestad sobre su territorio sino que simplemente reitera que por allí pasa la Línea Negra, que en su interior las comunidades pueden ejercer sus derechos constitucionales (lo cual se predica de todo el territorio nacional) y que antes de realizar actividades en sus inmediaciones se les debe consultar. Tal vez la única utilidad que le encuentran al decreto es la creación de la Mesa de Seguimiento en tanto puede constituir un escenario válido para exigir el respeto de sus derechos.

---

218 Decreto 1500 de 2018, artículo 6.º.

Con la expedición de esta norma el Gobierno Nacional cumplió con su palabra de hacerlo pero salvó todas las objeciones que implicaba hacerlo de manera profunda, evitando tener que crear los medios necesarios para una protección efectiva. En ese sentido, podía ser cierto que era complejo emitir un decreto como el propuesto, pero no porque fuera incompatible con el ordenamiento jurídico general sino porque debía ordenarse primero la casa desde las esferas más altas (expedir las leyes estatutarias correspondientes como la de la conformación y regulación de las ETI o la de consulta previa). Esto no se ha hecho y esa falencia sigue sirviendo de excusa para desconocer derechos que ya están reconocidos en la Constitución por no mencionar además toda la jurisprudencia internacional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos[219]. El decreto aún no representa una protección suficiente para ellos ya que en él se omiten todos los apartes relacionados con la cosmovisión de los pueblos de la Sierra, sus definiciones, las implicaciones culturales y todo aquello que incluía la primera propuesta distinto a la enumeración de los hitos geográficos a reconocer.

Para concluir lo relativo a la protección efectiva del territorio ancestral del pueblo iku, valga decir que, como puede observarse, en el siglo pasado y en lo que ha corrido de este, el derecho a la propiedad colectiva de los territorios indígenas de los arhuacos ha sido reconocido por parte del Estado mediante la constitución de reservas y resguardos[220] y la expedición de normas que simbólicamente reconocen el valor de su territorio. Sin embargo, esto no coincide completamente con las tierras que para ellos son de su pertenencia por encontrarse dentro de los límites de la Línea Negra; por esto, en su pensamiento la única forma de retornar a lo propio es la recuperación del territorio principalmente mediante una verdadera protección legal de este, para lo cual actualmente siguen realizando innumerables gestiones cada vez más impetuosas. Existen más de 400 solicitudes de constitución, saneamiento y ampliación que no han tenido respuesta, probablemente por los múltiples intereses que se mueven en dichas zonas, ya sean lícitos, como los militares, económicos y turísticos, o ilícitos, como el cultivo y tráfico de estupefacientes, la explotación ilegal de madera y la minería ilegal. Desde hace ya varias décadas las organizaciones indígenas insisten en recuperar la propiedad de los territorios de la Sierra que les han

---

219 La jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos será analizada en el siguiente capítulo.

220 En la actualidad existen en la Sierra Nevada de Santa Marta cuatro resguardos: Resguardo Kogui-Arzario (toca puntos de los departamentos de La Guajira, Cesar y Magdalena); Resguardo Kankuamo (en el departamento del Cesar) y dos resguardos arhuacos principalmente en el Cesar y Magdalena y algo de La Guajira).

sido arrebatados a lo largo de la historia a raíz principalmente de la colonización y de la falta de efectividad de la consulta previa, con la finalidad de recobrar todas las tierras que se encuentran dentro del límite de la Línea Negra y que solo estando bajo su dominio permitirían la consolidación del antiguo orden natural y sagrado del Corazón del Mundo[221].

Además de las debilidades mencionadas en cuanto a la Línea Negra, existen otros dos problemas. Por una parte, en la actualidad, grandes extensiones del piedemonte que rodea la Sierra Nevada de Santa Marta están habitadas y son explotadas por pobladores no indígenas que provienen de diferentes territorios del país y que han llegado en diferentes épocas por las enormes ventajas que ofrecen estas tierras. Para los iku, esto ha representado una violación de su Casa Sagrada al haberlos despojado de gran parte de sus territorios; así mismo, muchos de sus sitios sagrados ya no les pertenecen y se encuentran por fuera del resguardo en manos de los *bunachis*, quienes a pesar del permiso oficial[222] que tienen los arhuacos para visitarlos les prohíben la entrada arbitrariamente.

Y, por otra parte, además de esta colonización *bunachi*, se enfrentan continuamente a la explotación y la instalación de infraestructura para el desarrollo de diferentes proyectos, sin el cumplimiento de las consultas previas, asuntos que se desarrollarán a fondo en los capítulos segundo y tercero.

> Antes de llegar el hermanito menor había bosque hasta la playa, también había mucho indígena en la Sierra y alrededor. Ellos no talaban; para que no hubiera enfermedades y para que el agua se alimentara y los árboles se alimentaran por medio del vapor de las nubes. Los indígenas, los árboles y el agua se respetaban por igual; los árboles respetaban el agua y nosotros a los árboles y el agua a nosotros, todos nos respetábamos por igual. […]. Pero hermanito menor dijo que si no tenía finca no era señor; si no tenía ganado no era señor, era salvaje, y así toda la gente empezó a tumbar el bosque,

---

221 La Línea Negra es la "frontera" imaginaria que demarca los territorios que para el pueblo arhuaco deben ser reconocidos como propios. En cada punto negro se encuentra un lugar sagrado y las solicitudes apuntan a que toda la tierra comprendida entre sus límites vuelva a ser de propiedad de las comunidades indígenas que habitan la Sierra. Como puede observarse, el terreno es mucho más extenso que aquello que hoy en día se encuentra reconocido como resguardo, por ejemplo, a la fecha toda la costa se encuentra por fuera de la protección mencionada.

222 La Resolución 000002 del 4 de enero de 1973 del Ministerio de Gobierno, el Estado colombiano reconoció y demarcó los territorios enmarcados dentro de la "Línea Negra" como zona teológica de los pueblos indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta. Posteriormente la Resolución 837 del 28 de agosto de 1995 del Ministerio del Interior ratificó la importancia espiritual de la "Línea Negra" para estos pueblos y determinó sus sitios sagrados, y, por último, la Ley 99 de 1995 creó la Corporación para el Desarrollo Sostenible de la Sierra Nevada de Santa Marta teniendo siempre en cuenta el límite de la mencionada línea. Esta normatividad otorga a los indígenas el permiso oficial para acceder a los lugares para ellos sagrados sin interferencia alguna por parte de la población no indígena que ocupe dichos territorios.

> comprar ganadito y finca. Por eso hoy en día es muy difícil recuperar todo. Ahora nos ataca la enfermedad, el hambre; se acaba la quebrada, se seca el río. […]. Pero el mismo Serankua dijo que el aparato material podría dañar el corazón de todo mundo-universo. Porque la Sierra es corazón. Otras montañas pueden ser codos y rodillas, pero aquí está el corazón. […]. Si se enferma el corazón todo se enferma; por eso en el pie de la Sierra no se puede talar. ¿Qué piensa el hermanito menor? ¿Tiene o no corazón? ¿Por qué no dejan los bosques para que los nietos también puedan gozar? Todo porque falta la plata. […]. Ahora tenemos mucha plata, pero ¿para qué va a servir? No podemos dejar que el corazón se debilite. La Sierra está avisando para que la cuidemos[223].

Para contrarrestar este fenómeno, también a inicios de 2016 los cuatro pueblos decretaron la paralización de todos los procesos de consulta previa que se estaban llevando a cabo en la Sierra Nevada de Santa Marta hasta tanto se expidiera una ley relativa a la regulación de esta figura, que está en mora de expedirse desde 1991. Sin embargo, después de varios meses tuvieron que reactivar los procesos sin que se hubiera expedido la correspondiente ley.

El 14 de febrero de 2016 las noticias nacionales informaron que "Arhuacos, koguis, wiwas y kankuamos declararon en emergencia la Sierra Nevada de Santa Marta por la avalancha de solicitudes de proyectos minero-energéticos. Exigen al Gobierno una reunión de alto nivel"[224].

Más de 150 indígenas pertenecientes a estas comunidades llegaron de diferentes lugares el 11 de febrero al poblado de Chemesquemena, que se encuentra aproximadamente a una hora y media de Valledupar, con el objetivo de analizar un problema que los estaba afectando profundamente en todos los sentidos y que aún hoy los afecta, y es que para ese momento existían cerca de 395 proyectos minero-energéticos en la Sierra ya autorizados o a la espera de licencia para empezar a operar en su territorio.

La reunión se prolongó durante dos días y durante ella los líderes expusieron ante los delegados del Ministerio del Interior su profundo descontento por las constantes violaciones de su territorio a través de proyectos mineros, energéticos y de infraestructura con los que ellos no estaban de acuerdo. Indicaron que día tras día recibían noticias de nuevas iniciativas económicas en su territorio que implicaban la apertura de los respectivos procesos de consulta previa y que este número tan elevado de consultas impedía el desarrollo normal de la vida diaria dentro de las comunidades. Este fenómeno sigue presentándose de manera idéntica.

---

223 Corte Constitucional, sentencia SU-510 del 18 de septiembre de 1998, MP Eduardo Cifuentes.

224 Véase [www.elespectador.com/noticias/medio-ambiente/indigenas-de-sierra-suspenden-consultas-previas-articulo-616518], consultado el 2 de marzo de 2016.

Indicaron también que pese a las miles de promesas que les habían hecho los gobiernos, al final proyectos como Puerto Brisa, la Represa Ranchería o los Ciruelos se habían ejecutado aunque ellos se hubiesen negado expresamente por la existencia de lugares sagrados en las zonas de ejecución de ellos. De esta manera, habiendo llegado a la conclusión de que sus opiniones no tenían importancia y no eran escuchadas, tomaron la decisión de suspender su participación en todos y cada uno de los procesos de consulta previa que se encontraban en curso en ese momento.

> Aunque sabemos que es un elemento esencial para garantizar nuestros derechos, sentimos que nos los han estado vulnerando. Por eso tomamos la decisión de suspender nuestra participación en los procesos hasta que el presidente Santos o el ministro Juan Fernando Cristo vengan hasta acá y nos aclaren si están dispuestos a armonizar sus leyes con nuestros derechos. Hasta ahora lo que sentimos es que primero está la ley del centro del país que nuestros derechos indígenas[225].

Valga resaltar que las comunidades de la Sierra no se oponen al desarrollo pero entienden que éste no se puede convertir en una violación indiscriminada de los recursos naturales tales como las fuentes de agua, el aire, los animales, minerales y plantas y en general del territorio y todo lo que lo compone. Como se ha venido repitiendo, este tipo de actuaciones y, sobre todo, la intervención y violación de lugares sagrados van mucho más allá de la violación en sí misma; las consecuencias que ella acarrea son tan graves como las sequías que se están presentando y los demás fenómenos que denotan la crisis total del medio ambiente. Para los iku la Sierra desempeña un papel de guardián del mundo y cuanto más sea atacada más severas serán las consecuencias para Colombia y para el planeta.

Por esta razón, este acto de suspensión no significaba que se quisieran eliminar de tajo los procesos de consulta previa que se venían llevando a cabo y eran conscientes de que la consulta solo es un derecho fundamental que les concierne, sino de que además es una herramienta útil para moderar las intervenciones del Estado y de los particulares en su territorio; sin embargo, indicaban que ésta no podía convertirse en una de las actividades del día a día, no se podía abusar de esta figura y no era posible que estuvieran en curso más de 300 al mismo tiempo, ese no es el espíritu de la consulta previa que consagró la Constitución. La consulta no es un simple requisito formal para proceder con cualquier tipo de proyecto, y esto es precisamente lo que los cuatro pueblos quisieran enseñar.

---

225 Jaime Arias, cabildo Kankuamo, disponible en [www.elespectador.com/noticias/medio-ambiente/indigenas-de-sierra-suspenden-consultas-previas-articulo-616518], consultado el 15 de marzo de 2016.

> Los mamos están muy alarmados por esta situación. Están verdaderamente preocupados, porque si no acogen nuestras opiniones, están en juego nuestros territorios ancestrales. Lo que queremos es establecer un nuevo diálogo para que acordemos un camino en que sea posible el desarrollo, pero en que respeten y se protejan nuestros derechos. Infortunadamente en la reunión del viernes no llegamos a ningún acuerdo, así que la única alternativa fue tomar esa decisión hasta que nos reunamos con el ministro[226].

Por su parte, el Gobierno Nacional, a través de la Dirección de Consulta previa del Ministerio del Interior, manifestó estar de acuerdo con las preocupaciones de las comunidades indígenas pero aclaró que no existía tal cantidad de procesos de consulta en curso, sino solamente siete en desarrollo y catorce por iniciar. La enorme diferencia entre la cifra indicada por los indígenas y aquella indicada por el Misterio era bastante preocupante por cuanto demostraba que algo estaba fallando. Si en la percepción de los cuatro pueblos eran cientos las consultas que se estaban llevando a cabo, quería decir que existían otro tipo de procesos, tal vez clandestinos, o se estaban presentando situaciones inexplicables.

Para ese momento los representantes arhuacos, koguis, kankuamos y wiwas tenían claro que los temas pendientes de urgente solución eran la ampliación de los resguardos, la creación de una política minera en su territorio y la expedición de una ley de regulación de los procesos de consulta previa. Esta ley lleva tanto tiempo en mora de expedirse que los propios indígenas de la Sierra, de la mano con la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, están construyendo un *protocolo de consulta previa* cuyo objetivo es establecer los principios rectores, las condiciones de garantía y el procedimiento específico que se deben aplicar en los procesos de consulta que vayan a llevarse a cabo dentro de la Línea Negra, para garantizar la participación efectiva en las decisiones que los afectan directamente y el derecho a la consulta previa e informada en todos los casos; este protocolo, además, va a servirle de base al legislador para la expedición de la mencionada ley general de consulta previa[227]. Sin embargo, aunque se ha

---

226 Cit. ibídem.

227 Según el informe ejecutivo sobre el proceso de protocolo de consulta con los cuatro pueblos de la Sierra Nevada de Santa Marta presentado por la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior en diciembre de 2018, dichos pueblos, en cabeza del Consejo Territorial de Cabildos (CTC), presentó en el año 2015 la denominada Propuesta de Protocolo de Consulta Previa, cuya ejecución se haría en tres fases. En septiembre de 2015 el Gobierno Nacional se comprometió ante ellos a llevarlo a cabo y a destinar, durante el último trimestre de la vigencia fiscal del mismo año, la suma de $512.440.000 para la implementación de la primera fase de construcción del protocolo durante los años 2015 y 2016 con recursos de la Dirección de Consulta Previa, la Agencia Nacional de Hidrocarburos y la Agencia Nacional de Minería. En esta primera fase se realizaron nueve encuentros entre los cuatro pueblos y sus respectivas autoridades tradicionales, se consolidó el equipo coordinador, se elaboró el documento

venido avanzando en la elaboración del protocolo, la preocupación latente es que ocurra lo mismo que ocurrió con el decreto sobre la Línea Negra, es decir, que se expida pero sin que produzca los efectos esperados por los indígenas.

Tal y como está operando actualmente el mecanismo de la consulta previa, no significa nada para ellos porque se trata de una simple pregunta que se les hace, que no conlleva garantías ni representa ninguna posibilidad de desacuerdo o por lo menos debate; es simplemente un requisito que hay que agotar formalmente para seguir adelante. Ni los mayores ni la población en general van a seguir aceptando que continúe este fenómeno y por eso, de manera pacífica, en ese momento frenaron todas las consultas hasta que se volviera al cauce inicial de la figura y se reconociera además que existen casos en los que no basta simplemente la consulta sino que se requiere también el consentimiento previo e informado de la comunidad para proceder con proyectos y actividades que afecten directamente sus derechos y su territorio.

Hoy los centenares de consultas siguen adelante, no se ha expedido la ley que se requiere sobre la materia y los iku siguen luchando por la construcción de su protocolo. Ya no solo se suplica por el reconocimiento y respeto de la tierra, sino además por la regulación de figuras que se les han vuelto en contra como la de la consulta previa[228].

---

con las directrices de los lineamientos, principios, procedimiento y criterios para el protocolo; el documento preliminar de análisis cultural y estudio diagnostico (territorio ancestral, cultura propia, gobierno propio y consentimiento propio); y, el documento preliminar de estudio diagnóstico de la afectación cultural, espiritual y ambiental generada por la intervención pública y privada en la política de desarrollo económico del país en la Sierra Nevada. La segunda fase de construcción del protocolo se ejecutó durante los años 2017 y 2018 con recursos exclusivos de la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior. Esta segunda fase debía estar a cargo de las Corporaciones Autónomas Regionales: Corpocesar, Corpamag y Corpoguajira, pero estas manifestaron no contar con los recursos disponibles para dar cumplimiento a los acuerdos establecidos; para esta fase se destinaron $308.960.000 y se obtuvieron los siguientes productos: 5 encuentros entre los cuatro pueblos y sus respectivas autoridades tradicionales, un documento que socializa los avances logrados en la primera fase; varios documentos que recogen los resultados de distintas reuniones celebradas entre las partes; y, un documento de propuesta de protocolo de consulta previa de los pueblos indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta. La tercera fase tiene por objeto la concertación entre los cuatro pueblos y el Gobierno Nacional del documento borrador para su posterior aprobación e implementación. Esta fase tiene un costo de $188.000.000 para la realización de cuatro reuniones finales en las que se concertará el contenido del protocolo y se encuentra actualmente en curso.

228 El anuncio que hicieron las cuatro comunidades de la Sierra en cuanto a la suspensión de su participación en todos los procesos de consulta previa se hizo a principios del año 2016, y, pasados varios años la situación sigue igual ya que no fue posible llegar a un acuerdo con el Gobierno Nacional. Al respecto véase Semana Sostenible, 11 de noviembre de 2016, disponible en [http://sostenibilidad.semana.com/medio-ambiente/articulo/sierra-nevada-indigenas-piden-modificar-mecanismo-de-las-consultas-previas/36469]. Actualmente los procesos se reanudaron y no hubo avances al respecto.

Se pasará entonces a analizar dicha figura como derecho fundamental y como herramienta para la protección del territorio en el caso del pueblo arhuaco en el que vive actualmente una profunda crisis y de la que se pretende que, en adelante, empiece a cumplir dentro de la Línea Negra, realmente la función para la que fue creada.

> Somos hijos de la tierra y por eso nuestro cuerpo está conformado a semejanza del de ella. Todas sus partes cumplen una función y por tanto la destrucción de cualquiera de ellas genera una alteración que repercute indefectiblemente en la vida de todos los seres que en la Tierra habitamos. Para nosotros es inconcebible extraer partes sólidas, líquidas o gaseosas de las entrañas de la Madre Tierra, pues estaríamos destruyendo sus órganos internos y, al hacerlo, se provocan alteraciones inconmensurables que nos acercan al final de la vida sobre el planeta. Los huracanes, las lluvias tormentosas y las inundaciones, así como los terremotos, son algunas de las manifestaciones provocadas por las agresiones del hombre a la Madre Tierra. Sabemos por experiencia que existe diversidad de formas de vivir sin destruir la Madre Tierra. Por eso no es de admitir que en nuestro territorio se abra paso a la llamada industria extractiva, puesto que significaría renunciar a nuestra propia identidad, nuestra misión y razón de existir. No podemos prohibir que otros pueblos o sociedades lo hagan en sus territorios, sin embargo les recomendamos que dejen de hacerlo si quieren asegurar condiciones de vida sobre la Tierra, pues nos cuesta creer que se les haya dejado como fuente de sustento la extracción de lo que contiene la tierra en sus entrañas[229].

Sin embargo, tal y como se mencionó, la elaboración del protocolo de consulta sí ha seguido su curso y se esperan sus resultados pronto.

229 Proyecto final de Plan Salvaguarda Iku, Nabusímake, 2015, pp. 33-34.

CAPÍTULO SEGUNDO

Los derechos territoriales de las comunidades indígenas y la consulta previa: marco normativo y jurisprudencial internacional, nacional y su desarrollo en el contexto iku

De aquí el que estén nada errados los expositores que afirman que una de las principales razones que tienen los blancos para mantenernos en la opresión económica en que vivimos, más que el deseo de adueñarse de nuestro trabajo y de vivir del sudor de nuestras frentes, es el temor de que algún día podamos ser fuertes, capaces de reclamar con la fuerza nuestro derecho y de tomar nuevamente posesión de las tierras de que fuimos despojados violentamente.

Los blancos mejor que nosotros saben que nuestro derecho a la tierra no prescribe cuando hay fuerza mayor de por medio[1].

Una vez vistas las características más importantes de la comunidad iku y la importancia que tiene para ellos el territorio, en este capítulo se estudiará de manera detallada el marco normativo tanto nacional como internacional de la consulta previa, así como el concepto y significado de esta desde el punto de vista jurisprudencial en el sistema interamericano de derechos humanos y en la Corte Constitucional colombiana. Así mismo, se realizará este análisis, es decir, el de su concepto y significado, pero dentro la comunidad arhuaca y desde el punto de vista de sus integrantes, para luego hacer referencia al denominado "protocolo de consulta previa" y, por último, se indicarán las principales contradicciones existentes entre las concepciones arhuaca, colombiana e interamericana del concepto y los efectos de la consulta, con el fin de extraer algunas conclusiones que introducirán la temática del capítulo siguiente. Lo anterior, con el fin de conocer y analizar de manera detallada la mencionada figura por haberse convertido ésta en la causante de terribles daños materiales e inmateriales en el territorio ancestral de la Sierra Nevada de Santa Marta.

La consulta previa a los pueblos indígenas se ha convertido en un asunto difícil y controversial tanto en el derecho nacional como en el internacional, y pese a ser bastante reciente, pasó de ser una cuestión asilada y no muy visible a ser el objeto de conflictos jurídicos, políticos y sociales en los que se disputan tanto intereses económicos como la supervivencia de diversas comunidades[2].

Si bien la consulta previa fue diseñada como un derecho-mecanismo para delimitar y proteger los derechos de las comunidades indígenas y para lograr que la participación de ellas en la toma de las decisiones que les conciernen sea

---

1 Manuel Quintín Lame, nota periodística del 2 de junio de 1916, El Cauca Liberal.

2 Se trata de un tema de enorme actualidad que si bien tiene mayor impacto y alcance en América Latina, también ha sido objeto de estudio en otras latitudes bajo otras denominaciones. Por ejemplo, en Europa no se habla de consulta previa como tal pero se han estudiado casos relacionados con comunidades indígenas y explotación de recursos naturales. Al respecto véase, por ejemplo, Citelli, Marco, *Public Morals, Animal Welfare and Indigenous Peoples vs. International Trade Law The EC-Seal Products Case* en Rivista di Diritti Umani e Diritto Internazionale, vol. 3, 2014, pp. 623-630.

efectiva, sus objetivos se han desviado y se ha convertido, las más de las veces, en un requisito formal que de ser cumplido abre las puertas para todo tipo de intervenciones en los territorios ancestrales indígenas[3]. Además, con base en el concepto de "desarrollo económico", se cree que la ejecución de grandes obras de infraestructura es la única manera de cubrir las necesidades insatisfechas de la población, y éstas se llevan a cabo generalmente en aquellos lugares donde peores son los daños que se le causan al medio ambiente y a las comunidades locales[4].

En el caso de la Sierra Nevada de Santa Marta, la minería, el turismo y todo tipo de proyectos y megaproyectos en los territorios que se encuentran dentro de la Línea Negra afectan gravemente tanto los derechos fundamentales individuales como los derechos colectivos de las cuatro comunidades que allí habitan y les causan graves daños, principalmente inmateriales[5].

Hacer una referencia completa al marco normativo relativo a la consulta previa tanto en el contexto internacional[6] como en el colombiano es importante no solo para comprender cuáles son las herramientas jurídicas con las que se cuenta para su aplicación y garantía, sino además para resaltar el carácter extremadamente joven de dicha normatividad, en especial en el ordenamiento jurídico interno, y la facilidad con que puede hacerse prevalecer su carácter de herramienta sobre aquel de derecho fundamental de los pueblos indígenas, con el fin de impulsar proyectos y explotar recursos naturales. Además, debe tenerse en cuenta que actualmente los ordenamientos jurídicos internos en materia indígena están cada vez más llamados a aplicar normas supranacionales[7] y por ello es importante conocerlas.

Vale la pena, antes de entrar en materia, resaltar que a pesar de la importancia que tiene la consulta previa el derecho internacional, tal y como pasará a observarse, los ordenamientos jurídicos internos y específicamente el ordenamiento jurídico colombiano, se caracterizan por la escasez de normatividad al respecto, el desorden de la existente y su dispersión e incertidumbre. Si bien existe un

---

3 Según un estudio realizado por la Defensoría del Pueblo durante el año 2019, se han realizado aproximadamente 11.000 consultas en el territorio colombiano con diferentes pueblos indígenas. Este informe demuestra cómo la consulta previa se ha convertido en un requisito más para realizar intervenciones en los territorios ancestrales y ha perdido completamente su carácter primigenio y su naturaleza de derecho fundamental.

4 Stiglitz, Joseph, *El malestar en la globalización,* Taurus, Buenos Aires, 2002, pp. 29-52.

5 Varios, *Conflictos y judicialización de la política en la Sierra Nevada de Santa Marta*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2010, p. 154.

6 Sobre derecho internacional y derechos indígenas en Colombia véase Ariza, Rosembert, *Pueblos indígenas de Colombia ante el sistema Interamericano de derechos humanos*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2013.

7 Lanni, Sabrina, *Sistema giuridico latinoamericano e diritti dei popoli indigeni*, en I diritti dei popoli indigeni in America Latina, Edizioni Scientifiche Italiane, Roma, 2011, pp. 7-90.

instrumento internacional específico sobre la materia, el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, que cumplió treinta años en octubre de 2019, y otros de la misma naturaleza, el desarrollo legislativo y jurisprudencial de estos en el derecho local ha sido hasta ahora bastante deficiente[8].

I. Los derechos territoriales y la consulta previa: referentes normativos internacionales

En el presente subcapítulo se enunciarán y explicarán brevemente los instrumentos internacionales que han protegido y consagrado los derechos de los pueblos indígenas, especialmente los derechos territoriales y el derecho a la consulta previa. Al respecto se citarán múltiples fuentes, como la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2007, que, a pesar de ser *soft law*, tiene preceptos de suma importancia como el de establecer el consentimiento libre, previo e informado mediante la consulta previa en asuntos administrativos o legislativos o el de establecer el derecho a reclamar por daños provenientes de lesiones a sus bienes, sin que la situación dañina hubiere sido sometida a consulta previa.

En materia de derecho internacional la normatividad más importante que regula los derechos territoriales y la figura de la consulta previa está compuesta por el Convenio 169 de la OIT, los pronunciamientos de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT (CEACR), la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), los pronunciamientos emitidos por el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (Comité de Derechos Humanos), aquellos emitidos por el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CEDR), aquellos del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC), los del Relator Especial de las Naciones Unidas sobre los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de los Pueblos Indígenas y, por último, las recomendaciones del Foro Permanente para Cuestiones Indígenas de las Naciones Unidas (Foro Permanente); así mismo, se cuenta con el Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de la Organización de Estados Americanos (Proyecto de la OEA) y las directrices de

8 Varios, *La consulta previa a pueblos indígenas: los estándares del derecho internacional*, César Rodríguez Garavito y Meghan Morris (dirs.), Natalia Orduz Salinas y Paula Buriticá, Universidad de los Andes, colección Justicia Global, Bogotá, 2010, p. 12.

organismos multilaterales como el Banco Mundial y el Banco Interamericano que, a pesar de no ser vinculantes para los estados, fijan algunos estándares sobre consulta previa que influyen en la decisión de otorgar préstamos a estos[9].

A. El convenio 169 de 1989 de la Organización Internacional del Trabajo

El Convenio 169 de 1989 de la OIT es el instrumento internacional insignia para la protección de los derechos de los pueblos indígenas desde el punto de vista de su territorio y de las consultas que se deben realizar para poder intervenir en él. Este documento tuvo como antecedente el Convenio 107 de la misma Organización, que fue adoptado en 1957 como el primer tratado internacional sobre los derechos de los pueblos indígenas y ratificado por 27 países, principalmente en América, pero también en el sur de Asia y en varios países de África y Europa, y que, cubría una amplia variedad de asuntos relacionados con las poblaciones indígenas como el empleo y la ocupación, los derechos a la tierra y la educación en idiomas indígenas. Sin embargo, es comprensible que, por ser el primer instrumento en la materia, al poco tiempo se hicieran evidentes sus debilidades y sus lagunas en algunos temas importantes, de manera que, más adelante, en 1989, como resultado de la revisión de su contenido, la OIT expidió el mencionado Convenio 169 sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, herramienta jurídica que es vinculante para los estados que la han ratificado[10].

El mencionado convenio en su artículo 2.º establece que todos los estados en los que haya presencia indígena, de la mano con las comunidades, deben desarrollar una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de dichos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad, derechos, valores y costumbres.

Por su parte, el artículo 6.º indica que, en aplicación del Convenio, los gobiernos deben (a) consultar a los pueblos interesados cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente; (b) establecer los medios a través de los cuales éstos podrán participar libremente en la adopción de decisiones y en los procesos de elección de organismos administrativos y de otra índole responsables de las políticas y los programas

---

9 Cit. ibídem.

10 Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Dinamarca, Dominica, Ecuador, España, Fiji, Guatemala, Holanda, Honduras, México, Nepal, Nicaragua, Noruega, Países Bajos, Paraguay, Perú, República Centroafricana y Venezuela.

que les conciernan; y (c) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de ellos, y en los casos necesarios proporcionar los recursos necesarios para este fin. Además, ordena que las consultas se efectúen de buena fe y de una manera apropiada al contexto específico para llegar a acuerdos o lograr el consentimiento sobre las medidas propuestas.

En concordancia con el anterior, el artículo 7.º explica que los pueblos interesados tienen derecho a decidir sus prioridades en lo que atañe a su proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte sus vidas, creencias, instituciones, bienestar espiritual y las tierras que ocupan o utilizan, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deben participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente atinentes al mejoramiento de sus condiciones de vida, de trabajo, de salud y educación. Se indica también que el Estado debe velar por que siempre se evalúe la incidencia social, espiritual, cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo puedan tener sobre esos pueblos y los resultados de dichos estudios deben ser considerados criterios fundamentales para la ejecución de las actividades propuestas.

En la parte segunda del Convenio se hace referencia a los derechos atinentes a la tierra y al derecho de consulta previa de las comunidades indígenas. El artículo 14 determina que los estados parte deben reconocer el derecho de propiedad y posesión sobre las tierras que éstas han ocupado tradicionalmente, deben también tomar las medidas necesarias para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar las tierras que no están exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que han tenido acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia. De esta manera, es necesario que se determine cuáles son los territorios indígenas y se establezcan los procedimientos jurídicos locales idóneos para solucionar los conflictos territoriales que involucren población indígena. Queda claro entonces que, tal y como se mencionó en el capítulo anterior, para la OIT el concepto de *territorio indígena* no solo comprende el espacio efectivamente ocupado por las poblaciones, sino que se entiende desde un sentido amplio en el que se incluyen también todos aquellos espacios donde las comunidades realicen cualquier tipo de actividad social, política, económica o espiritual.

El artículo 15 se refiere a la explotación de recursos naturales en territorios ancestrales, indica que los derechos de los pueblos indígenas a los recursos naturales existentes en sus tierras deben protegerse permitiendo que aquellos participen en la utilización, administración y conservación de estos. Se aclara que si dichos recursos pertenecen al Estado, los gobiernos deben consultar siempre a los mencionados pueblos con el fin de determinar si sus intereses se verían

perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier tipo de explotación; y deben garantizar tanto su participación en los beneficios que reporte tal actividad como la indemnización por cualquier daño que puedan sufrir como consecuencia de esta.

Por su parte, el artículo 16 establece que las comunidades indígenas no deben ser trasladadas de las tierras que ocupan. De manera muy excepcional, si se considera necesario el traslado y reubicación de ellas, éste solo podrá efectuarse con su pleno consentimiento libre e informado, y teniendo en cuenta que deben tener derecho al retorno y, que si éste no es posible, deberán recibir tierras cuya calidad sea por lo menos igual a la de las tierras que ocupaban anteriormente o, si lo prefieren, una indemnización plena en dinero o en especie.

Las disposiciones anteriores han sido desarrolladas por la Guía de Aplicación del Convenio 169, documento elaborado por la OIT en respuesta a las solicitudes enviadas por los estados parte y por los pueblos indígenas con el fin de conocer el significado y alcance del Convenio. Se indica allí que los estados deben celebrar consultas, con el objetivo principal de lograr el acuerdo o consentimiento de los pueblos indígenas afectados acerca de la medida propuesta. En este contexto, la consulta debe ocuparse de determinar los posibles daños o perjuicios a los intereses de los pueblos indígenas realizándose conjuntamente (pueblos indígenas y Estado) los estudios necesarios de impacto ambiental, cultural, social y espiritual antes de autorizar actividades de exploración o explotación de recursos; de determinarse que se producirán daños para los indígenas, será necesario empezar un diálogo para determinar la naturaleza y el alcance de ellos; y si luego de la consulta se determina que debe continuarse con el proyecto, será necesario iniciar una nueva etapa de consulta para establecer cómo los pueblos indígenas podrán participar en los beneficios del desarrollo así como la compensación por los daños que resultarán de las actividades[11].

Por otro lado, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) es la encargada de comentar los casos en que se aplican convenios de la OIT en diferentes países. En materia de consulta previa, se ha pronunciado sobre otorgamiento de licencias ambientales, proyectos extractivos, explotación de recursos naturales, traslado de comunidades y adopción, formulación y aplicación de medidas legislativas y administrativas. Las observaciones de la CEACR no son vinculantes pero sirven como indicadores de la aplicación efectiva del Convenio en los estados parte.

---

11 Guía para la aplicación del Convenio 169, Organización Internacional del Trabajo, 2012, pp. 12-14.

El Convenio 169 reviste particular importancia en cuanto consagró por primera vez una protección completa y contundente en materia de derechos territoriales y de consulta para las distintas poblaciones indígenas del mundo, resaltó el valor de las costumbres y el derecho consuetudinario de ellas y reconoció que el territorio es el lugar en el que se llevan a cabo los rituales y actos ceremoniales que las identifican como tales. En materia de consulta previa queda claro allí que ésta es obligatoria en los siguientes casos: todo tipo de medidas legislativas y administrativas que puedan afectar a las comunidades, planes y programas de desarrollo nacionales y regionales, prospección y explotación de recursos naturales, minerales y del subsuelo que se encuentren en sus territorios, enajenación de sus tierras, programas de formación profesional, creación de sus propias instituciones y medios de educación, y, casos excepcionales en que sea necesario su traslado y reubicación. Este convenio fue ratificado por Colombia en 1991 y es vinculante para el país, como se verá más adelante.

B. La Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, su Relatoría Especial y el Foro Permanente de Naciones Unidas para Cuestiones Indígenas

En cuanto a la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de 2007[12], se trata de un instrumento que, si bien no es vinculante, sí constituye un compromiso para los estados parte y en cierta medida un mecanismo de presión frente a la forma de actuar en el contexto de los pueblos indígenas y sus derechos. Es el pronunciamiento internacional más reciente en materia de consulta previa y tiene un mayor alcance ya que, por una parte, incorpora el principio no solo de consulta sino de consentimiento libre, previo e informado tanto para el traslado de grupos indígenas de sus tierras como para la adopción y aplicación de medidas legislativas y administrativas que puedan afectarlos directamente, explotación de recursos naturales y otras situaciones; y, por otra, ordena además a los estados reparar todos los bienes intelectuales, culturales o espirituales que los grupos indígenas hayan perdido por actividades realizadas en sus territorios sin su consentimiento libre, previo e informado[13].

---

12 Hubo 143 países de acuerdo, cuatro en contra (Australia, Canadá, Nueva Zelanda y Estados Unidos) y once abstenciones (Azerbaiyán, Bangladés, Bután, Burundi, Colombia, Georgia, Kenia, Nigeria, Rusia, Samoa y Ucrania); treinta y cuatro estados no estuvieron presentes en la votación.

13 Varios, *La consulta previa a pueblos indígenas: los estándares del derecho internacional*, César Rodríguez

Esta declaración reconoce que los pueblos indígenas han sufrido injusticias históricas desde la colonización y han sido despojados de sus tierras, lo cual les ha impedido ejercer su derecho al desarrollo de conformidad con sus propias necesidades e intereses. Además, reitera sus derechos a la igualdad, a la diversidad étnica, a la libre determinación, a los derechos colectivos indispensables para su supervivencia, a su cultura y tradiciones espirituales, y se concentra en la protección de su derecho fundamental al territorio, a la participación en las decisiones que les conciernan y a dar su consentimiento previo, libre e informado cuando ello sea necesario.

En su artículo 3.º, la declaración establece el derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas, en virtud de la cual deben determinar libremente su condición política y su desarrollo económico, social y cultural.

En el artículo 4.º se consagra su derecho a la autonomía o autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como a disponer de medios suficientes para financiar sus funciones autónomas; esto en concordancia con el artículo 5.º, que indica que los pueblos indígenas tienen derecho a conservar y reforzar sus propias instituciones políticas, jurídicas, económicas, sociales y culturales, manteniendo además el derecho a participar plenamente, si lo desean, en la vida política, económica, social y cultural del Estado.

En materia de derecho al territorio, los artículos 8.º y 10.º establecen que los estados deben garantizar mecanismos para la prevención y el resarcimiento de todo acto que tenga por objeto o consecuencia privarlos de su integridad como pueblos distintos o de sus valores culturales o su identidad étnica y de todo acto que tenga por objeto o consecuencia desposeerlos de sus tierras, territorios o recursos; asimismo se prohíbe su desplazamiento forzado de las tierras que ocupan y cualquier traslado sin su consentimiento libre, previo e informado y un acuerdo previo sobre una indemnización justa y equitativa.

El artículo 18 establece que los pueblos indígenas tienen derecho a participar en la adopción de decisiones en todas aquellas cuestiones que afecten sus derechos a través de representantes elegidos por ellos de conformidad con sus propios procedimientos, así como a mantener y desarrollar sus propias instituciones de adopción de decisiones.

Como consecuencia de ello, el artículo 19 indica que los estados deben celebrar consultas y cooperar de buena fe con los pueblos indígenas interesados con el fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado, por medio de

---

Garavito y Meghan Morris (dirs.), Natalia Orduz Salinas y Paula Buriticá, Universidad de los Andes, colección Justicia Global, Bogotá, 2010, p. 21.

sus instituciones representativas, antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten.

El artículo 25 consagra que los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y fortalecer su propia relación espiritual con las tierras, los territorios, aguas, mares costeros y otros recursos que tradicionalmente hayan poseído, ocupado y utilizado, y a asumir las responsabilidades que a ese respecto les incumben para con las generaciones venideras. Por su parte, el artículo 26 reitera el derecho que tienen los indígenas a los territorios, tierras y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado, utilizado o adquirido; a poseer, utilizar, desarrollar y controlar los territorios, tierras y recursos de sus propiedades tradicionales u otros tipos tradicionales de ocupación o utilización, así como aquellos que hayan adquirido de otra forma; e indica que los estados deben asegurar el reconocimiento y la protección jurídica de esos territorios, tierras y recursos respetando debidamente las costumbres, tradiciones y sistemas de tenencia de la tierra de esas comunidades.

El artículo 27 manda a los estados a establecer y aplicar, conjuntamente con los pueblos indígenas, un proceso equitativo, independiente, imparcial, abierto y transparente, en el que se reconozcan debidamente las leyes, tradiciones, costumbres y sistemas de tenencia de la tierra de aquellos, para reconocer y adjudicar sus derechos en relación con sus tierras, territorios y recursos.

Por último, el artículo 28 se refiere al derecho de los pueblos indígenas a la reparación, bien mediante la restitución cuando esta sea posible, o con una indemnización justa y equitativa por las tierras, los territorios y los recursos que tradicionalmente hayan poseído, ocupado o utilizado y que hayan sido confiscados, tomados, ocupados, utilizados o dañados sin su consentimiento libre, previo e informado. Además, salvo que los pueblos interesados hayan convenido libremente en otra cosa, la indemnización consistirá en tierras, territorios y recursos de igual calidad, extensión y condición jurídica o en una indemnización monetaria u otra reparación adecuada[14].

Tal y como se mencionó, estas disposiciones no son vinculantes para el Estado colombiano; sin embargo, en diferentes oportunidades la Corte Constitucional colombiana ha declarado que, en todo caso, este instrumento internacional constituye una importante herramienta para los intérpretes en materia de derechos de los pueblos indígenas como se verá en el acápite relativo a la jurisprudencia de este alto tribunal[15].

---

14 Weller, Marc y Hohmann, Jessie, *The UN declaration on the rights of indigenous peoples: a commentary*, Oxford University Press, Londres, 2014.

15 Corte Constitucional colombiana, sentencias C-882 de 2011, T-376 de 2012, T-1080 de 2012, T-387 de 2013 y 548 de 2013, entre otras.

En cuanto a la relatoría especial de las Naciones Unidad sobre los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de los Pueblos Indígenas, ésta forma parte del sistema de procedimientos especiales de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU. Entre sus funciones está la de investigar formas para proteger los derechos de los indígenas, recopilar información sobre violaciones de los mismos y realizar visitas e informes sobre países con presencia de comunidades indígenas[16].

El primer relator especial fue nombrado en el 2001 y a él le han sucedido otros dos, quienes se han pronunciado a través de informes anuales presentados al Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas que se centran en temas específicos de la situación de los pueblos indígenas. A pesar de no ser vinculantes, los informes del relator tienen gran visibilidad y pueden tener fuerza política.

Esta relatoría se ha ocupado recientemente del derecho a la consulta previa. Por ejemplo, en el 2003 manifestó en un informe que "en relación con los grandes proyectos de desarrollo, el consentimiento libre, previo e informado es esencial para los derechos humanos de los pueblos indígenas", y que éste, "así como el derecho de libre determinación de las comunidades y pueblos indígenas, han de ser condiciones previas necesarias de esas estrategias y proyectos"[17]; y en el 2007 instó a los estados a no imponer proyectos económicos y a garantizar que los contenidos y procedimientos de éstos cuenten con el consentimiento libre e informado de los pueblos y las comunidades indígenas, que deben participar en todas las fases del desarrollo[18]. En este mismo documento, se indicó que durante los procesos de consulta previa no debe haber coerción, intimidación ni manipulación, que el consentimiento debe basarse en la buena fe, obtenerse con antelación al otorgamiento de autorizaciones, y alcanzarse luego de haber proporcionado información amplia y suficiente a la comunidad afectada[19].

Existe también el Foro Permanente de Naciones Unidas para Cuestiones Indígenas como órgano asesor del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (Ecosoc), creado por la resolución 2000/22 en julio del 2000. Su mandato

---

16 Relatora Especial sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, *Introducción*, disponible en [www.ohchr.org/SP/Issues/IPeoples/SRIndigenousPeoples/Pages/SRIPeoplesIndex.aspx], revisado el 21 de abril de 2015.

17 Relator Especial sobre la Situación de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de los Indígenas, Informe temático, *El impacto de los grandes proyectos de desarrollo en los derechos humanos y libertades fundamentales de los pueblos indígenas y comunidades*, 2003, párrs. 66-73.

18 Relator Especial sobre la Situación de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de los Indígenas, Informe temático, *Mejores prácticas en la implementación del enfoque de derechos humanos al desarrollo de los pueblos indígenas: los pueblos indígenas como sujetos de derechos*, 2007, párr. 18(b).

19 Cit. ibídem, párr. 23.

consiste en examinar las cuestiones indígenas relativas al desarrollo económico y social, la cultura, el medio ambiente, la educación, la salud y los derechos humanos; y, para ello, presta asesoría especializada, formula recomendaciones sobre las cuestiones indígenas al Ecosoc y a los organismos de las Naciones Unidas, difunde las actividades relacionadas con las cuestiones indígenas y promueve su integración y coordinación dentro del sistema de las Naciones Unidas, y financia proyectos de integración económica y social[20].

Al igual que en los casos anteriores, los informes periódicos que emite este foro recomiendan constantemente la obtención del consentimiento libre, previo e informado en las medidas que los afecten y en la puesta en práctica de proyectos sobre tierras y recursos naturales, de tal forma que los pueblos indígenas puedan poseer, conservar y administrar sus territorios, tierras y recursos, y así seguir existiendo con sus características propias[21]. Estas recomendaciones tampoco son vinculantes, pero sirven como criterios orientadores: por ejemplo, el Foro ha identificado las áreas en las cuales sería importante lograr el consentimiento libre, previo e informado, especialmente en lo relacionado con tierras y territorios, lugares sagrados, acuerdos y arreglos entre estados y los pueblos indígenas, exploración y explotación de recursos naturales, y acceso a recursos naturales o conocimiento indígena[22].

C. Otros organismos e instrumentos normativos para la protección de los derechos de los pueblos indígenas

En el ámbito internacional se cuenta también con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas y ratificado por Colombia mediante la Ley 74 de 1968. Con respecto al tema aquí tratado, el artículo más importante de este instrumento internacional es el artículo 27, que indica lo siguiente: "En los estados en que existan minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, no se negará a las personas que pertenezcan a dichas minorías el derecho que les corresponde, en común

---

20 Naciones Unidas, Oficina Regional para América del Sur, disponible en [http://acnudh.org/wp-content/uploads/2011/09/Tripticos-Mecanismos-ddhh-de-PueblosInd%C3%ADgenas.pdf], consultada el 21 de abril de 2015.

21 Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas de las Naciones Unidas, Informe sobre el sexto periodo de sesiones, 2007, E/C.19/2007/12, párrs. 6 y 9 (b).

22 Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas de las Naciones Unidas, Informe del *Taller internacional sobre metodologías de consentimiento libre, previo e informado y pueblos indígenas*, 2005, párr. 45.

con los demás miembros de su grupo, a tener su propia vida cultural, a profesar y practicar su propia religión y a emplear su propio idioma".

Su importancia reviste en que en 1994 el Comité de Derechos Humanos reconoció este artículo como fuente de protección del derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas en su Observación General n.º 23, de la siguiente manera: "Por lo que se refiere al ejercicio de los derechos culturales protegidos por el artículo 27, el Comité observa que la cultura se manifiesta de muchas formas, inclusive un modo particular de vida relacionado con el uso de recursos terrestres, especialmente en el caso de los pueblos indígenas. Ese derecho puede incluir actividades tradicionales tales como la pesca o la caza y el derecho a vivir en reservas protegidas por la ley. El goce de esos derechos puede requerir la adopción de medidas jurídicas positivas de protección y medidas para asegurar la participación eficaz de los miembros de comunidades minoritarias en las decisiones que les afectan".

Además, cada vez que el Comité lo solicite, los estados parte deben enviar un informe frente al cual éste emite observaciones finales[23]; éstas, si bien no son vinculantes, en materia de consulta previa han recalcado la importancia de realizarla antes de ejecutar cualquier medida legislativa o administrativa o cualquier proyecto de exploración y explotación de recursos que pueda afectar a los pueblos indígenas[24]. Por otra parte, el mencionado comité también está facultado para recibir comunicaciones individuales sobre violaciones a los derechos consagrados en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que de ser admitidas se resuelven mediante sentencias que determinan si hubo o no violación de algún derecho y, de haberla, hacen recomendaciones al Estado parte para repararla[25].

Por otra parte, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CEDR) es un órgano que tiene funciones de monitoreo tras la expedición del Convenio Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de la Discriminación Racial en el año 1969. Este órgano emite recomendaciones sobre la aplicación de las disposiciones del convenio y sobre situaciones de discriminación a grupos específicos, sin embargo, sus pronunciamientos hasta la fecha sobre consulta previa no han sido significativos[26].

---

23 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 40.

24 Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales a Australia (2000); Guyana (2000); Venezuela (2001); Suecia (2002); Surinam (2004); Canadá (2006); Estados Unidos (2006), entre otras.

25 Primer Protocolo Facultativo para el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

26 Varios, *La consulta previa a pueblos indígenas: los estándares del derecho internacional*, César Rodríguez Garavito y Meghan Morris (dirs.), Natalia Orduz Salinas y Paula Buriticá, Universidad de los Andes, colección Justicia Global, Bogotá, 2010, p. 25.

Una de estas recomendaciones es la Recomendación general 23 de 1997, que en su punto número 4 exhorta a los estados a reconocer y respetar la cultura, la historia, el idioma y el modo de vida de los pueblos indígenas como un factor de enriquecimiento de la identidad cultural del Estado y a garantizar su preservación; a garantizar que los miembros de los pueblos indígenas sean libres e iguales en dignidad y derechos y libres de toda discriminación; a proporcionar a los pueblos indígenas las condiciones que les permitan un desarrollo económico y social sostenible y compatible con sus características culturales; y a garantizar que los miembros de los pueblos indígenas gocen de derechos iguales con respecto a su participación efectiva en la vida pública y que no se adopte decisión alguna directamente relacionada con sus derechos e intereses sin su consentimiento informado[27].

Debe mencionarse además la Organización de Estados Americanos (OEA)[28], que tiene entre sus funciones la adopción de resoluciones, declaraciones y recomendaciones relacionadas con el fortalecimiento de la democracia, la promoción de los derechos humanos, la solidaridad y el desarrollo[29]. Bajo estos preceptos, en 1999 la Asamblea General de la OEA le encargó a un grupo de trabajo la elaboración de un proyecto de Declaración Americana sobre Pueblos Indígenas que aún se encuentra en curso.

Dicho proyecto resalta nuevamente la necesidad de lograr el consentimiento libre e informado y la participación de los pueblos indígenas tanto en los proyectos de desarrollo de sus tierras y recursos, como en las demás decisiones que los afecten. El texto incluye además una amplia discusión de los derechos de los pueblos a sus tierras y territorios, pero aún se debe esperar a su aprobación por parte de la Asamblea General[30].

Por último, los organismos financieros multilaterales también tienen injerencia en el desarrollo de la temática indígena y de consulta previa. El Banco Mundial, la Corporación Financiera Internacional[31] y el Banco Interamericano

---

27 Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Los derechos de los pueblos indígenas, recomendación general n.º 23, 1997.

28 Forman parte de la OEA: Antigua y Barbuda, Argentina, Bahamas, Barbados, Belice, Bolivia, Brasil, Canadá, Colombia, Costa Rica, Chile, Dominica, Ecuador, El Salvador, Estados Unidos, Granada, Guatemala, Guyana, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Saint Kitts y Nevis, Santa Lucía, San Vicente y las Granadinas, Surinam, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela.

29 OEA, *Quiénes somos*, disponible en [www.oas.org/es/acerca/quienes_somos.asp], consultado el 30 de abril de 2015.

30 Los documentos del grupo de trabajo encargado con la elaboración del proyecto y las resoluciones relacionadas se encuentran disponibles en [www.oas.org/OASpage/Events/default.asp?eve_code=11].

31 Es una institución afiliada al Banco Mundial, que tiene como finalidad fomentar las inversiones del

de Desarrollo han emitido políticas y estándares al respecto generalmente para condicionar los préstamos para determinados proyectos; y si bien no son vinculantes jurídicamente, son efectivos porque generan presión a favor de las comunidades indígenas ya que si no se cumplen los estados o las empresas privadas que soliciten los préstamos no los obtendrán. En el caso del Banco Mundial la política operacional OP 4.01, referida principalmente a estándares sobre impacto ambiental, establece el marco normativo del banco que pone condiciones al financiamiento de proyectos que afecten a grupos indígenas. En este documento el banco establece que para la financiación de cierta clase de proyectos debe realizarse un proceso de consulta con los grupos afectados en las etapas de estudio, toma de decisiones y ejecución de proyectos que les afecten[32]. Así mismo, en una de sus publicaciones indicó que seleccionará con mayor rigor sus inversiones en la industria extractiva, aceptando solamente proyectos que obtengan un amplio apoyo de las comunidades afectadas a través de un proceso de consulta libre, previo y documentado, y que dichas comunidades deben participar de los beneficios[33].

En cuanto al Banco Interamericano de Desarrollo, éste también ha emitido algunos pronunciamientos relacionados con el derecho a la consulta previa. En primer lugar, en 1990 publicó el documento *Estrategias y procedimientos para temas socioculturales en relación con el medio ambiente*, en el que se reconocen los derechos de los pueblos indígenas sobre sus territorios y los recursos naturales que allí se encuentren, y la necesidad de consultarlos sobre las operaciones financiadas por el banco que puedan afectarlos[34]. Posteriormente, en 1998 se emitió la Política operativa sectorial sobre el reasentamiento involuntario, en la que se ordena consultar a las comunidades afectadas cuando ya existe una decisión de implementar un proyecto y de elaborar un plan de reasentamiento, y que el plan de reasentamiento incluya los resultados de las consultas que se realicen[35]. En el 2006 se publicó la Política operativa sobre pueblos indígenas y allí se recogen

---

sector privado en países en vías de desarrollo a través de préstamos, y brinda asesoría a empresas privadas. La CFI ha emitido varias recomendaciones sobre las prácticas del sector privado en cuanto a las consultas que realizan en comunidades indígenas.

32 Banco Mundial, Política Operacional OP 4.01, Evaluación Ambiental, párrs. 15-20.

33 Equipo de Gestión del Grupo del Banco Mundial, Hacia un mejor equilibrio: el Grupo del Banco Mundial y las industrias extractivas, informe final de la reseña de las industrias extractivas, respuesta del Equipo de Gestión del Grupo del Banco Mundial, 2004, p. vi.

34 Banco Interamericano de Desarrollo, Comité de Medio Ambiente, Estrategias y procedimientos para temas socioculturales en relación con el medio ambiente, 1990.

35 Banco Interamericano de Desarrollo, Política Operativa OP-710, Reasentamiento Involuntario, Política operativa y documento de antecedentes, 1998.

varias de las disposiciones antes señaladas, con la diferencia de que establece un espectro más amplio de situaciones en las que debe hacerse la consulta previa, y determina que ella debe realizarse a través de procesos socioculturalmente apropiados con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento[36].

Por último, vale la pena mencionar que las directrices sobre las empresas transnacionales y nacionales también son de importancia clave. Éstas, como principales ejecutoras o coejecutoras con los estados de los proyectos que afectan los territorios de los pueblos indígenas, son actores fundamentales para el reconocimiento efectivo del derecho a la consulta previa. En los últimos años, el sector privado ha emitido varios pronunciamientos sobre el problema de la consulta, dos de los más importantes son: *Key Questions in Managing Social Issues in Oil and Gas Projects* elaborado por la International Petroleum Industry Environmental Conservation Association (Ipieca) y la International Association of Oil & Gas Producers, en el que se indica que los proyectos tendrán mayores posibilidades de éxito si se ha logrado el consentimiento de las comunidades indígenas involucradas[37]; y un informe de la Comisión Mundial de Represas que reconoció la necesidad de lograr el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas y tribales afectados por la construcción de represas a gran escala[38].

Como puede observarse, la tendencia internacional incluso desde el punto de vista de las empresas privadas es ya no solo la realización de procesos de consulta previa en todos los casos que ésta sea necesaria, sino además la propensión a la obtención del consentimiento previo libre e informado de las comunidades indígenas para aquellas intervenciones legislativas o administrativas que puedan involucrarlos. Sin embargo, aún falta camino para alcanzar estos objetivos y en la mayoría de países que han ratificado el Convenio 169 éste no se aplica en su totalidad y los gobiernos no han establecido regulaciones claras y exhaustivas que cumplan con lo dispuesto en dicho tratado[39].

Todos los instrumentos, resoluciones, recomendaciones y demás documentos mencionados protegen y garantizan los derechos fundamentales de los indígenas y sus comunidades y reconocen la importancia que para ellos tiene el territorio como única posibilidad de subsistencia y permanencia de sus costumbres.

---

36 Banco Interamericano de Desarrollo, Política Operativa sobre Pueblos Indígenas y Estrategia para el Desarrollo Indígena, 2006, pp. 7-12.

37 International Petroleum Industry Environmental Conservation Association (Ipieca) y The International Association of Oil and Gas Producers, *Key Questions in Managing Social Issues in Oil and Gas Projects*, 2002, sección 3.4.

38 World Commission on Dams, Dams and Development: A New Framework for Decision-Making, 2000.

39 Contesse, Jorge, *¿Qué hacer con el Convenio 169?*, *blog* de Jorge Contesse, abogado, profesor de derecho, jueves 6 de noviembre de 2014.

Sin embargo, una cosa es la tendencia y cosa muy distinta es la realidad fáctica en la que, para el caso de Colombia, solo hay dos instrumentos internacionales vinculantes en la materia que son el Convenio 169 de la OIT y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y todos los demás no dejan de ser directrices que rara vez se cumplen.

II. LOS DERECHOS TERRITORIALES Y EL DERECHO A LA CONSULTA PREVIA EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

Tanto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos como la Corte Interamericana de Derechos Humanos han contribuido enormemente a la evolución de la protección general de los derechos de las comunidades indígenas, y, en particular, de sus derechos territoriales, de la consulta previa y del consentimiento previo, libre e informado cuando éste sea necesario.

En el sistema interamericano de derechos humanos los derechos territoriales de los pueblos indígenas y tribales se fundamentan principalmente en el artículo XXIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y en el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; y si bien ninguno de los dos se refiere expresamente a los pueblos indígenas, la Comisión y la Corte los han hecho extensivos a ellos a través de su interpretación. De esta manera han contribuido a desarrollar los contenidos mínimos del derecho de propiedad comunal de los pueblos indígenas sobre sus tierras, territorios y recursos naturales.

Tanto la Comisión como la Corte interpretan y aplican las disposiciones pertinentes de la Declaración Americana, a la luz de los desarrollos normativos en el derecho internacional relacionados con los derechos de los pueblos indígenas, tales como el Convenio 169 de la OIT, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, la jurisprudencia relevante expedida por los órganos de Naciones Unidas, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, los pronunciamientos del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, el Pacto Internacional sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el Convenio sobre la Diversidad Biológica, entre otros[40]. Así mismo, los órganos interamericanos también han fundamentado jurídicamente el derecho a la propiedad territorial de los pueblos indígenas en la costumbre

40 CIDH, *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales: Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, 2010, p. 10.

internacional ya que para la CIDH existe una norma de derecho internacional consuetudinario mediante la cual se afirman los derechos de los pueblos indígenas sobre sus tierras tradicionales[41].

A. Órganos que componen el sistema y sus pronunciamientos

La Comisión Interamericana fue creada en 1959 con la función de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos y servir como órgano consultivo en esta materia para los estados parte a través de visitas a los mismos e informes sobre su situación de derechos humanos; sin embargo, a raíz de la expedición de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, se le otorgó una nueva función, que fue la del análisis de denuncias individuales de violaciones de derechos por parte de los estados. En estos casos, la Comisión analiza la denuncia y convoca a las partes para intentar una solución amistosa, y si esta falla, remite el caso a la Corte Interamericana, si considera que pudo haber existido una violación y si el Estado implicado ha ratificado la Convención y se encuentra sujeto a su competencia. Además, este órgano puede ordenar medidas cautelares de obligatorio cumplimiento para los estados miembros, por iniciativa propia o a petición de parte para evitar daños irreparables[42].

En cuanto al derecho a la consulta previa, la Comisión se ha pronunciado en varias oportunidades tanto en informes como en soluciones amistosas y medidas cautelares. En los informes se han descrito las situaciones en las que debe realizarse una consulta previa, especialmente para proyectos de infraestructura o de explotación de recursos naturales o del subsuelo dentro de territorios indígenas. Por ejemplo, en el capítulo X del Segundo Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en el Perú del año 2000, relativo a los derechos de las comunidades indígenas, se indicó que algunos de los problemas más graves de estas eran el no reconocimiento de sus territorios comunales, el no reconocimiento de su derecho a la participación y a la consulta, y la sobreexplotación de recursos naturales en sus territorios. Ante esta situación, la Comisión recomendó al Estado del Perú promulgar una ley indígena que desarrollara sus derechos individuales, que garantizara mecanismos de participación en la

---

41 Alegatos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de Awas Tingni vs. Nicaragua, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua, sentencia del 31 de agosto de 2001, párr. 140(d).

42 Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, artículos 45 a 51.

toma de decisiones de índole política, económica y social, y que incrementara su participación política en la adopción de decisiones de orden nacional; que creara mecanismos adecuados de seguimiento y control del cumplimiento por parte del Estado respecto a los derechos y garantías contenidos en el Convenio 169 de la OIT; y que asegurara, en consonancia con el mencionado Convenio, que todo proyecto de infraestructura o de explotación de recursos naturales en área indígena que pueda afectar su hábitat o cultura sea tramitado y decidido con participación y en consulta con los pueblos interesados, en aras de obtener su consentimiento y su eventual participación en los beneficios[43].

Igualmente, en el capítulo X del Tercer Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Colombia de 1999 se mencionó que dirigentes indígenas denunciaban que la magnitud de algunos megaproyectos programados en el país afectaría gravemente territorios tradicionales indígenas, ya que pondrían en peligro las riquezas contenidas en ellos, como minerales, petróleo y bosques madereros. En este caso, la Comisión recomendó al Estado de Colombia asegurar que las comunidades indígenas gocen del control efectivo de los territorios designados como territorios indígenas, resguardos y demás tierras comunitarias sin ninguna interferencia; asegurar que antes de autorizarse la explotación de recursos naturales que se encuentren en sus tierras se celebren las consultas pertinentes con las comunidades indígenas afectadas y, en la medida en que sea jurídicamente necesario, se obtenga el consentimiento de éstas, garantizando además que dicha explotación no cause daños irreparables a la identidad y demás derechos de ellas[44].

En general, estos informes solo recomiendan lograr el consentimiento de los afectados cuando "sea jurídicamente necesario" y tienen pocos avances en términos de reparaciones. Sin embargo, han sido importantes para la creación de nuevos instrumentos jurídicos, como la Declaración Universal de Pueblos Indígenas, así como la elaboración del concepto de *consulta previa* por parte de la Corte Interamericana, como se verá más adelante.

En lo que tiene que ver con las soluciones amistosas, si bien no se ha avanzado mucho en materia de consulta previa, hay dos casos que vale la pena mencionar: el caso de la Comunidad San Vicente los Cimientos vs. Guatemala[45], en el que se recomendó la devolución de tierras como medida de reparación, y el caso

---

43 CIDH, Segundo informe sobre la situación de los derechos humanos en el Perú, cap. X, "Los derechos de las comunidades indígenas", 2000.

44 CIDH, Tercer informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia, cap. X, "Los derechos de los indígenas en Colombia", 1999, párr. J.

45 Comunidad San Vicente los Cimientos vs. Guatemala, CIDH Solución Amistosa [2003] Petición 11.197.

Mercedes Julia Huenteao Beroiza y Otras vs. Chile[46], en el que la Comisión afirmó la necesidad de llevar a cabo una consulta para el seguimiento de las obligaciones ambientales tras la construcción de una represa en territorio indígena. Vale la pena aclarar que estas soluciones son vinculantes solo para las partes.

En materia de medidas cautelares, estas se conceden en aquellos casos en los cuales una persona o un grupo de personas indican que hay gravedad o urgencia y se debe evitar la ocurrencia de un daño irreparable. En estos eventos, la Comisión analiza la situación y le solicita al Estado parte denunciado que adopte las medidas necesarias para evitar dicho daño, medidas que son de carácter obligatorio para los estados implicados en la petición. Se han concedido medidas cautelares en diversas ocasiones relacionadas con grupos indígenas[47] de las que valdría la pena mencionar algunas de especial interés, teniendo en cuenta que algunas de ellas han sido la base de pronunciamientos de la Corte Interamericana sobre el asunto específico de la consulta. Las más significativas y recientes en lo que tiene que ver con el presente análisis son:

- Clanes Saramaka vs. Surinam[48], caso en el cual el 8 de agosto de 2002 la Comisión otorgó medidas cautelares para proteger a doce clanes Saramaka que habitaban en 58 caseríos ubicados en el alto río Surinam. Los peticionarios alegaban que el Estado había otorgado concesiones madereras, mineras y de construcción de caminos en el territorio Saramaka sin consultarlos, lo cual constituía una amenaza inmediata, sustancial e irreparable a su integridad física y cultural. La Comisión solicitó al Estado adoptar las medidas necesarias para suspender las concesiones y los permisos de explotación maderera y minera y demás actividades relacionadas con la tierra ocupada por estos clanes. El Estado incumplió y finalmente este caso fue resuelto por la Corte Interamericana constituyéndose como uno de los casos emblemáticos sobre consulta previa, derecho al territorio y consentimiento informado, tal y como se verá más adelante.

- Comunidad Indígena Maho vs. Surinam, en el que la Comisión otorgó medidas cautelares a favor de los habitantes de la comunidad indígena maho en el año 2009, ya que la misma alegaba que desde 1990, la organización Stichtung Mohsiro y otros grupos habían invadido 65 hectáreas de tierras que habían sido

---

46 Mercedes Julia Huenteao Beroiza y Otras vs. Chile, CIDH Solución Amistosa [2004] Petición 4.617.

47 Recuérdense los casos colombianos mencionados en el primer capítulo, que si bien no tienen que ver con la consulta previa son importantes por haber tenido ocurrencia en la Sierra Nevada de Santa Marta y por la gravedad de sus hechos. Se trata del caso del Pueblo Indígena Wiwa vs. Colombia y del caso del Pueblo Indígena Kankuamo vs. Colombia, por el homicidio y la desaparición forzada de varios de sus miembros a manos de las Autodefensas Unidas de Colombia por el hecho de considerarlos colaboradores de la guerrilla.

48 12 Clanes Saramaka vs. Surinam, CIDH Medidas Cautelares [2002] Caso 12.338.

reservadas para la comunidad indígena maho en 1971. La Comisión le solicitó al Estado de Surinam que adoptara las medidas necesarias para asegurar que la comunidad maho sobreviviera en las 65 hectáreas que le habían sido reservadas y que evitara cualquier incursión de personas ajenas a la comunidad, protegiendo así los territorios ancestrales[49].

– Comunidades Indígenas de la Cuenca del río Xingu Pará vs. Brasil, aquí la CIDH otorgó medidas cautelares en el 2011 a favor de los miembros de dichas comunidades a causa de los impactos derivados de la construcción de la hidroeléctrica Belo Monte. La Comisión le solicitó al Gobierno de Brasil suspender inmediatamente el proceso de licencia del proyecto de la Planta Hidroeléctrica Belo Monte e impedir la realización de cualquier obra material de ejecución hasta que se observaran las siguientes condiciones mínimas: (a) realizar procesos de consulta, en cumplimiento de las obligaciones internacionales de Brasil, en el sentido de que la consulta debía ser previa, libre, informada, de buena fe, culturalmente adecuada, y con el objetivo de llegar a un acuerdo; (b) garantizar que antes de la realización de dichos procesos de consulta, para asegurar que la consulta fuera informada, las comunidades indígenas beneficiarias tuvieran acceso a un estudio de impacto social y ambiental del proyecto, en un formato accesible, incluyendo la traducción a los idiomas indígenas respectivos; (c) adoptar medidas para proteger la vida e integridad personal de los miembros de los pueblos indígenas en aislamiento voluntario de la cuenca del Xingú, y para prevenir la diseminación de enfermedades y epidemias entre las comunidades indígenas beneficiarias de las medidas; (d) garantizar la pronta finalización de los procesos de regularización de las tierras ancestrales de los pueblos indígenas en la cuenca del Xingu y adoptar medidas efectivas para la protección de dichos territorios ancestrales ante la intrusión y ocupación por no indígenas, y frente a la explotación o el deterioro de sus recursos naturales[50].

El 11 de mayo de 2016, la CIDH decidió solicitar la adopción de medidas cautelares a favor de los 595 miembros de la comunidad indígena otomí-mexica de San Francisco Xochicuautla, en México. Según la solicitud de medidas cautelares, el proyecto de construcción de la autopista Toluca-Naucalpan incluía una sección que atravesaría el territorio ancestral de dicha comunidad donde sus miembros desarrollan actividades de caza, pesca y recolección. La solicitud alegaba que la construcción de la autopista habría sido aprobada sin realizar la

---

49 Comunidad Indígena Maho vs. Suriname, CIDH Medidas Cautelares [2009] MC 395-09.

50 Comunidades Indígenas de la Cuenca del Río Xingu Pará vs. Brasil, CIDH, Medidas Cautelares [2011] MC 382-10.

consulta previa con los miembros de la comunidad, y que en 2012 el Gobierno del Estado de México había emitido un decreto de expropiación y un título de concesión, sin que la comunidad indígena tuviera conocimiento. En mayo de 2013, la comunidad obtuvo una sentencia de amparo a su favor ordenando la suspensión de la construcción de la autopista, pero la solicitud de medida cautelar señala que el Estado continuó con la obra. También indicaron que varios miembros de la comunidad fueron detenidos en el marco de protestas contra la construcción de la autopista. La Comisión requirió al Estado de México para que adoptara las medidas necesarias para preservar la vida e integridad personal de los miembros identificados de la comunidad indígena otomí-mexica de San Francisco Xochicuautla; a concertar las medidas a adoptarse con los beneficiarios y sus representantes; y a informar sobre las acciones adoptadas a fin de investigar los hechos alegados y así evitar su repetición[51].

Vale la pena mencionar además que en el año 2010 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos emitió el informe denominado *Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales: normas y jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos*, en el que se hace un análisis de los derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus territorios, tierras y recursos naturales, basado en los instrumentos jurídicos del sistema interamericano, tal y como han sido interpretados por la jurisprudencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Por último, en cuanto a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ésta también nació de la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969 y empezó a funcionar diez años después, se pronuncia a través de sentencias y su función principal es conocer de los casos presentados por la Comisión o por cualquier Estado parte, siempre que éste haya reconocido su competencia y el caso pueda ser interpretado bajo las disposiciones de la Convención; y, como consecuencia de ello, cuando considere que existió o existe una violación de derechos, puede ordenarle al Estado denunciado que garantice el goce de estos y, si es el caso, que tome las correspondientes medidas de reparación. La Corte también tiene la competencia de conceder medidas provisionales en casos de extrema gravedad y urgencia para evitar daños irreparables y éstas son vinculantes para los estados parte[52].

---

51 Comunidad indígena otomí-mexica de San Francisco Xochicuautla vs. México, CIDH Medidas Cautelares [2016] MC 277-13.

52 Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículos 61.1 y 63.

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es una de las fuentes de derecho internacional más avanzadas y garantistas en materia de derechos territoriales y consulta previa y también es vinculante. De este modo, se hará referencia a las sentencias hito relacionadas con los temas relevantes para esta investigación: el derecho de propiedad indígena, el derecho sobre los recursos naturales en territorios indígenas, la consulta previa y el consentimiento libre previo e informado.

B. Línea jurisprudencial del sistema interamericano de derechos humanos sobre los derechos territoriales de los pueblos indígenas

La particular relación existente entre los pueblos indígenas y sus territorios ha sido reconocida en el derecho internacional de los derechos humanos. El artículo 21 de la Convención Americana y el artículo XXIII de la Declaración Americana "protegen este vínculo tanto con las tierras como con los recursos naturales de los territorios ancestrales[53], ya que se trata de una vinculación de gran importancia para el goce de otros derechos, y la falta de garantías por parte del Estado puede implicar someterlos a situaciones de desprotección que conllevan violaciones del derecho a la vida, a la integridad personal, a la existencia digna, a la alimentación, al agua, a la salud, a la educación, entre otros"[54]. De la preservación de la conexión particular entre las comunidades indígenas y sus tierras y recursos depende la existencia misma de estos pueblos.

Indica la Corte Interamericana de Derechos Humanos que "los estados parte deben garantizar el derecho a la propiedad colectiva de los pueblos indígenas teniendo en cuenta que la tierra está estrechamente relacionada con sus tradiciones y expresiones orales, sus costumbres y lenguas, sus artes y rituales, sus conocimientos y usos relacionados con la naturaleza, sus artes culinarias, el derecho consuetudinario, su vestimenta, filosofía, cosmovisión y valores. En función de su entorno, su integración con la naturaleza y su historia, los miembros de las comunidades indígenas transmiten de generación en genera-

---

53 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 31 de agosto de 2001, Serie C n.º 79, párr. 148; Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay, sentencia del 17 de junio de 2005, párr. 137; Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay, Paraguay, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 29 de marzo de 2006, Serie C n.º 146, párrs. 118, 121.

54 CIDH, *Democracia y derechos humanos en Venezuela*, diciembre de 2009, párr. 1054.

ción este patrimonio cultural inmaterial, que es recreado constantemente por sus miembros"[55].

> El derecho de propiedad de los pueblos indígenas sobre sus territorios es jurídicamente equivalente al derecho de propiedad privada no indígena"[56], aspecto que se deriva del deber de no discriminación establecido en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Además, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha caracterizado reiteradamente "el derecho a la propiedad territorial como un derecho cuyos titulares son las personas individuales que conforman los pueblos indígenas y cuyo ejercicio se desenvuelve en sistemas de propiedad colectiva; y, en forma simultánea, también es un derecho colectivo cuyo titular es el pueblo correspondiente[57].

La dimensión colectiva se refiere a la conexión particular entre las comunidades indígenas y las tierras y los recursos que han ocupado y usado tradicionalmente, y precisamente por la dimensión colectiva del derecho a la propiedad de los pueblos indígenas los órganos del sistema interamericano han reconocido que éstos tienen una relación particular con el territorio en virtud de la cual éste se considera de su propiedad como colectividad[58]. Esta noción indígena de *propiedad colectiva* en la interpretación del artículo 21 de la Convención por parte de la Corte merece igual protección que la propiedad privada[59].

Por otra parte, la jurisprudencia interamericana ha caracterizado la propiedad territorial indígena como "una forma de propiedad que se fundamenta no en el reconocimiento oficial del Estado, sino en el uso y posesión tradicionales de las tierras y recursos con independencia del reconocimiento estatal"[60]. De manera tal que "los pueblos indígenas que han perdido la posesión del territorio ocupado ancestralmente mantienen sus derechos de propiedad y son titulares del derecho a la recuperación de sus tierras"[61].

---

55 Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay, Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia 17 de junio de 2005, Serie C-125, párr. 154.

56 Pueblo Saramaka vs. Surinam, Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia del 28 de noviembre de 2007, Serie C-172, párr. 110.

57 Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua, Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia del 31 de agosto de 2001, Serie C-79, párr. 140.

58 Ibidem.

59 Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay, Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia del 29 de marzo de 2006, Serie C-146, párr. 120; y Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay, Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia del 24 de agosto de 2010, Serie C-377, párr. 87.

60 CIDH, *Acceso a la justicia e inclusión social: el camino hacia el fortalecimiento de la democracia en Bolivia*, 2007, párr. 231.

61 Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia del 29 de marzo de 2006, Serie C-146, párr. 128.

Desde el caso *Awas Tingni* evocado posteriormente en el caso *Saramaka vs. Surinam*, la Corte Interamericana describió el ámbito material hasta donde se extendía el derecho a la propiedad de la comunidad, y estableció que el Estado debía protegerlo a través de la delimitación, demarcación y titulación de zonas geográficas habitadas por indígenas y de aquellas en las que realizan sus actividades, siempre con la participación plena de estos. Indicó que "el derecho de los pueblos indígenas a la propiedad de sus territorios debe tener certeza jurídica, [lo cual] implica que su título jurídico de propiedad debe ser reconocido, respetado y estar debidamente registrado. La Corte no admite que el reconocimiento del derecho de propiedad de los pueblos indígenas sea sustituido por otras figuras, tales como las concesiones forestales o los parques y reservas naturales"[62].

Además, "en el caso de las comunidades indígenas la tenencia tradicional está ligada a una continuidad histórica pero no necesariamente a un solo lugar y a una sola conformación social a través de los siglos; por tal razón, la ubicación específica de los asentamientos dentro del territorio ancestral no es determinante de la existencia de los derechos, según la Corte, puede haber movimientos en los lugares de asentamiento a lo largo de la historia, sin que se afecte la protección que brinda la Convención Americana"[63]. Para efectos de identificar el territorio tradicional de una comunidad o pueblo determinado, los órganos del sistema interamericano han examinado pruebas de la ocupación y utilización histórica de las tierras y recursos por parte de sus miembros, del desarrollo de prácticas tradicionales de subsistencia y de rituales, y de la toponimia de la zona en el lenguaje de la comunidad[64].

Afirman los órganos interamericanos que, "en virtud del artículo 21 de la Convención Americana y del artículo XXIII de la Declaración Americana, los pueblos indígenas son titulares de derechos de propiedad y dominio sobre las tierras y recursos que han ocupado históricamente, y por lo tanto tienen derecho a ser reconocidos jurídicamente como los dueños de sus territorios, a obtener un título jurídico formal de propiedad de sus tierras, y a que los títulos sean debidamente registrados"[65].

---

62 Pueblo Saramaka vs. Surinam, Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia del 28 de noviembre de 2007, Serie C-172, párr. 113.

63 Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua, Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia del 31 de agosto de 2001, Serie C-79, párr. 140.

64 Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay, Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia del 24 de agosto de 2010, Serie C-377, párrs. 93-107.

65 Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay, Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia del 29 de marzo de 2006, Serie C-146, párr. 113(a); Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo vs. Belice, CIDH, Informe n.º 40/04, Caso 12.053, 12 de octubre de 2004, párr. 115; Comunidad

> Las garantías de protección del derecho a la propiedad colectiva bajo los instrumentos interamericanos de derechos humanos pueden ser invocadas respecto de territorios que les pertenecen, pero que aún no han sido titulados formalmente, demarcados o delimitados por el Estado, y una de las principales implicaciones de esta regla es que los Estados no pueden otorgar concesiones para la exploración o explotación de recursos naturales que se encuentren en territorios que no han sido delimitados, demarcados o titulados, sin consulta efectiva y sin el consentimiento informado del pueblo indígena afectado[66].

Por último, en materia de derecho al territorio, la Corte Interamericana ha reconocido "el derecho que tienen las comunidades indígenas a la restitución de la tierra que ancestralmente les pertenece cuando hayan perdido posesión total o parcial de ella, incluso si se encuentra en manos de terceros, y es el Estado el que debe facilitar los mecanismos para este fin"[67]. En todo caso, se ha reconocido que "éste no es un derecho absoluto y que encuentra un límite en aquellos casos excepcionales en los que existan razones objetivas y justificadas que hagan imposible al Estado restaurar los derechos territoriales de los pueblos indígenas; caso en el cual deberá entregar tierras alternativas de igual calidad o una indemnización previa consulta de los afectados"[68].

Tal y como se mencionó anteriormente, el derecho al territorio va de la mano con el derecho sobre los recursos naturales ubicados en territorios indígenas. Muchos de ellos viven en áreas ricas en recursos naturales, biodiversidad, agua y minerales que suelen ser objeto de las ambiciones de la sociedad no indígena, por ello es importante reconocer sus derechos sobre éstos para asegurar su supervivencia y bienestar físico, económico y espiritual.

Si bien es cierto que "en varios de los estados parte de la Convención existen disposiciones constitucionales o legales que asignan la propiedad de los recursos naturales del subsuelo y de los recursos hídricos al Estado[69], [y] esto no implica que los pueblos indígenas no tengan derechos en relación con el proceso de exploración y extracción mineral, ni tampoco implica que las autoridades estatales tengan plena libertad para disponer de dichos recursos a su discreción. Tales derechos incluyen el derecho a un medio ambiente sano, el derecho a la consulta

---

Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia del 31 de agosto de 2001, Serie C-79, párr. 104.

66 Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo vs. Belice, CIDH, Informe n.º 40/04, Caso 12.053, 12 de octubre de 2004, párr. 153.

67 Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay, Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia del 29 de marzo de 2006, Serie C-146, párr. 128.

68 Cit. ibídem.

69 Entre ellos Colombia.

previa y en ciertos casos al otorgamiento del consentimiento previo, libre e informado, el derecho a la participación en los beneficios del proyecto, y el derecho de acceso a la justicia y a la reparación"[70]. Además tienen derechos sobre los recursos necesarios para su subsistencia (agricultura, caza, pesca y recolección), teniendo en cuenta que derechos como el derecho a la vida, a la dignidad, a la libertad, a la familia, y a la circulación y residencia, dependen de estos[71].

> Estos derechos resultan directamente afectados cuando la polución, la deforestación, la contaminación de las aguas u otros tipos de daños ambientales ocurren en los territorios ancestrales. Ello implica que el Estado esté obligado a adoptar acciones preventivas y positivas orientadas a garantizar un medio ambiente que no comprometa la capacidad de las personas indígenas de ejercer sus derechos humanos más básicos[72].

C. Línea jurisprudencial del sistema interamericano de derechos humanos sobre el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas

Por otro lado, para la Corte Interamericana también es cierto que los estados parte y las poblaciones que los componen tienen derecho al desarrollo. "Tal derecho implica que tienen la libertad de explotar sus recursos naturales, incluso a través de concesiones y de inversiones internacionales, pero respetando siempre los derechos humanos y los derechos de los pueblos indígenas y de sus miembros. El desarrollo debe gestionarse en forma sostenible garantizando la protección del medio ambiente y específicamente del medio ambiente de los territorios ancestrales indígenas. Indica que los megaproyectos de infraestructura o desarrollo, tales como carreteras, canales, represas, puertos o afines y explotación maderera así como las concesiones para la exploración o explotación de recursos naturales y del subsuelo en territorios ancestrales, representan un peligro mortal para la supervivencia de los pueblos indígenas, una amenaza para sus intereses económicos y su supervivencia e integridad cultural y una afectación grave en el ejercicio de sus derechos de propiedad sobre sus tierras y recursos naturales"[73].

---

70 Pueblo Saramaka vs. Surinam, Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia del 28 de noviembre de 2007, Serie C-172, párr. 141.

71 Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua, Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia del 31 de agosto de 2001, Serie C-79, párr. 140.

72 CIDH, Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Ecuador, 1997.

73 Pueblo Saramaka vs. Surinam, Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia del 28 de noviembre de 2007, Serie C-172, párr. 150.

De este modo, siempre que se estén causando daños significativos en los territorios indígenas como consecuencia de proyectos, planes de desarrollo o inversión, o concesiones extractivas, estos proyectos, planes o concesiones se tornan ilegales y los estados tienen el deber de suspenderlos, reparar los daños ambientales, e investigar y sancionar a los culpables de ellos[74]. Además, la Corte Interamericana de Derechos Humanos también ha recalcado la obligación de los estados de implementar, en el marco de los proyectos de exploración y explotación de recursos naturales en territorios de los pueblos indígenas, mecanismos de participación para la determinación de los daños ambientales que se hayan causado; mecanismos que deben permitir la suspensión inmediata de la ejecución de los proyectos que impliquen afectaciones de la vida o la integridad personal, garantizar la imposición de sanciones y permitir que se determinen y hagan efectivas las indemnizaciones correspondientes[75].

> Para efectos de otorgar concesiones extractivas o de realizar planes y proyectos de inversión y desarrollo que afecten los recursos naturales en territorios indígenas, la Corte Interamericana ha identificado tres condiciones obligatorias para los Estados: el cumplimiento del derecho internacional sobre la expropiación (artículo 21 de la Convención Americana), la no aprobación de cualquier proyecto que pueda amenazar la supervivencia física o cultural de un pueblo indígena, y la aprobación solo después de consultas de buena fe o, cuando sea aplicable, del consentimiento previo, libre e informado, de un estudio previo de impacto ambiental y social realizado con participación indígena, y con participación razonable en los beneficios por parte de la comunidad indígena afectada. El cumplimiento de estos requisitos es obligatorio, incluso si existen disposiciones de derecho interno que reservan al Estado la propiedad de los recursos vivos, del agua o del subsuelo en los territorios indígenas[76].

Al evaluar propuestas de planes o proyectos de inversión o desarrollo, o el otorgamiento de concesiones extractivas, los estados deben tener en cuenta, como primera medida, a las comunidades indígenas que habitan en los respectivos territorios y sus formas tradicionales de tenencia de la tierra. Para la Corte Interamericana, "el término 'plan de desarrollo o inversión' se refiere a cualquier actividad que pueda afectar la integridad de las tierras y recursos naturales dentro del territorio ancestral, incluyendo obras para el aumento o mejora de la

---

74 CIDH, Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Ecuador, 1997.

75 CIDH, Democracia y Derechos Humanos en Venezuela. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 54, 30 de diciembre de 2009, párr. 1137, recomendación 6.

76 Pueblo Saramaka vs. Surinam, Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia del 28 de noviembre de 2007, Serie C-172, párr. 131.

infraestructura productiva o de servicios públicos, la construcción de vías de transporte y comunicación de personas, mercancías, bienes y servicios, la construcción de oleoductos, la construcción de represas, la construcción de infraestructuras educativas, sanitarias o militares, entre otros, así como la extracción de recursos naturales y del subsuelo"[77].

Como se mencionó, con el fin de garantizar que las restricciones impuestas a los pueblos indígenas respecto del derecho a la propiedad por la emisión de concesiones dentro de su territorio no impliquen la denegación de su subsistencia o el cambio de sus costumbres, el Estado debe cumplir con tres garantías: "[…] debe asegurar la participación efectiva de los miembros del pueblo correspondiente, debe garantizar que los miembros del mismo se beneficien razonablemente del plan que se lleve a cabo, y debe garantizar que no se emitirá ninguna concesión hasta que entidades independientes y técnicamente capaces, bajo su supervisión, realicen un estudio previo de impacto social y ambiental"[78].

Los estudios de impacto social y ambiental responden a la finalidad de preservar, proteger y garantizar la relación especial de los pueblos indígenas con sus territorios y garantizar su subsistencia como pueblos. Su objetivo no es solo tener alguna medida objetiva del posible impacto sobre la tierra y las personas, sino además asegurar que los miembros del pueblo afectado tengan conocimiento de los posibles riesgos a fin de que acepten el plan de desarrollo o inversión propuesto con conocimiento y de forma voluntaria. La comunidad afectada debe conocer de manera previa los riesgos sociales, espirituales, culturales y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo previstas pueden traer[79]. "El proceso de los estudios de impactos ambientales y sociales es una obligación del Estado, que debe llevarlos a cabo o supervisar su realización antes de emitir las concesiones o de aprobar los planes o proyectos. No obstante, el Estado puede encomendar dichos estudios a entidades independientes y técnicamente capacitadas bajo su supervisión"[80].

La sentencia de la Corte en el caso Saramaka exige que los estados garanticen a los pueblos indígenas la participación en el proceso de los estudios previos de impacto social y ambiental. Esta exigencia también se incluye en el Convenio 169 de la OIT, que establece que los estudios de impacto o incidencia deberán

---

77 Cit. ibídem.

78 CIDH, Democracia y Derechos Humanos en Venezuela. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 54, 30 de diciembre de 2009, párr. 1137, recomendación 6.

79 Pueblo Saramaka vs. Surinam, Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia del 28 de noviembre de 2007, Serie C-172, párr. 129.

80 Cit. ibídem.

efectuarse en cooperación con los pueblos interesados y con respeto de sus tradiciones y cultura.

En materia de consulta previa y consentimiento previo, libre e informado, los organismos interamericanos han establecido que los estados parte tienen la obligación de consultar a los pueblos indígenas y garantizar su participación en las decisiones relativas a cualquier medida que los afecte y, en especial que tenga que ver con sus territorios, teniendo en cuenta de nuevo la especial relación entre estos, la tierra y los recursos naturales[81]. Esta es una manifestación concreta de la aplicación del Convenio 169 de la OIT y de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, según los cuales el Estado debe garantizar que los pueblos indígenas sean consultados sobre los temas susceptibles de afectarlos, y, esta consulta debe ser llevada a cabo de buena fe y debe estar dirigida a obtener su consentimiento libre, previo e informado[82].

Para la CIDH, uno de los elementos centrales para la protección de los derechos de propiedad de los indígenas es el requisito de que los estados establezcan consultas efectivas y previamente informadas con las comunidades indígenas en relación con los actos y decisiones que puedan afectar sus territorios tradicionales[83]. Este derecho, además, se relaciona directamente con el derecho a la identidad cultural, en la medida en que la cultura puede resultar afectada por tales decisiones dada su relación intrínseca con el territorio[84].

Así mismo, la Declaración Americana establece en sus artículos XVIII y XXIII que cualquier decisión administrativa que pueda afectar jurídicamente los derechos o intereses de los pueblos indígenas sobre sus territorios debe estar basada en un proceso de participación plena, de manera que "los estados miembros deben garantizar que toda determinación surja de un proceso de total información y mutuo consentimiento de parte de la comunidad indígena en su conjunto. Esto requiere, como mínimo, que todos los miembros de la comunidad estén plena y cabalmente informados de la naturaleza y las consecuencias de la medida y se les brinde una oportunidad efectiva de participar individual o colectivamente"[85].

En el caso Saramaka, ya citado en reiteradas ocasiones, la Corte Interamericana indicó algunos ejemplos de casos en los cuales es necesaria la consulta

---

81 CIDH, *Democracia y derechos humanos en Venezuela*, 30 de diciembre de 2009, párr. 1071.

82 CIDH, *Informe de Seguimiento. Acceso a la justicia e inclusión social: el camino hacia el fortalecimiento de la democracia en Bolivia*, 7 de agosto de 2009, párr. 158.

83 CIDH, Informe n.º 40/04, *Comunidades indígenas mayas del Distrito de Toledo (Belice)*, 12 de octubre de 2004, párr. 142.

84 Cit. ibídem.

85 CIDH, Informe n.º 75/02, Mary y Carrie Dann vs. Estados Unidos, 27 de diciembre de 2002, párr. 140.

previa tales como: los procesos de delimitación, demarcación y otorgamiento de título colectivo sobre el territorio; el proceso de otorgamiento a los miembros del pueblo afectado del reconocimiento legal de su capacidad jurídica colectiva; el proceso de adopción de medidas legislativas, administrativas o de otra índole que sean necesarias para reconocer, proteger, garantizar y dar efecto legal al derecho al territorio tradicionalmente ocupado y utilizado; el proceso de adopción de medidas legislativas, administrativas u otras requeridas para reconocer y garantizar el derecho de los pueblos indígenas a ser efectivamente consultados conforme a sus tradiciones y costumbres; todo tipo de estudios previos de impacto ambiental y social; cualquier restricción propuesta a los derechos de propiedad particularmente respecto de los planes de desarrollo o inversión propuestos dentro de, o que afecten, su territorio; los procesos de elección y entrega de tierras alternativas y el pago de indemnizaciones justas.

En otros casos, la CIDH ha precisado que "está sujeta a la consulta previa, efectiva e informada, la adopción de medidas relacionadas con los procesos de acceso y goce efectivo del territorio ancestral así como el establecimiento de las fronteras del territorio indígena a través de los procesos de delimitación y demarcación efectivas"[86].

La consulta no es un acto singular, sino un proceso de diálogo y negociación que implica la buena fe de ambas partes y la finalidad de alcanzar un acuerdo mutuo. Los procedimientos de consulta deben propender a la obtención del consentimiento libre e informado de los pueblos y no limitarse únicamente a una notificación o a un trámite formal, de manera que incluso en los casos en los que el consentimiento no sea un requisito necesario los estados tienen el deber de prestar la debida consideración a los resultados de aquella.

> El derecho a la participación en los procesos decisorios que puedan afectar los territorios ancestrales corresponde tanto a los miembros individuales de dichos pueblos, como a los pueblos como un todo. La CIDH ha enfatizado que los intereses colectivos de los pueblos indígenas sobre sus tierras ancestrales no excluyen la participación de personas individuales en el proceso. Los procesos de obtención del consentimiento previo e informado de la comunidad en su conjunto exigen como mínimo, que todos los miembros de la comunidad sean plena y precisamente informados de la naturaleza y las consecuencias del proceso y cuenten con una oportunidad efectiva de participar individual o colectivamente[87].

---

86 CIDH, Informe n.º 40/04, *Comunidades indígenas mayas del Distrito de Toledo de Toledo (Belice)*, 12 de octubre de 2004, párr. 132.

87 CIDH, Informe n.º 75/02, Mary y Carrie Dann vs. Estados Unidos, 27 de diciembre de 2002.

> El deber de consulta, consentimiento y participación cobra especial vigencia en la realización de planes o proyectos de desarrollo o inversión o la implementación de concesiones extractivas en territorios indígenas; además, la participación de los pueblos indígenas es requerida por el derecho internacional, antes de la aprobación de los proyectos y debe estar dirigida a obtener su consentimiento libre e informado. La realización de las consultas es responsabilidad del Estado y no de otras partes, tales como la empresa que busca obtener la concesión o el contrato de inversión[88]. Debe mencionarse además que, los pueblos indígenas y tribales que carecen de títulos formales de propiedad sobre sus territorios también deben ser consultados respecto del otorgamiento de concesiones extractivas o la implementación de planes o proyectos de desarrollo o inversión en sus territorios[89].

Los estados deben elaborar reglas y requisitos claros para el proceso de las consultas; sin embargo, en la mayoría de los casos el derecho a la consulta se viola por la ausencia o las limitaciones de los mecanismos legislativos y administrativos que regulan el deber de consultar. La ausencia de directrices jurídicas claras para la realización de dichos procedimientos supone, en la práctica, un serio obstáculo para el cumplimiento del deber estatal de consultar[90].

Por otra parte, los estados también tienen la obligación de consultar a los pueblos indígenas sobre las medidas legislativas que les pueden afectar directamente. El cumplimiento del deber de consultarles sobre la definición del marco legislativo e institucional de la consulta previa es una de las medidas especiales requeridas para promover la participación de los pueblos indígenas en la adopción de las decisiones que les afectan directamente[91].

En cuanto a las características de la consulta desde el punto de vista de la Comisión y de la Corte Interamericana, en primer lugar, ésta debe ser previa. Es decir, debe llevarse a cabo durante la fase de planificación del proyecto, plan o medida y con suficiente antelación al comienzo de su ejecución. El aviso temprano proporciona un tiempo para la discusión interna dentro de las comunidades y para brindar una adecuada respuesta al Estado[92].

---

88 CIDH, Informe n.º 40/04, *Comunidades indígenas mayas del Distrito de Toledo de Toledo (Belice)*, 12 de octubre de 2004, párr. 144.

89 Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua, Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia del 31 de agosto de 2001, Serie C-79, párr. 153.

90 En la sentencia T-652 de 1998, la Corte Constitucional de Colombia indicó que "la participación [de los pueblos indígenas] no se reduce meramente a una intervención en la actuación administrativa dirigida a asegurar el derecho de defensa de quienes van a resultar afectados con la autorización de la licencia ambiental, sino que tienen una significación mayor por los altos intereses que ella busca tutelar, como son los atinentes a la definición del destino y la seguridad de la subsistencia de las referidas comunidades".

91 Convenio 169 de la OIT, artículo 6.1(a).

92 Pueblo Saramaka vs. Surinam, Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia del 28 de noviembre de 2007, Serie C-172, párr. 133.

En segundo lugar, la consulta debe ser culturalmente adecuada. El deber estatal de consultar a los pueblos indígenas debe cumplirse de acuerdo con sus costumbres y tradiciones, a través de procedimientos culturalmente adecuados y teniendo en cuenta sus métodos tradicionales para la toma de decisiones[93].

En tercer lugar, la consulta debe ser informada. Se exige la provisión plena de información precisa sobre la naturaleza y consecuencias del proyecto o medida a las comunidades consultadas antes y durante aquella. Según la jurisprudencia de la Corte Interamericana, la consulta debe ser informada, en el sentido de que los pueblos indígenas tengan conocimiento de todos los posibles riesgos y daños, a fin de que acepten el proyecto o medida con conocimiento y de forma voluntaria, lo cual implica una comunicación constante entre las partes y, de ser necesario, la presencia de intérpretes[94].

Por último, la consulta debe hacerse de buena fe y con la finalidad de llegar a un acuerdo o de recibir el consentimiento informado de los pueblos indígenas que puedan verse afectados. Para la Corte Interamericana, la obligación primaria de los estados es la de asegurar que todo proyecto en área indígena o que afecte su hábitat o cultura, sea tramitado y decidido con participación y en consulta con los pueblos interesados con miras a obtener su consentimiento y eventual participación en los beneficios. El énfasis puesto por la regulación internacional sobre la buena fe busca establecer una garantía frente a los procesos de consulta meramente formales, una práctica desafortunadamente frecuente que ha sido denunciada constantemente por los pueblos indígenas[95].

> La consulta de buena fe exige la ausencia de cualquier tipo de coerción por parte del Estado o de agentes que actúen con su autorización o aquiescencia. En muchos casos, las consultas a los pueblos indígenas se llevan a cabo en un contexto de hostigamiento e incluso de violencia perpetrada por guardias de seguridad privados contratados por las empresas responsables de los proyectos y, a veces, por la fuerza pública. La buena fe también es incompatible con prácticas tales como los intentos de desintegración de la cohesión social de las comunidades afectadas, sea a través de la corrupción de los líderes comunales o del establecimiento de liderazgos paralelos, sea a través de negociaciones con miembros individuales de las comunidades que son contrarias a los estándares internacionales. La consulta de buena fe requiere el establecimiento de un clima de confianza mutua entre las partes, basado en el principio de respeto mutuo[96].

---

93 Cit. ibídem.
94 Cit. ibídem.
95 Declaración de Naciones Unidas, artículos 10, 11, 15, 17, 19, 28, 29, 30, 32, 36 y 38.
96 ONU-Consejo de Derechos Humanos-Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, James Anaya, 15 de julio de 2009, párr. 51.

En lo que se refiere al deber de obtener el consentimiento previo e informado, éste es un deber limitado para ciertas ocasiones. Si bien todo proceso de consulta debe perseguir el objetivo del consentimiento y de llegar a un acuerdo, en algunos casos específicamente definidos, la jurisprudencia de la Corte Interamericana y los estándares internacionales exigen jurídicamente que los estados obtengan el consentimiento libre, previo e informado de los pueblos indígenas ante la ejecución de planes o proyectos que puedan afectar sus derechos.

La Corte Interamericana ha resaltado la diferencia entre 'consulta' y 'consentimiento' y ha indicado que cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un fuerte impacto dentro del territorio indígena de que se trate, el Estado tiene la obligación no solo de consultar a sus habitantes de buena fe, y con el objetivo de llegar a un acuerdo, sino también de obtener su consentimiento libre, informado y previo, según sus costumbres y tradiciones[97].

Siempre que se lleven a cabo proyectos a gran escala en áreas ocupadas por pueblos indígenas es probable que estas comunidades tengan que atravesar cambios sociales y económicos profundos que las autoridades competentes no son capaces de entender. Por esta razón, el requisito del consentimiento debe interpretarse como una salvaguarda reforzada de los derechos de los pueblos indígenas, dada su conexión directa con el derecho a la vida, a la identidad cultural y a otros derechos humanos esenciales. "El deber de obtención del consentimiento responde, por lo tanto, a una lógica de proporcionalidad en relación con el derecho de propiedad indígena y otros derechos conexos"[98].

Los casos en los cuales la obtención del consentimiento de los pueblos indígenas es obligatoria son los siguientes: planes o proyectos de desarrollo o inversión que impliquen el desplazamiento de los pueblos indígenas de sus territorios tradicionales, es decir, su reubicación permanente; casos en que la ejecución de planes de inversión o desarrollo o de concesiones de explotación de los recursos naturales privaría a los pueblos indígenas de la capacidad de usar y gozar de sus tierras y de otros recursos naturales necesarios para su subsistencia; y casos de depósito o almacenamiento de materiales peligrosos en tierras o territorios indígenas[99].

---

97 Pueblo Saramaka vs. Surinam, Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia del 28 de noviembre de 2007, Serie C-172, párr. 17.

98 Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, *Consideraciones de los informes presentados por los estados partes conforme al artículo 9 de la Convención, Observaciones Finales respecto del Ecuador*, 2003, ONU, 2 de junio de 2003, párr. 16.

99 ONU-Consejo de Derechos Humanos-*Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas*, James Anaya, 15 de julio de 2009, párr. 47.

Todo lo anterior ha sido reiterado de manera más reciente en las sentencias Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, del 27 de junio de 2012[100]; Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la Cuenca del Río Cacarica (Operación Génesis) vs. Colombia, del 20 de noviembre de 2013; Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros vs. Panamá, del 14 de octubre de 2014; Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros vs. Honduras del 8 de octubre de 2015 y Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam, del 25 de noviembre de 2015. Estas sentencias recogen toda la jurisprudencia anterior y pueden destacarse como las sentencias insignia en materia de consulta previa, especialmente la del 27 de junio de 2012, en la que se resaltó el carácter fundamental de este derecho por estar en directa conexidad con la pervivencia y la identidad cultural de los pueblos indígenas.

Puede observarse entonces que, en general, tanto los informes de la Comisión como las sentencias de la Corte tienden a determinar con alto nivel de detalle los casos en los cuales debe realizarse la consulta previa, establecen los casos en que es necesario obtener el consentimiento libre, previo e informado de la comunidad indígena afectada, desarrollan el concepto del territorio para las comunidades indígenas de acuerdo con su espiritualidad y cultura, y, entre otros, desarrollan lo relativo a reparaciones, como se verá en el siguiente capítulo.

Todo lo visto antes permite afirmar que en el ámbito internacional y principalmente en el sistema interamericano de derechos humanos se ha avanzado de manera notoria en materia de derechos territoriales indígenas y de derecho a la consulta previa de estas comunidades. Lo anterior es muy importante porque estos pronunciamientos son vinculantes para el Estado colombiano, así como el Convenio 169 es parte del bloque de constitucionalidad.

III. Los derechos territoriales de las comunidades indígenas y la consulta previa: referentes normativos nacionales

El artículo 2.º de la Convención Americana impone a los estados parte la obligación general de adecuar su derecho interno a los estándares de la Convención. De este modo, los estados deben revisar sus leyes, procedimientos y prácticas para asegurar que los derechos territoriales de los pueblos y personas indígenas

---

100 Véase también Fasciglione Marco, *Exploitation of Natural Resources and the Duty to Consult Indigenous Peoples in Recent Case Law of the Inter-American Court of Human Rights*, en Rivista di Diritti umani e diritto internazionale, vol. 1, 2013, pp. 187-191.

sean definidos de conformidad con los derechos establecidos en los instrumentos interamericanos de derechos humanos; además deben dar una implementación práctica efectiva a las normas constitucionales, legales y reglamentarias de su derecho interno, para así asegurar el goce real y efectivo de tales derechos[101].

En este sentido, y teniendo en cuenta que Colombia ratificó la Convención en 1972 y el Convenio 169 de la OIT en 1991, se analizarán en primer lugar las normas relativas a los derechos indígenas y a la consulta previa antes de la Constitución Política de 1991, en segundo lugar la Carta Política como tal, y, por último, las normas emitidas con posterioridad a ella, para así poder comprender la evolución de estas materias en el país y analizar si ésta ha sido suficiente o menos.

A. NORMAS RELATIVAS A LOS DERECHOS INDÍGENAS ANTES DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991

Antes de 1991 no existía una verdadera protección de los derechos de los pueblos indígenas ni de los indígenas como tal. Sin embargo, vale la pena mencionar algunas normas relevantes que evitaron en cierta medida su desaparición.

Según las Leyes de Indias, España solo se consideraba dueña de las tierras por ella realmente ocupadas y que los indígenas hubieran abandonado, mas no de las que éstos conservaban en su poder. Aquellas que habían sido abandonadas podían ser adjudicadas a los españoles o a los mismos indígenas por medio de un título traslaticio de dominio expedido por la Corona, y aquellas que continuaban en posesión de los indígenas no eran susceptibles de adjudicación[102]. Sin embargo, con la independencia y la República se dio inicio a una política de "aculturación" de los indígenas y recuperación de las tierras por parte del Estado[103].

Si bien la Ley del 25 de mayo de 1824 dispuso en su artículo 14 que "Se respetarán todas las propiedades de los indígenas, se les cumplirán religiosamente los ofrecimientos que se les hagan a nombre de la República y se les defenderá en cuanto sea posible de las agresiones de sus vecinos, principalmente por mediciones y arbitramentos", años más tarde se expidió la ya mencionada Ley 89 de 1890[104], mediante la cual se buscaba dividir los resguardos y disolver los

---

101 CIDH, Democracia y Derechos Humanos en Venezuela, 30 de diciembre de 2009, párr. 1062. Véase también: CIDH, *Acceso a la justicia e inclusión social: el camino hacia el fortalecimiento de la democracia en Bolivia*, 28 de junio de 2007, párrs. 220, 297.

102 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Bogotá, 24 de septiembre de 1962, MP José J. Gómez R.

103 Recopilación de Leyes de los Reynos de las Indias, Ediciones Cultura Hispánica, Madrid, 1973.

104 Antes de su expedición entró en vigencia el Código Civil de 1860 inspirado en el Código Chileno

cabildos indígenas para *reducir los salvajes a la vida civilizada*. Sin embargo, se reconocían allí algunos derechos "provisionales"[105] que resultaron siendo la tabla de salvación de los pueblos indígenas de Colombia, manteniendo sus formas de gobierno, protegiendo sus derechos territoriales sobre los resguardos y sobre las tierras ancestrales y declarando a los indígenas como pobres de solemnidad, tal y como se vio en el capítulo I[106].

Durante los primeros años del siglo XX los legisladores colombianos se dedicaron a dividir los resguardos, fenómeno que puede observarse, por ejemplo, en la Ley 55 de 1905, la cual disponía en su artículo 1.º lo siguiente:

> La Nación ratifica y confirma la declaración judicial y legalmente hecha, de estar vacantes globos de terrenos conocidos como Resguardos de Indígenas, así como también las ventas de ellos efectuadas en subasta pública; y reconoce como título legal de propiedad de esos terrenos el adquirido por sus rematadores.

Esta ley les cedía a los municipios todos los terrenos de resguardos que estuvieran ubicados dentro de sus jurisdicciones y declaraba abandonados los territorios en los que no hubiera presencia indígena constante. Entre 1905 y 1919 se promulgaron múltiples leyes específicas para distintas zonas y comunidades del país que limitaban sus resguardos y sus derechos sobre el territorio[107].

Posteriormente, por una parte, la Ley 60 de 1916 facultó al Gobierno para demarcar resguardos en los terrenos baldíos en los que existieran indígenas,

---

que a su vez se basaba en el Code de Napoleón de 1804. Allí no había mayores referencias indígenas precisamente por la alta influencia europea y el modelo individualista y etnocentrista imperante en la época. Al respecto véase RAMOS, CARLOS, *El código napoleónico y su recepción en América Latina*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1997; TOMÁS Y VALIENTE, FRANCISCO, *Códigos y Constituciones (1808-1978)*, Alianza, Madrid, 1989, p. 85; SCHIPANI, SANDRO, *Codici civili del sistema latinoamericano* en Digesto delle discipline privatistiche: sezione civile, UTET, Torino, 2010, pp. 286-319; y sobre el Code de Napoleón en la teoría de los trasplantes jurídicos: GRAZIADEI, MICHELE, *Comparative law as the study of transplants and receptions* en The Oxford Handbook of Comparative Law, Oxford University Press, Oxford, 2007, pp. 447 y ss.

105 En el sentido de que se reconocían los resguardos y el gobierno propio durante el proceso de "civilización". La idea era reconocer sus derechos mientras se iban 'civilizando' y una vez entraran todos en la sociedad estas figuras serían eliminadas.

106 Sobre la historia del derecho de las indias y del derecho indígena véase MAYORGA, FERNANDO, *Multiculturalismo: del Estado colonial al Estado moderno* en El Estado: reflexiones acerca de sus retos en el siglo XXI, Universidad del Rosario, Bogotá, 2005, pp. 265-291; MAYORGA, FERNANDO, *Il riconoscimento dei diritti degli indigeni: dallo stato coloniale allo stato moderno, ovvero il cammino a ritroso del tempo* en I diritti dei popoli indigeni in America Latina compilado por LANNI, SABRINA, Edizioni Scientifiche Italiane, Roma, 2011, pp. 303-336.

107 Entre otras, la Ley 28 de 1909, Ley 51 de 1911, Ley 14 de 1912, Ley 64 de 1914, Ley 52 de 1915, Ley 60 de 1916.

pero estableciendo un límite de 20 hectáreas por cabeza, y por otra, la Ley 104 de 1919 dispuso nuevamente la división de todos los resguardos dentro de los seis meses siguientes, la realización de censos dentro de aquellos, y autorizaba que los cabildos siguieran funcionando solo durante los mismos seis meses, pasados éstos debía llevarse a cabo la división y lo que sobrara se vendería en subasta pública. Además, la Ley 32 de 1920 estableció que los indígenas que, tras la división de los resguardos, se consideraran ya "civilizados" dejarían de ser sujetos protegidos y, por ende, se les podrían expropiar las tierras sin ningún tipo de indemnización y debían entrar al mercado como mano de obra.

A partir de la Ley 11 de 1931 se radicalizó la política de extinguir los resguardos ya que se pensaba que eran un rezago colonial y que serían inconvenientes para el desarrollo agrícola y capitalista de la Nación, razón por la cual ésta ley imponía la división para que cada indígena explotara la tierra individualmente y luchara por tener mejores cosechas y una mejor situación económica[108]. Sin embargo, en 1958 la situación empezó a mejorar para los indígenas gracias a la Ley 81 del mismo año, que optó por la incorporación de los resguardos a la economía nacional a través del fomento agropecuario[109], probablemente por la dificultad que implicó eliminarlos del todo dada la resistencia que los mismos indígenas opusieron al respecto.

A finales de los años sesenta, y gracias a la constante lucha de los pueblos indígenas, se presentaron algunos hechos[110] que pusieron la cuestión indígena en el centro de la opinión pública. El Decreto 1634 de 1960 creó la División de Asuntos Indígenas, dependiente del Ministerio de Gobierno, y una de sus funciones fue proteger la posesión de terrenos de resguardos y organizar y reglamentar a las comunidades indígenas; además, empezaron a aplicarse las normas sobre indígenas contenidas en la Reforma Agraria de 1961[111], que en su artículo 29 establecía que no podrían hacerse adjudicaciones de tierras baldías que estuvieran ocupadas por comunidades indígenas o que constituyeran su

---

108 Al respecto véase Clavero, Bartolomé, *Derecho indígena y cultura constitucional en América*, Siglo Veintiuno Editores, Madrid, 1994, pp. 23 y ss.

109 Sobre las primeras leyes de la República que pretendían asimilar a los indígenas a la sociedad civil, véase Yrigoyen Raquel, *Hitos del reconocimiento del pluralismo jurídico y el derecho indígena en las políticas indigenistas y el constitucionalismo andino,* en Pueblos indígenas y derechos humanos, Universidad de Deusto, Bilbao, 2006, pp. 537-567.

110 En diciembre de 1967 se presentó una masacre de un grupo de personas Cuiba, en 1969 un conflicto entre ganaderos e indígenas Sikuani en el departamento del Meta y en 1971 el procurador Carlos H. Pinzón emitió un informe sobre la difícil situación de los indígenas del Cauca.

111 Arango, Raúl y Sánchez, Enrique, *Los pueblos indígenas de Colombia 1997 desarrollo y territorio*, Tercer Mundo Editores, Bogotá, 1998, p. 40.

hábitat sino únicamente a la constitución de resguardos; y en su artículo 94 se indicaba que el Instituto de la Reforma Agraria (Incora) constituiría reservas de tierras en beneficio de los grupos indígenas que no las poseyeran.

El Decreto 2117 de 1969 fijó las normas para asignar los baldíos nacionales a las comunidades indígenas y se iniciaron procesos de expropiación e indemnizaciones a su favor; sin embargo, el Estado se reservaba el dominio y las comunidades tenían el usufructo exclusivo de la tierra, de manera que continuaba la lucha por la asignación colectiva y definitiva de la tierra en calidad de resguardos, con base además en la Ley 31 de 1967 que ratificaba el Convenio 107 de 1957 de la OIT[112].

Efectivamente, recuérdese que en el caso arhuaco la Ley 2 de 1959 declaró reserva natural la Sierra Nevada de Santa Marta, y protegió así sus riquezas naturales amenazadas por los procesos de apropiación de tierras por parte de los particulares; posteriormente, en 1973, se expidió la Resolución 02, por la cual el Ministerio de Gobierno declaró los límites de la reserva simbólica en la Línea Negra y autorizó a los mamos el acceso a los sitios sagrados para realizar pagamentos; en 1983 la Resolución 078 le confirió a esta reserva el carácter de Resguardo Indígena con 364.490 hectáreas ampliadas en 19.000 hectáreas más en 1994, y en 1996, mediante Resolución 032, se creó el Resguardo de Bunsichama, con una extensión de 128 hectáreas independientes del resguardo anterior en jurisdicción del municipio de Pueblo Bello.

A partir de 1980 la lucha indígena dio resultado y las reservas indígenas fueron convertidas en resguardos de propiedad colectiva de las respectivas comunidades, con lo cual se recuperaron los derechos territoriales y se inició la reconstrucción de la vida social de los pueblos indígenas de Colombia[113]. Así mismo, el Decreto 2655 de 1988 (Código Minero) creó las zonas mineras indígenas y estableció en su artículo 125 un derecho de prelación a favor de los indígenas para la exploración y explotación en dichas zonas de recursos del subsuelo. Sin embargo, después de tantos años de lucha las comunidades ya habían perdido la mayor parte de sus tierras, estaban muy debilitadas desde todo punto de vista y, como puede observarse, no existió ninguna norma que tratara en absoluto la cuestión de la consulta previa.

---

112 Cit. ibídem.

113 La Resolución 0109 de 1980 del Incora constituyó por primera vez un resguardo indígena, en la Sierra Nevada de Santa Marta, en beneficio de la población indígena kogui-malayo-arhuaco que lo habitaba y la Resolución 078 de 1983 reconoció el carácter de resguardo a la reserva arhuaca.

B. LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1991 Y SU IMPORTANCIA EN MATERIA INDÍGENA

No obstante estos importantes logros, el verdadero reconocimiento de los derechos indígenas se dio con la expedición de la Constitución Política de 1991[114]. Si bien esta no es la oportunidad para hacer un recuento exhaustivo de la historia constitucional de Colombia[115], sí resulta importante recordar el gran paso que se dio con la adopción de la nueva Constitución ya que ésta trajo cambios de gran envergadura, entre ellos, dicho reconocimiento[116].

Los partidos Liberal y Conservador, enfrentados desde mediados del siglo XIX, habían gobernado el país de manera hegemónica y excluyente y con muy poco sentido democrático, generando resentimientos, frustraciones, atraso y pobreza en varios sectores de la población bajo la Constitución de 1886, que ofrecía muy pocas garantías[117]; además, a mediados de los años cincuenta el Frente Nacional monopolizó el poder en los dos partidos tradicionales hasta 1986, lo cual generó el surgimiento de movimientos guerrilleros y divisiones dentro de los mismos partidos, dada la falta de democracia. Para los años setenta dichos movimientos estaban ya bastante consolidados y el Gobierno recurría frecuentemente al estado de sitio, incluso para reprimir cualquier huelga o manifestación que hubiera en señal de protesta del pueblo colombiano, y se les concedió a los militares un poder excesivo. Solo en los años ochenta los gobiernos Betancur y Barco intentaron implementar una política de diálogo que permitiera la reincorporación de los alzados en armas a la vida civil, pero la violencia ya había avanzado demasiado

---

114 Sobre el "Nuevo constitucionalismo andino" y las constituciones pluralistas véase CARDUCCI MICHELE, *Il nuovo costituzionalismo andino tra alterità indigenista e ideología ecologista*, en Rivista di Diritto Pubblico Comparato ed Europeo, n.º 2, 2012, pp. 319-325; ROLLA, GIANCARLO, *La nuova identità costituzionale latinoamericana nel bicentenario dell'indipendenza*, Rivista di Diritto Pubblico Comparato ed Europeo, n.º 2, 2012, pp. 326-341; PETTERS, MILENA, *Neocostituzionalismo e "nuevo constitucionalismo" in America Latina*, en Rivista di diritto Pubblico Comparato ed Europeo, n.º 12, 2012, pp. 332-354.

115 Al respecto véase PÉREZ, JACOBO, *Derecho constitucional colombiano*, Temis, Bogotá, 1997, pp. 156-226; y YOUNES, DIEGO, *Derecho constitucional colombiano,* Legis, Bogotá, 2016, pp. 31-48.

116 Al respecto véase LLERAS, CARLOS y TANGARIFE MARCEL, *Constitución Política de Colombia, origen, evolución y vigencia*, tomo I, Biblioteca Jurídica Dike, Bogotá, 1996; YOUNES, DIEGO, *Derecho constitucional colombiano*, Legis, Bogotá, 2016; CEPEDA, MANUEL JOSÉ, *Introducción a la Constitución de 1991, hacia un nuevo constitucionalismo*, Imprenta Nacional de Colombia, Bogotá, 1993; DE LA CALLE HUMBERTO, *Reflexiones sobre la nueva Constitución* y PARRA, NÉSTOR HERNANDO, *Lineamientos de la nueva Constitución*, en Los cambios constitucionales 1991, Editorial Linotipia Bolívar S. en C., Bogotá, 1992, pp. 1-14 y 15-36 respectivamente.

117 Al respecto véase CAMARGO, PEDRO PABLO, *Crítica a la Constitución colombiana de 1886*, Temis, Bogotá, 1987.

y crecía el descontento por la falta de reformas de fondo en materia económica y social[118].

Así transcurrieron los años ochenta, entre una espiral de violencia protagonizada por la guerrilla, el narcotráfico y el mismo Estado que éste era incapaz de controlar y que minaba día tras día las instituciones y su legitimidad. El hecho que desencadenó la crisis fue el asesinato del candidato presidencial Luis Carlos Galán en 1989, al parecer a manos de la mafia, en quien se habían concentrado todas las esperanzas de la población. A raíz de este hecho surgió con mucha fuerza el movimiento estudiantil unido en el llamado Frente Unido Estudiantil, que se encargó de invitar a toda la Nación a enfrentar con firmeza a la organización criminal del narcotráfico y de sacar adelante la "Séptima Papeleta" y la Asamblea nacional Constituyente tras dos años de extrema violencia contra la población civil.

En 1990 el Frente Unido Estudiantil planteó la fórmula de una séptima papeleta en las elecciones que debían llevarse a cabo el 11 de marzo de dicho año, fecha en que debían elegirse alcaldes municipales, concejales, diputados, representantes a la Cámara y al Senado y el candidato presidencial del Partido Liberal, y la idea de los estudiantes fue entonces incluir una séptima opción: la convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente encargada de reformar la Constitución de 1886. La propuesta estudiantil tuvo una enorme acogida y logró la recolección de las 35.000 firmas necesarias para entregar la iniciativa al presidente de la República[119], que finalmente fue aprobada y convocada a través

---

118 Buenahora, Jaime, *El proceso constituyente. De la propuesta estudiantil a la quiebra del bipartidismo*, Tercer Mundo Editores, Bogotá, 1991, pp. 89-96.

119 La solicitud presentada por los estudiantes rezaba: "Frente a la crisis generalizada que atraviesa la Nación, y ante la incompetencia de la clase política para dar respuesta a los grandes problemas del país, se hace necesario que la ciudadanía asuma su responsabilidad en la búsqueda de las soluciones que las circunstancias exigen. Los abajo firmantes, convocados por la juventud colombiana, ajenos a cualquier propósito partidista, burocrático o sectario, sin intereses económicos particulares, y motivados únicamente por la búsqueda del bien comente por la búsqueda del bien com ente por la búsqueda del bien coconrcunstancias exigen. Los abajo firmantes, convocados por la ún, por una futura Colombia gobernada por la moral, la justicia integral sobre la base de los principios democráticos y el respeto a la dignidad humana, en un medio de progreso, paz y autodeterminación, solicitamos a Usted, Señor Presidente, disponga de los instrumentos necesarios para la convocatoria de un plebiscito con el fin de que la Nación se manifieste sobre los siguientes puntos:

1. Adopción de los sistemas de plebiscito y referéndum como mecanismos de reforma de la Constitución.
2. Eliminación de los auxilios parlamentarios.
3. La convocatoria de una Asamblea Nacional Constituyente para que estudie y se pronuncie sobre las siguientes reformas a la constitución:
   a. Reforma del Congreso.
   b. Reforma del régimen de derechos civiles, derechos humanos y garantías sociales.
   c. Reforma de la administración de justicia.

del Decreto 1926 de 1990 e invocando la teoría del constituyente primario de Rousseau[120], para superar las discusiones jurídicas según las cuales la Constitución vigente no permitía este mecanismo de reforma. En la Asamblea Nacional Constituyente estuvieron representados todos los sectores de la sociedad: conservadores, liberales, M-19, Unión Patriótica, Alianza Democrática, Movimiento Unido Estudiantil, Autoridades Indígenas de Colombia, Movimiento de Unión Cristiana, Organización Nacional Indígena, Movimiento para un Nuevo País para los Niños, gremios económicos, centrales obreras, organizaciones cívicas, minorías étnicas, organizaciones campesinas, organizaciones feministas, de militares y policías, de ambientalistas, de derechos humanos, universidades, la Iglesia católica y otras iglesias, entre otros[121].

El resultado fue la Constitución Política de 1991, con la que el Estado colombiano se relegitimó y demostró su capacidad de actuar en nombre de la voluntad general reconociendo los derechos de las minorías. Esta Constitución define al Estado colombiano como un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria y descentralizada, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana y que reconoce la diversidad étnica y cultural de la Nación[122]. Específicamente en materia de derechos indígenas, la Carta protege por primera vez la integridad étnica, cultural, social y económica, y la autonomía administrativa y judicial de los pueblos indígenas, teniendo en cuenta que se trata de sujetos de especial protección constitucional. A continuación se mencionan los artículos más relevantes en materia de derechos de las minorías étnicas y más adelante se ahonda en aspectos particulares que revisten importancia[123].

---

d. Reglamentación de los estados de excepción (estado de sitio y emergencia económica)
e. Reforma de los mecanismos de planificación de la economía.
f. Ampliación de los mecanismos de la descentralización administrativa. […]".
En Buenahora, Jaime, *El proceso constituyente. De la propuesta estudiantil a la quiebra del bipartidismo,* Tercer Mundo Editores, Bogotá, 1991, p. 128.

120 Rousseau, Jean-Jacques, *Du contrat social*, Editions Payot, París, 1972.

121 Buenahora, Jaime, *El proceso constituyente. De la propuesta estudiantil a la quiebra del bipartidismo,* Tercer Mundo Editores, Bogotá, 1991, p. 275. Véase también Lleras, Carlos y Tangarife, Marcel, *Constitución Política de Colombia, origen, evolución y vigencia*, tomo I, Biblioteca Jurídica Dike, Bogotá, 1996, pp. 13-74; y, Younes, Diego, *Derecho constitucional colombiano*, Legis, Bogotá, 2016, pp. 31-48.

122 Al respecto véase Cepeda, Manuel José, *introducción a la Constitución de 1991 hacia un nuevo constitucionalismo*, Imprenta Nacional de Colombia, Bogotá, 1993; Younes, Diego, *Derecho constitucional colombiano*, Legis, Bogotá, 2016, pp. 49-86.

123 Al respecto véase Salmón, Elizabeth, *Inclusión y gestión de la diversidad: hacia la afirmación de un modelo de inclusión desde el DIDH,* Eguiguren, Francisco José, *El reconocimiento de la diversidad cultural y de la identidad de los pueblos indígenas y su incidencia en el diseño institucional del Estado* en Memorias del XII Congreso Interamericano de Derecho Constitucional, Universidad Externado de

Los artículos 7.º y 8.º protegen la diversidad étnica y cultural e indican que tanto el Estado como las personas deben proteger las riquezas culturales y naturales de la Nación; el artículo 10.º establece que las lenguas y los dialectos de los grupos étnicos son también oficiales en sus territorios y que en las comunidades con tradiciones lingüísticas propias deberán enseñarse éstos además del castellano, y el artículo 13 determina la igualdad ante la ley y la prohibición de la discriminación. Por su parte, el artículo 63 indica que los bienes de uso público, los parques naturales, las tierras comunales de grupos étnicos, las tierras de resguardo y el patrimonio arqueológico de la Nación son inalienables, imprescriptibles e inembargables; el artículo 68 señala el derecho que tienen los indígenas a recibir una formación que desarrolle y respete su identidad cultural; el artículo 70 reconoce la igualdad y dignidad de todas las culturas que conviven en el país, y el artículo 72 protege el patrimonio cultural de la Nación así como el patrimonio arqueológico y los demás bienes culturales que conforman la identidad nacional, advirtiendo que éstos pertenecen al Estado y que son inalienables, inembargables e imprescriptibles[124].

Por otra parte, el artículo 246 crea la jurisdicción especial indígena e indica que las autoridades de los pueblos indígenas pueden ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial, de conformidad con sus propias normas y sus procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y leyes de la República. Así mismo, el artículo 286 establece que son entidades territoriales los departamentos, los distritos, los municipios y los territorios indígenas; y el 287, que las entidades territoriales gozan de autonomía para la gestión de sus intereses y tienen derecho a gobernarse por autoridades propias, ejercer las competencias que les correspondan, administrar los recursos y establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones y participar en las rentas nacionales. En la actualidad las comunidades indígenas de Colombia cuentan con autonomía política, económica y administrativa y la protección especial que existe frente a la diversidad étnica y cultural debe entenderse tanto desde el punto de vista

---

Colombia, Bogotá, 2016, pp. 261-290 y 319-344; Rodríguez, María Luisa, *Minorías, acción pública de inconstitucionalidad y democracia deliberativa*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005, pp. 67-90; Jaramillo, Juan Fernando, *La Constitución de 1991: un análisis de sus aportes desde una perspectiva histórica* y *La Constitución de 1991 en Colombia: la revolución de los derechos* en Constitución democracia y derechos. Textos escogidos de Juan Fernando Jaramillo Pérez, Dejusticia, Bogotá, 2016, pp. 28-61 y 63-84; Raparelli, Valentina, *La tutela del diritto alla diversità étnica e culturale in Colombia* en Rivista di Diritto Pubblico Comparato ed Europeo, vol. 4, 2005, pp. 1672-1711.

124 Véase también Rojas Birri, en Sánchez, Enrique, Roldán, Roque y Sánchez, María Fernanda, *Derechos e identidad. Los pueblos indígenas y negros en la Constitución Política de Colombia de 1991*, Disloque Coama, Bogotá, 1993, p. 37.

colectivo como desde una perspectiva individual: cada una de las comunidades es entendida y protegida como sujeto de derecho y cada indígena, a su vez, es protegido individualmente[125].

Según el artículo 329 la conformación de las entidades territoriales indígenas deberá hacerse con sujeción a lo dispuesto en la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial, y su delimitación la hará por el Gobierno Nacional, con participación de los representantes de las comunidades indígenas, previo concepto de la Comisión de Ordenamiento Territorial, y los resguardos son de propiedad colectiva y no enajenable; y el artículo 330 establece que los territorios indígenas estarán gobernados por consejos conformados y reglamentados según los usos y costumbres de sus comunidades, que deberán velar por la aplicación de las normas legales sobre usos del suelo y poblamiento de sus territorios, diseñar las políticas y programas de desarrollo económico y social dentro de estos, promover las inversiones públicas en sus territorios y velar por su debida ejecución, percibir y distribuir sus recursos, velar por la preservación de los recursos naturales, representar a los territorios ante el Gobierno Nacional, entre otras[126].

Por primera vez, el parágrafo del mencionado artículo se refiere sutilmente a la consulta previa, cuando indica que la explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas debe hacerse sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas, y que en las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación *el Gobierno debe propiciar la participación de los representantes de las respectivas comunidades*.

Además, no debe perderse de vista el artículo 93, que establece el bloque de constitucionalidad e indica que los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso que reconozcan derechos humanos y que prohíban su limitación prevalecen en el orden interno, y que los derechos y deberes consagrados en la Carta deben interpretarse de conformidad con ellos. De este modo, gracias a este artículo quedan incluidos en la legislación colombiana todos los tratados de derechos humanos y específicamente aquellos de derechos indígenas que sean ratificados por el país y pasan a tener el mismo rango de las normas constitucionales.

---

125 Sobre los derechos reconocidos a los pueblos indígenas en la Constitución de 1991, véase Pérez, Jacobo, *Derecho constitucional colombiano*, Temis, Bogotá, 1997, p. 777.

126 Tal y como se mencionó en el capítulo anterior, aún no ha sido posible la creación de las Entidades Territoriales Indígenas y no se ha dado aplicación al artículo 56 transitorio de la Constitución política que indica que mientras se expide la ley a que se refiere el artículo 329, el Gobierno podrá dictar las normas fiscales necesarias y las relativas al funcionamiento de los territorios indígenas y su coordinación con las demás entidades territoriales.

Gracias a la consagración constitucional de estos derechos, a partir de la expedición de la Constitución Política de 1991 el Estado colombiano asumió la responsabilidad de desarrollar acciones coordinadas que aseguren que los pueblos indígenas gocen de ellos, y de promover la efectividad de sus derechos sociales, económicos y culturales, y les otorgó carácter de institución político-administrativa a los territorios indígenas. Además se comprometió a proteger el derecho al territorio ya que la propiedad colectiva que las comunidades indígenas ejercen sobre sus resguardos y territorios sagrados tiene el carácter de derecho fundamental, así como el derecho a la consulta previa, que significa un consentimiento expresado libremente y con pleno conocimiento, en donde los pueblos indígenas tienen el derecho de ser tomados en cuenta antes de la realización de trabajos de explotación de los recursos naturales, así como a beneficiarse de estas actividades y recibir una indemnización por posibles daños[127].

Vale la pena resaltar, entonces, tres aspectos fundamentales: por una parte, que solo a partir de la entrada en vigencia de la Constitución de 1991 se reconoció a los indígenas como sujetos de derecho, y no simplemente como sujetos considerados individualmente sino además como comunidad: ésta no es solamente una realidad fáctica y legal sino que además es un sujeto de derechos fundamentales (sin ser ni persona natural ni persona jurídica)[128]. Se trata de un sujeto de derecho colectivo que tiene un derecho de propiedad colectiva y solo con el respeto de estos derechos se podrá asegurar la plurietnicidad y la pluriculturalidad de la Nación[129]. De este modo, se trata de un sujeto al que la Carta dotó de personería jurídica para que pueda defenderse y exigir la protección de sus derechos, cada vez que estos se vean conculcados, a través de la acción de tutela y no de la acción popular, porque la comunidad indígena no es una sumatoria de sujetos individuales que comparten derechos colectivos sino un sujeto colectivo como tal[130]. Resulta interesante profundizar en este aspecto teniendo en cuenta su importancia y las implicaciones de él en los distintos ámbitos del derecho, razón por la cual se expondrán las sentencias más importantes que han ahondado en el tema.

---

127 Ariza, Rosembert, *Coordinación entre sistemas jurídicos y administración de justicia indígena en Colombia*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 2010, pp. 73-91.

128 Corte Constitucional, sentencia T-308 de 1993.

129 Sánchez, Esther, *Justicia y pueblos indígenas de Colombia: la tutela como medio para la construcción del entendimiento intercultural*, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2010.

130 La primera Constitución latinoamericana que reconoció el carácter de sujeto de derecho a las comunidades indígenas fue la Constitución mexicana de 1917 dado el fenómeno de constitucionalismo social que se vivía en la época. Al respecto véase Míguez Núñez, Rodrigo, *Terra di scontri. Alterazioni e rivendicazioni del diritto alla terra nelle Ande centrali*, Giuffrè Editore, Milán, 2013, pp. 234-242.

La sentencia T-380 de 1993 afirmó por primera vez que las comunidades indígenas son sujetos de derechos fundamentales con personería sustantiva. Indicó que la comunidad indígena no es solamente una realidad fáctica y legal, sino un sujeto de derechos fundamentales, de manera que sus derechos son intereses dignos de tutela constitucional y amparables bajo la forma de éstos. Dichos derechos no se predican de sus miembros individualmente considerados sino que se radican en la comunidad misma que como tal aparece dotada de singularidad propia, y la protección que la Carta le otorga a la diversidad étnica se deriva de la aceptación de formas diferentes de vida social cuyas manifestaciones y reproducción dependen de estas comunidades como sujetos colectivos autónomos y no como simples agregados de sus miembros.

Precisó la Corte en esta oportunidad que la defensa de la diversidad cultural "no puede quedar librada a una actitud paternalista o reducirse a ser mediada por conducto de los miembros de la comunidad, cuando ésta como tal puede verse directamente menoscabada en su esfera de intereses vitales, y debe, por ello, asumir con vigor su propia reivindicación y exhibir como detrimentos suyos los perjuicios o amenazas que tengan la virtualidad de extinguirla".

No se podrá hablar de una real protección de la diversidad étnica y cultural y de su reconocimiento si no se les otorga personería sustantiva a las diferentes comunidades indígenas, ya que es ésta la que les confiere estatus para gozar de los derechos fundamentales y exigir, por sí mismas, su protección cada vez que ellos les sean conculcados; y concluyó diciendo que "Los derechos fundamentales de las comunidades indígenas no deben confundirse con los derechos colectivos de otros grupos humanos. La comunidad indígena es un sujeto colectivo y no una simple sumatoria de sujetos individuales que comparten los mismos derechos o intereses difusos o colectivos".

Posteriormente, la sentencia C-139 de 1996 reafirmó la validez de la jurisdicción especial indígena y reiteró que para que pueda limitarse la diversidad étnica, dicha limitación debe estar fundamentada en un valor constitucional de valor superior o de lo contrario el pluralismo no tendría ningún sentido, teniendo en cuenta además que cada comunidad indígena constituye un sujeto de derecho.

Por otra parte, la sentencia T-778 de 2005 reiteró que el derecho a la identidad cultural se proyecta en dos dimensiones una colectiva y otra individual, y que en la primera se protege a la comunidad como sujeto de derechos, y en la segunda se protege al individuo para poder preservar los derechos de esa colectividad. De modo que hay una protección directa a la identidad cultural que ampara a la comunidad como sujeto del derecho y otra indirecta que ampara al individuo para proteger la identidad de la comunidad.

En la sentencia C-882 de 2011 se afirmó que los derechos fundamentales de las comunidades indígenas no deben confundirse con los derechos colectivos de otros grupos humanos y que *la comunidad indígena es un sujeto colectivo y no una simple sumatoria de sujetos individuales que comparten los mismos derechos o intereses difusos o colectivos*. Esta postura ha sido ratificada permanentemente y se ha precisado que los derechos fundamentales de los grupos indígenas son susceptibles de ser amparados mediante la acción de tutela.

Por último, las sentencias T-576 de 2017 y SU-217 del mismo año[131] resaltaron de nuevo que las comunidades indígenas son sujetos de derecho y que, por ende, la jurisprudencia considera procedente la acción de tutela cuando esta tiene como propósito la defensa de derechos de comunidades indígenas: "la acción de tutela es, por regla general, el medio judicial adecuado y preferente para la defensa de los derechos de los pueblos indígenas y, en especial, del derecho a la consulta previa", ya que los pueblos indígenas son titulares de derechos fundamentales distintos de los de sus miembros individualmente considerados.

Volviendo a los aspectos fundamentales de la Constitución Política de 1991 en materia de derechos indígenas, ésta reconoció a los indígenas por primera vez como ciudadanos colombianos, y además de conservar la figura de los resguardos, concibió la posibilidad de una nueva categoría para el manejo de los territorios indígenas: las ETI, que debían ser desarrolladas por la Ley Orgánica de Ordenamiento Territorial, tal y como se vio en el capítulo anterior. En cuanto al territorio indígena, la comunidad tiene un derecho de propiedad colectivo y no enajenable, por lo cual éste se encuentra fuera del comercio y cualquier actividad que se pretenda desarrollar dentro de él debe estar precedida de un proceso de consulta previa. Así mismo, se reconoce el derecho al territorio desde un punto de vista amplio, tal y como en el sistema interamericano de derechos humanos, es decir, éste incluye cualquier lugar donde una determinada comunidad realice actividades ancestrales aunque éste no esté titulado, y todos los recursos naturales que en él se encuentren, como se verá más adelante.

Por último, se reconoció por primera vez y de manera expresa el derecho a la consulta previa y fue dotado de la misma protección que tienen los derechos fundamentales ya que si bien no es un fin en sí mismo, sí es el mecanismo con el cual se protege la existencia de las comunidades indígenas y su integridad cultural, social y económica[132].

---

131 Corte Constitucional colombiana, sentencia T-576 del 14 de septiembre de 2017, MP Alejandro Linares; Corte Constitucional colombiana, sentencia 217 del 18 de abril de 2017, MP María Victoria Calle.

132 Véase también SEMPER, FRANK, *Los derechos de los pueblos indígenas de Colombia en la jurisprudencia*

Las anteriores disposiciones constitucionales han sido desarrolladas en mínima medida por la legislación nacional y, de manera más extensa, por la jurisprudencia de la Corte Constitucional, tal y como se verá a continuación específicamente en materia de consulta previa y de derechos territoriales.

C. Legislación nacional actual sobre consulta previa y derechos territoriales indígenas

En cuanto a la legislación relevante en la materia expedida con posterioridad a la Constitución Política de 1991, la primera norma que se debe mencionar es la Ley 21 de 1991, mediante la cual se aprobó el Convenio 169 de la OIT, que, tal y como ya se indicó, tuvo como finalidad asegurar los derechos de los pueblos indígenas y tribales a su territorio y la protección de sus valores culturales, sociales y económicos. A partir de la expedición de esta ley el mencionado convenio pasó a formar parte del bloque de constitucionalidad y, por ende, es de obligatorio cumplimiento en el país y tiene plena vigencia.

Posteriormente se expidió la Ley 70 de 1993, que desarrolla el artículo 55 transitorio de la Constitución y establece que no se pueden adjudicar bajo ningún pretexto las tierras de resguardos indígenas legalmente constituidos. Así mismo, la Ley 99 de 1993 señala las opciones y las limitaciones que tienen los propietarios particulares en sus espacios territoriales y establece que son las mismas para los pueblos indígenas, quienes tienen derecho de utilizarlos discrecionalmente para proveer sus necesidades básicas sin necesidad de licencias, permisos o concesiones gubernamentales, a menos que hagan modificaciones significativas en el estado de los recursos, caso en el cual tanto los particulares como los indígenas requieren de una licencia ambiental expedida por la autoridad competente, que implica el cumplimiento de requisitos, términos, condiciones y obligaciones que ésta establezca en relación con la prevención, mitigación, corrección, compensación y el manejo de los efectos ambientales de la actividad autorizada. Además, el artículo 76 creó el actual Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial y organizó el Sistema Nacional Ambiental, señalando que la explotación de los recursos naturales debe hacerse sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas tradicionales y que las decisiones sobre la materia se deben tomar previa consulta a los representantes de tales comunidades.

---

de la Corte Constitucional, en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, tomo II, Ciudad de México, 2006, p. 761.

En 1994 se expidieron varias normas de protección indígena, entre ellas, la Ley 145 por medio de la cual se aprobaba el Convenio Constitutivo del Fondo para el Desarrollo de los Pueblos Indígenas de América Latina y el Caribe, cuyo objeto era establecer un mecanismo destinado a apoyar los procesos de autodesarrollo de los mencionados pueblos; y la Ley 160, que creó el Sistema Nacional de Reforma Agraria y Desarrollo Rural Campesino uno de cuyos objetivos era dotar de tierra a las comunidades indígenas que no contaran con ella y crear un fondo para cofinanciar programas y proyectos de inversión en las zonas de mayor colonización y presencia de comunidades indígenas. Esta ley estableció además que el Instituto Colombiano de Reforma Agraria (Incora) debía estudiar las necesidades de tierras de las comunidades indígenas del país para otorgarles las superficies necesarias para su asentamiento y desarrollo, y los títulos que éstas presentaran con el fin de establecer la existencia de resguardos, ampliar los ya existentes, constituir algunos nuevos y sanear aquellos que estuvieran ocupados por personas no indígenas. Así mismo, indicó que los predios y mejoras adquiridos para la ejecución de los programas de constitución, reestructuración, ampliación y saneamiento de resguardos y dotación de tierras a las comunidades indígenas serían entregados a título gratuito a los cabildos o autoridades tradicionales para que, de conformidad con las normas que las rigen, las administraran y distribuyeran de manera equitativa entre todas las familias.

El Decreto 2664 de 1994 desarrolló el contenido de esta ley y estableció que el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria administraría en nombre del Estado las tierras baldías de propiedad nacional y que, en virtud de esa atribución, podría adjudicarlas, celebrar contratos, constituir reservas y adelantar colonizaciones sobre ellas, así como adelantar los procedimientos, ejercer las acciones y adoptar las medidas en los casos de indebida ocupación o apropiación de tierras baldías revocando las resoluciones de titulación de baldíos proferidas con violación a lo establecido en las normas constitucionales, legales y reglamentarias vigentes. Indicó además que no podrían hacerse adjudicaciones de baldíos donde estuvieran establecidas comunidades indígenas o que constituyeran su hábitat, sino únicamente y con destino a la constitución de resguardos indígenas.

Más adelante, el Decreto 2164 de 1995 estableció que el Instituto Colombiano de la Reforma Agraria debía realizar los estudios de las necesidades territoriales de las comunidades indígenas para la dotación y titulación de tierras suficientes, o adicionales, que facilitaran su adecuado asentamiento y desarrollo, el reconocimiento de la propiedad de aquellas que tradicionalmente hubiesen ocupado o que constituyeran su hábitat, la preservación del grupo étnico y el mejoramiento de la calidad de vida de sus integrantes. Para tal fin, debían adelantarse programas y procedimientos administrativos consistentes en la constitución de

resguardos para las comunidades indígenas que poseyeran sus tierras sin título de propiedad, o que no poseyeran sus tierras ancestrales, o que por circunstancias ajenas a su voluntad estuvieran dispersas o hubieran migrado de su territorio; la ampliación de resguardos constituidos a comunidades indígenas cuando las tierras fueren insuficientes para su desarrollo económico y cultural o cuando en el resguardo no estuviera incluida la totalidad de las tierras que ocupaban tradicionalmente o que constituyeran su hábitat; la reestructuración de los resguardos de origen colonial o republicano, previa clarificación sobre la vigencia legal de los respectivos títulos; y el saneamiento territorial de los resguardos y reservas indígenas y la conversión de éstas en resguardos.

Este decreto contiene además algunas definiciones relativas a los derechos indígenas tales como "territorios indígenas", que son las áreas poseídas en forma regular y permanente por una comunidad, parcialidad o grupo indígena, y aquellas que, aunque no se encuentren poseídas en esa forma, constituyen el ámbito tradicional de sus actividades sociales, económicas y culturales.

"Comunidad o parcialidad indígena", que es el grupo o conjunto de familias de ascendencia amerindia que tienen conciencia de identidad y comparten valores, rasgos, usos o costumbres de su cultura, así como formas de gobierno, gestión, control social o sistemas normativos propios que la distinguen de otras comunidades, tengan o no títulos de propiedad, o que no puedan acreditarlos legalmente, o cuyos resguardos fueron disueltos, divididos o declarados vacantes.

"Reserva indígena" o globo de terreno baldío ocupado por una o varias comunidades indígenas que fue delimitado y legalmente asignado por el Incora a aquellas para que ejerzan en él los derechos de uso y usufructo con exclusión de terceros.

"Autoridad tradicional" o miembros de una comunidad indígena que ejercen, dentro de la estructura propia de la respectiva cultura, un poder de organización, gobierno, gestión o control social.

"Cabildo Indígena", entidad pública especial, cuyos integrantes son miembros de una comunidad indígena, elegidos y reconocidos por ésta, con una organización sociopolítica tradicional, cuya función es representar legalmente a la comunidad, ejercer la autoridad y realizar las actividades que le atribuyen las leyes, sus usos, costumbres y el reglamento interno de cada comunidad.

Por otra parte, establece el procedimiento para constituir, reestructurar, ampliar y sanear resguardos indígenas e indica que éstos son de propiedad colectiva de las comunidades indígenas en favor de las cuales se constituyen y según los artículos 63 y 329 de la Carta Política, tienen el carácter de inalienables, imprescriptibles e inembargables. Son una institución legal y sociopolítica de carácter especial, conformada por una o más comunidades indígenas, que con un título

de propiedad colectiva que goza de las garantías de la propiedad privada, poseen su territorio y se rigen para el manejo de éste y su vida interna por una organización autónoma amparada por el fuero indígena y su sistema normativo propio.

Indica que las áreas que se constituyan con el carácter de resguardo indígena serán manejadas y administradas por los respectivos cabildos o autoridades tradicionales de las comunidades, de acuerdo con sus usos y costumbres, la legislación especial referida a la materia y a las normas que sobre este particular adopten aquellas.

La Ley 191 de 1995, por su parte, establece que el Gobierno Nacional debe determinar las zonas de frontera, las unidades especiales de desarrollo fronterizo y, por convenio con los países vecinos, las zonas de integración fronteriza; y en el caso de los territorios indígenas, la determinación se debe hacer previa concertación con las autoridades propias de las comunidades y en concordancia con lo dispuesto por la Ley 21 de 1991. Indica además que El Estado debe proteger el conocimiento tradicional asociado a los recursos genéticos que las comunidades indígenas y locales hayan desarrollado en las zonas de frontera. Igualmente, que cualquier utilización que se haga de ellos se debe realizar con el consentimiento previo de dichas comunidades y debe incluir una retribución equitativa de beneficios que redunden en el fortalecimiento de los pueblos indígenas.

La Ley 199 de 1995 establece que el Ministerio del Interior, bajo la dirección del presidente de la República, debe ocuparse de formular y adoptar las políticas correspondientes a los asuntos y derechos de los pueblos indígenas y que con respecto a dichas comunidades debe: definir la política indigenista previa concertación con los pueblos indígenas; garantizar la participación de los mismos en los procesos de delimitación de sus territorios y promover la organización de sus territorialidades, en armonía con el ordenamiento del territorio y con las demás entidades territoriales; garantizar la protección de los resguardos indígenas en cuanto propiedad colectiva no enajenable, velar por la integridad de los territorios indígenas, y promover la constitución, ampliación y saneamiento de los resguardos; garantizar las formas de gobierno de los territorios indígenas, de sus consejos, y demás autoridades tradicionales, y definir la reglamentación acorde con los usos y costumbres de sus pueblos; garantizar y promover las acciones de coordinación necesarias con las autoridades competentes, para que el uso de los recursos de los pueblos indígenas se efectúe sin desmedro de su integridad cultural, social y económica y garantizar que en las decisiones participen los representantes de tales pueblos; velar por el cumplimiento de la legislación nacional y las recomendaciones adoptadas por el Gobierno Nacional referentes a la población indígena del país; colaborar con los consejos en promover las inversiones públicas en los territorios indígenas; y velar por que, siempre que

haya lugar, se efectúen estudios, en cooperación con los pueblos interesados, a fin de evaluar la incidencia social, espiritual, cultural y sobre el medio ambiente, que las actividades de desarrollo previstas puedan tener sobre los pueblos.

El Decreto 1397 de 1996 creó la Comisión Nacional de Territorios Indígenas y la Mesa Permanente de Concertación con los Pueblos y Organizaciones Indígenas y estableció que en ningún caso se pueden otorgar licencias ambientales sin los estudios de impacto económico, social y cultural sobre los pueblos o comunidades indígenas presentes, estudios que deben realizarse con su participación y la de sus autoridades y organizaciones; y, si se determina que se está causando o puede causarse un daño, las licencias se negarán, suspenderán o revocarán. Indica además que ninguna obra, explotación, exploración o inversión podrá relazarse en territorio indígena sin previa concertación con las comunidades y sus autoridades.

Por otro lado, está el Decreto Reglamentario 1320 de 1998, decreto muy importante pero a la vez muy cuestionado, por cuanto reglamenta el procedimiento de la consulta previa a comunidades indígenas y negras para la explotación de recursos naturales dentro de sus territorios. El gobierno colombiano en su momento consideró necesario reglamentar de manera especial la consulta previa a las comunidades indígenas y negras tradicionales mediante un procedimiento específico que permitiera a las autoridades ambientales ejercer su competencia en esa materia y cumplir el mandato contenido en el artículo 76 de la Ley 99 de 1993. Sin embargo, esta norma ha sido muy controvertida por aspectos que tienen que ver especialmente con su legitimidad, legalidad, ámbito de aplicación y con el procedimiento allí establecido; incluso, la Corte Constitucional ha ordenado su inaplicación en algunos casos por considerarlo inconstitucional y contrario al Convenio 169 de la OIT.

Esta norma ha sido rechazada principalmente por los siguientes aspectos: en primer lugar porque fue expedida sin haber sido consultada previamente con las comunidades indígenas; en segundo lugar porque estableció que la consulta se debía realizar cuando el proyecto o actividad se pretendiera llevar a cabo en zonas de resguardo o reserva indígena y en zonas tituladas y habitadas en forma permanente, lo cual limitaría lo establecido en el Convenio 169 y en la Constitución donde se hace referencia simplemente de territorios indígenas en general y en sentido amplio; y, en tercer lugar, porque el procedimiento y los tiempos que establece para realizar las consultas las reducen a una sola reunión cuando el Convenio indica que deben utilizarse procedimientos apropiados y respetuosos de los usos y costumbres y con espacios suficientes de reflexión y análisis para los pueblos indígenas. Es importante resaltar que en el desarrollo de la consulta previa se debe tener en cuenta el derecho indígena, es decir, las

normas y los procedimientos propios que los pueblos indígenas desarrollan principios que orientan la vida comunitaria y que reflejan no solo aspectos sociales sino su relación con la naturaleza que les ha posibilitado el que hoy, en nuestro país, las zonas de mejor conservación y donde se cuenta con la mayor cantidad de recursos naturales, sean sus territorios[133].

Pese a lo anterior, el mencionado decreto sigue vigente aunque en reiteradas ocasiones la Corte Constitucional ha ordenado su inaplicación considerándolo contrario a la Constitución y al Convenio 169 de la OIT, y ha recomendado que las consultas se lleven a cabo acatando las instrucciones de representantes de las comunidades en cuanto a procedimientos y límites de espacio y tiempo[134]. Así mismo, la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones se pronunció sobre esta norma en el año 2012 indicando que el Decreto 1320 es contrario a los artículos 2, 6, 7 y 15 del Convenio 169 por cuanto un proceso de consulta previa requiere que los indígenas puedan participar efectivamente en la toma de decisiones, tiempos suficientes de reflexión y debe adaptarse a sus modelos culturales y sociales.

Por su parte, el Decreto 200 de 2003 determina los objetivos y la estructura del Ministerio del Interior y de Justicia y establece que le corresponde a la Dirección de Etnias, adscrita a dicho ministerio, coordinar interinstitucionalmente la realización de los procesos de consulta previa que deban llevarse a cabo en el país.

Entre los años 2003 y 2010 no se produjo legislación específica sobre la materia, salvo el Decreto 1300 por el cual se creó el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural (Incoder) y se determinó su estructura, cuyo artículo 4.º le asignó al Incoder, entre otras, la función de planificar y ejecutar los procedimientos para la constitución, ampliación, el saneamiento y reestructuración de los resguardos indígenas en beneficio de sus comunidades (en reemplazo del Incora); y la Ley 1152 de 2007, por la cual se dictó el Estatuto de Desarrollo Rural y se reformó el Incoder, la cual derogó expresamente la Ley 160 de 1994 y trasladó las competencias en materia de planificación y ejecución de los procedimientos para la constitución, el saneamiento, la ampliación y reestructuración de resguardos indígenas a la Dirección de Etnias del Ministerio del Interior y de Justicia.

En el año 2010 se expidió la Directiva Presidencial 001 con el propósito de dar cumplimiento a los mandatos de la Constitución Política y de los tratados

---

133 ONIC, *Derecho de los pueblos indígenas y sistemas de jurisdicción propia*, ONIC, 2007, p. 38.

134 Corte Constitucional colombiana, sentencias T-652 del 10 de noviembre de 1998, MP Carlos Gaviria Díaz; T-955 del 24 de octubre de 2003, MP Clara Inés Vargas; T-880 del 26 de octubre de 2006, MP Álvaro Tafur Galvis; y T-745 del 14 de septiembre de 2010, MP Humberto Antonio Sierra Porto.

internacionales en materia de consulta previa. Se establecen allí los mecanismos para dar aplicación a la Ley 21 de 1991, se señalan las acciones que requieren la garantía del derecho a la consulta previa y se establecen los mecanismos mediante los cuales procede el proceso para la realización de ella y los casos en los que no es necesaria.

Esta directiva mantiene al Ministerio del Interior como único organismo competente para su coordinación y realización e indica que debe estar presente también el Ministerio Público. En cuanto a los casos en los cuales la consulta es necesaria, indica que debe llevarse a cabo para expedir medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectar directa y específicamente a las comunidades indígenas; para programas de prospección o explotación de recursos naturales en sus territorios; para tomar decisiones sobre enajenación de tierras o de transferencia de sus derechos sobre estas; para la organización y el funcionamiento de programas de formación profesional de aplicación general; para programas enseñanza a los niños de los pueblos interesados; para desarrollar, incrementar o transformar la malla vial en territorios étnicos; para la formulación, el diseño o ejecución de proyectos de investigación adelantados por entidades públicas que estén relacionados con los recursos naturales, bióticos, económicos, culturales, religiosos, etc., de los grupos étnicos y puedan generar una afectación por la ejecución o la publicación de ellos; para planear acciones de erradicación de cultivos ilícitos que puedan afectarlos; para tomar medidas sobre la salud y la enfermedad de aquellas comunidades, excepto en situaciones de emergencia que comprometan el derecho a la vida; para tomar medidas prioritarias respecto a su proceso de desarrollo; cuando en el ámbito de aplicación de alguna medida legislativa general se requiera incorporar particularidades según sus costumbres o derecho consuetudinario; y en los demás casos en que la legislación lo disponga expresamente. Dispone además el procedimiento para la realización de la consulta previa y algunas reglas para el manejo de los impactos. Sin embargo, se trata de un documento muy limitado que además de restringir este derecho, no fue consultado con los pueblos indígenas antes de su expedición.

Unos años después se expidió la Directiva Presidencial n.º 10 de 2013, que contiene una guía para la realización de la consulta previa e indica que ésta debe ser una herramienta de coordinación interinstitucional para el desarrollo de proyectos, obras y actividades. Se indica en este documento que cuando sea necesaria la realización de una consulta deben llevarse a cabo cinco pasos: la certificación sobre la presencia de comunidades étnicas en el territorio específico, la coordinación y preparación del proceso, una preconsulta, la consulta previa como tal y posteriormente el seguimiento de los acuerdos, y cada uno de ellos se describe en profundidad. Este documento tiene las mismas críticas que el anterior, sin

embargo, vale la pena resaltar que pese a que se trata de documentos limitados e inconsultos, son los únicos que se ocupan de la materia en la legislación nacional.

Por último se cuenta con los decretos 2613 de 2013 y 2333 de 2014. El primero adopta el Protocolo de Coordinación Interinstitucional para la consulta previa, es decir, reglamenta la certificación sobre la presencia de comunidades étnicas en el territorio específico, la coordinación y preparación del proceso y el seguimiento de los acuerdos; y el segundo establece los mecanismos para la efectiva protección y seguridad jurídica de las tierras y los territorios ocupados o poseídos ancestral o tradicionalmente por los pueblos indígenas acorde con lo dispuesto en los artículos 13 y 14 del Convenio 169 de la OIT.

Vale la pena mencionar, para concluir, que recientemente el Ministerio de Minas y Energía señaló que el Gobierno está trabajando en la construcción de un proyecto de ley estatutaria de consulta previa, con el que se busca regular la figura de manera completa y modificar la situación actual de ella; se afirmó que una vez se tenga el texto y las modificaciones el proyecto será consultado con las comunidades en todo el territorio nacional, para que posteriormente pueda ser radicado ante el Congreso de la República en el año 2020[135].

Además, en todos los planes nacionales de desarrollo y en todos los planes de ordenamiento territorial que se han expedido a partir de 1991 se hace mención de los pueblos indígenas y sus derechos territoriales, de participación, de los ingresos que les corresponden, etc.

En síntesis, los tratados internacionales que integran el bloque de constitucionalidad, especialmente el Convenio 169, la Constitución Política de 1991 y la escasa legislación nacional, establecen que las comunidades indígenas son dueñas de sus territorios, tanto de aquellos que ocupan constantemente como de aquellos que forman parte de su territorio ancestral aunque no estén titulados, y éstos son inembargables, imprescriptibles e inalienables ya que son esenciales para su supervivencia física y cultural.

En cuanto a la consulta previa, ésta es un derecho fundamental de las comunidades indígenas y un mecanismo que les permite participar en todas las decisiones que puedan afectarles, el gobierno colombiano debe consultarlas cada vez que se prevean medidas que puedan generarles impactos y debe establecer procedimientos a través de los cuales puedan participar libremente y en todos los niveles en la adopción de decisiones de políticas y programas que los involucren, en la aprobación de proyectos de infraestructura y desarrollo nacional

---

135 RCN Radio, 21 de mayo de 2019, disponible en [www.rcnradio.com/politica/gobierno-prepara-proyecto-de-ley-para-reformar-consultas-previas], consultado el 28 de octubre de 2019.

y regional en sus territorios y en la formulación de programas que propendan al mejoramiento de sus condiciones de vida, de trabajo y del nivel de salud y de educación; lo anterior, con el fin de garantizar los derechos de los cuales depende la subsistencia y preservación de la integridad étnica, social, económica y cultural de los pueblos indígenas y otras minorías.

Frente a los recursos naturales presentes en sus territorios, los pueblos indígenas tienen derecho al control, uso y aprovechamiento de ellos, la explotación en sus territorios debe hacerse sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades, y éstas, por intermedio de sus representantes, deben participar en las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación y tienen derecho a participar en las ganancias que de ésta se obtengan. Cuando los derechos de propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo pertenezcan al Estado, éste deberá establecer procedimientos tendientes a consultar a las comunidades con el fin de determinar si los intereses étnicos serán perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de explotación en sus tierras, y de obtener su consentimiento libre previo e informado.

Es decir, toda la normatividad nacional e internacional que se ha mencionado tiene plena aplicación en Colombia y es obligatoria y vinculante; sin embargo, como bien lo indica Gloria Amparo Rodríguez, el derecho no se realiza por la simple promulgación de una norma, sino por su efectiva aplicación, ya que una norma puede pretender muchas cosas pero si no se aplica se queda en el mundo ideológico y no pasa al plano de lo real. En materia de derechos de los pueblos indígenas, Colombia ha publicado normas para su protección pero aún está en discusión su eficiencia y eficacia[136].

> La vigencia de nuestros derechos, como la de los demás pobladores, no se da por el solo hecho de estar garantizada en la letra y espíritu de la Constitución de 1991. Está lejos de ser o llegar a ser una realidad, pues es evidente que por encima de nuestras integridades pasan los megaproyectos de hidroeléctricas, las explotaciones mineras y las obras de infraestructura para el desarrollo del país[137].

> Existe una contradicción o conflicto fundamental entre los derechos constitucionales y la aplicación de estas normas. En la Sierra Nevada tenemos enormes dificultades para la interlocución institucional, por una parte por la multiplicidad de divisiones político-administrativas que sobre el territorio ancestral, la experiencia obtenida nos permite precisar que uno de los matices conflictivos políticos e institucionales se debe

---

136 Rodríguez, Gloria Amparo, *La consulta previa con pueblos indígenas y comunidades afrodescendientes en Colombia*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2010, pp. 32 y 33.

137 onic, *Territorio Indígena y Constitución*, 2007, Bogotá, p. 72.

> a la fragilidad e inconsistencia de la ley de occidente, llámese ley, norma, decreto, resoluciones, constitución, tratado internacional, etc., cuyas teorías declarativas de reconocimiento y protección del Estado sobre los territorios indígenas quedan a medias y a merced de la inestabilidad de los servidores públicos[138].

Por último, se debe recordar que la consulta previa debe ser regulada mediante una ley estatutaria por tratarse de un derecho fundamental, y esta ley no se ha expedido pese a que este derecho está reconocido en Colombia desde 1991. De este modo, es discutible la legalidad de las normas expedidas hasta ahora al respecto por cuanto se trata de leyes ordinarias, directivas presidenciales y decretos. A la fecha, ha sido la Corte Constitucional colombiana la que ha creado los lineamientos más importantes en la materia, reiterando constantemente la ausencia de la normatividad legal necesaria y exhortando en repetidas oportunidades al Gobierno Nacional y al Congreso de la República para que, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, regulen y materialicen el derecho fundamental a la consulta previa[139], teniendo en cuenta que es imperioso para el Estado colombiano poseer una legislación estatutaria al respecto que se adecúe a los postulados del Convenio 169 de la OIT y de la jurisprudencia constitucional.

Durante el año 2018 se inició a tramitar en el Congreso un proyecto de ley para la regulación de la consulta previa, proyecto que aún se encuentra en curso principalmente porque no ha logrado el consenso dentro de las comunidades indígenas por considerarlo insuficiente en cuanto al alcance de la protección que consagra, de manera que no existe todavía la esperada ley estatutaria sobre consulta previa en Colombia.

Vale la pena mencionar además que durante los primeros días del mes de febrero de año 2017, a propósito de la firma del Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera con la guerrilla de las FARC, y de la implementación y el desarrollo normativo de él, el Ministerio del Interior y la Mesa Permanente de Concertación Indígena acordaron una metodología para la consulta previa de normas y proyectos que involucren a los grupos étnicos en la implementación del mencionado acuerdo. El objetivo era que pudieran realizarse consultas previas exprés, a través de la Mesa Permanente de Concertación, que permitieran que la visión de los pueblos indígenas fuera

---

138 Pueblos de la Sierra Nevada de Santa Marta, Propuesta para el programa de garantías de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas de Colombia, Valledupar, 2011, p. 66.

139 Corte Constitucional colombiana, sentencias T-129 de 2011, T-693 de 2011, C-317 de 2012, C-395 de 2012, entre otras.

incorporada en la política pública del posconflicto, teniendo en cuenta que éstos han sido históricamente golpeados por el conflicto armado.

Efectivamente, durante el segundo semestre de 2017 se llevaron a cabo todas las consultas exprés relacionadas con la firma del Acuerdo de Paz y la aprobación de la normatividad necesaria para implementarlo con la Mesa Permanente de Concertación. La Mesa sesionó de manera permanente para discutir, acordar y protocolizar cada iniciativa, y tuvo un tiempo máximo de diez días calendario a partir de la radicación para entregar los resultados[140]. Al final de esta experiencia las comunidades indígenas no quedaron satisfechas con los resultados y consideraron que el Gobierno había cumplido formalmente con los requisitos que impone la Constitución pero, materialmente, no hubo una verdadera participación[141] de ellas.

IV. Reconstrucción de la evolución de los derechos territoriales indígenas y de la consulta previa en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana

Se ha reiterado a lo largo del texto que si en Colombia se ha presentado una evolución importante en materia de derechos indígenas, ha sido única y exclusivamente gracias a la labor de la Corte Constitucional. De este modo, el presente acápite estará dedicado al estudio y análisis de la jurisprudencia proferida por esta alta corte, relacionada específicamente con el territorio y el derecho que tienen sobre éste y sus recursos las diferentes comunidades, y con el derecho a la consulta previa, sus requisitos y características más importantes, haciendo énfasis en las providencias relacionadas con la comunidad iku[142].

---

140 Información tomada de [http://caracol.com.co/radio/2017/02/05/nacional/1486259436_425080.html]; [www.rcnradio.com/nacional/gobierno-e-indigenas-acordaron-ruta-consulta-previa-al-acuerdo-paz/]; [www.mininterior.gov.co/sala-de-prensa/noticias/gobierno-e-indigenas-concertaron-ruta-de-consulta-previa-de-iniciativas-normativas-para-la-implementacion-del-acuerdo-de-paz]; páginas consultadas el 14 de abril de 2017.

141 Información obtenida durante el trabajo de acompañamiento y asesoría prestados a la comunidad arhuaca durante el proceso de consultas previas relacionadas con la firma del Acuerdo de Paz llevado a cabo durante los meses de mayo, junio, julio y agosto de 2017.

142 Con el fin de cumplir con los objetivos de este subcapítulo, durante la investigación se realizó un trabajo exhaustivo de revisión de todas las sentencias existentes en las mencionadas materias, para, empleando el mayor rigor académico, llegar a comprender realmente la evolución y el desarrollo en el país de los derechos indígenas relacionados con el territorio y con la consulta previa a través de la identificación de la línea jurisprudencial existente al respecto. Una vez estudiadas todas y cada una de las sentencias, se incorporaron en el texto aquellas que revisten mayor importancia por ser

En las mencionadas materias el papel de esta Corte ha sido de importancia mayúscula ya que, como se explicó antes, el legislador no ha cumplido aún con su función, pese a que la Constitución le delegaba tareas claras al respecto. La Corte Constitucional ha sido la corporación encargada de desarrollarlas ampliamente y de crear una línea jurisprudencial en materia de tutela[143] que les ha permitido a los pueblos indígenas defender sus derechos con base en sus sentencias. Tal y como se verá a lo largo del análisis, puede decirse que se trata, por regla general, de una línea jurisprudencial uniforme en la que, salvo contadas excepciones que se mencionarán expresamente, la Corte ha expedido algunas sentencias hito y a través de los años ha ido incluyendo avances en la materia[144].

Si bien el análisis jurisprudencial y sus bases teóricas desbordan los límites de este trabajo, es importante recordar de manera muy breve algunos conceptos fundamentales que han sido adoptados por la Corte, con el fin de comprender mejor la evolución de su jurisprudencia en las materias que aquí se analizan. Siguiendo la doctrina de Diego López Medina expuesta en su libro *El Derecho de los jueces*, se recuerda que una de las características más importantes del derecho de origen jurisprudencial es que su desarrollo se produce de manera progresiva, de modo que para analizar un asunto específico en un determinado momento, se debe hacer un análisis temporal y estructural ojalá de todas las sentencias que resuelven el mismo problema jurídico, con el fin de poder establecer la regla para su solución. Una selección aislada de sentencias no permite llegar al verdadero desarrollo sistemático de la jurisprudencia sobre el punto específico de estudio[145].

---

unificadoras de jurisprudencia o por contener los avances en la materia, así como aquellas que representan excepciones o retrocesos frente a la línea jurisprudencial general; las demás se mencionan solo someramente.

143 Véase al respecto López Medina, Diego, *El derecho de los jueces*, Legis, Bogotá, 2016, pp. 139-153, donde se establece lo que es una línea jurisprudencial, sus características y las técnicas de interpretación y análisis de sentencias.

144 La Corte Constitucional colombiana tiene dos funciones principales: por un lado es un órgano de revisión en materia de acciones de tutela, lo que quiere decir que puede escoger aquellas que hayan sido falladas ya en segunda instancia y revisar el contenido de las sentencias con el fin de proteger los derechos fundamentales y de unificar la jurisprudencia relacionada con los mismos; por otra parte, es el órgano ante el cual se demandan las normas por considerar que son contrarias a la Constitución Política y su función es la de revisar su contenido y establecer si efectivamente lo son o no lo son. Las sentencias que resuelven acciones de tutela se denominan "T", aquellas que resuelven acciones de inconstitucionalidad se denominan "C", y existe una tercera categoría denominada "SU", que son aquellas que unifican la jurisprudencia en aquellas materias en las cuales se hayan presentado posiciones encontradas dentro de la misma Corte.

145 Véase al respecto López Medina, Diego, *El derecho de los jueces*, Legis, Bogotá, 2016, caps. 5 y 6.

De este modo, entonces, lo primero que se debe hacer es identificar el problema jurídico que se pretende estudiar. El problema jurídico es la pregunta que se intenta resolver mediante la identificación y la interpretación dinámica de todas o varias de las sentencias que han resuelto el mismo punto[146].

Normalmente, el problema jurídico surge de unos determinados hechos que dan lugar a la aplicación de determinados artículos constitucionales por encuadrar en los conceptos que allí se recogen; en el caso del presente escrito, tal y como se verá en los siguientes acápites, diferentes situaciones fácticas que se han presentado en el país y cuyas protagonistas son las comunidades indígenas activan la aplicación de los artículos 2.º, 7.º, 40, 93, 329 y 330 (parágrafo), por solo mencionar algunos, y dan lugar a que se dé solución al problema planteado con base en ellos. Se encuadran entonces patrones facticos dentro de conceptos constitucionales y, cuando existe precedente, estos conceptos quedan definidos.

En otros casos hay problemas jurídicos diferentes en los que no se discute la tipificación constitucional de hechos, sino que se pregunta por la definición abstracta de un concepto constitucional. Este es el caso más frecuente en materia de consulta previa y derechos territoriales indígenas, ya que en estos casos el problema jurídico va enfocado más que a encuadrar un caso en uno o varios artículos, a darles contenido y alcance a estos derechos constitucionales que no han sido desarrollados por la legislación.

Una línea jurisprudencial se ubica entonces en un nivel medio de abstracción en el que se identifica o un patrón fáctico frecuentemente litigado, o la definición y el alcance de un derecho constitucional que no ha sido desarrollado; y esos patrones fácticos o esa definición y ese alcance uniforme que le da la Corte a un derecho son denominados por López Medina "escenarios constitucionales". Estos escenarios constitucionales son espacios donde se producen choques de intereses frente a los que la Corte puede desplegar el análisis de la Constitución para procurar la protección del derecho en conflicto o donde la Corte encuentra espacio para darle alcance a uno de los derechos que consagra la Constitución, y frente a un mismo tema o derecho pueden llegar a presentarse diferentes escenarios constitucionales[147].

Una vez identificados los principales escenarios constitucionales derivados de una situación fáctica o de un determinado derecho constitucional, será posible plantear problemas jurídicos bien definidos sobre el asunto e identificar la línea jurisprudencial existente sobre ellos. A su vez, dentro de las líneas jurispruden-

---

146 Cit. ibídem.
147 Cit. ibídem.

ciales existen diferentes tipos de sentencias entre las cuales se deben identificar aquellas que tienen mayor peso estructural. Generalmente, las sentencias importantes dentro de una línea son pocas, se denominan "sentencias hito" y pueden ser fundadoras de línea, proferidas en el periodo inicial de actividad de la Corte y en las que se aprovechó para hacer muy amplias interpretaciones del derecho en cuestión; consolidadoras de línea, en las que usualmente se decanta un balance constitucional más complejo; y sentencias dominantes, que son aquellas que contienen los criterios vigentes y dominantes, con los cuales la Corte resuelve un conflicto de intereses dentro de determinado escenario constitucional[148].

Por último, debe aclararse que en todos los escenarios constitucionales siempre hay sentencias excepcionales que se salen de la línea jurisprudencial o que retroceden frente a los avances logrados hasta un cierto momento, y la línea sobre consulta previa y derechos territoriales indígenas no está exenta de ello, tal y como se verá a continuación.

A. Línea jurisprudencial, sentencias hito y excepciones en materia de derechos territoriales indígenas

Desde sus primeras sentencias, la Corte Constitucional colombiana reconoció el derecho que tienen las comunidades indígenas a sus territorios y a la propiedad colectiva de estos, así como a la protección de los recursos naturales renovables y no renovables que en ellos se encuentren y a la protección y reconocimiento de los resguardos. Al principio, los pronunciamientos en este sentido fueron tímidos, tal y como ocurrió en los casos que van a mencionarse a continuación, y solo en el año 2013 se profirió la primera sentencia hito en la materia.

La primera vez que la incipiente Corte Constitucional se planteó el problema relativo al alcance de la protección que se les debe otorgar a los derechos territoriales de las comunidades indígenas del país fue en la sentencia T-428 de 1992[149], frente a un caso en el cual el resguardo indígena Cristianía, ubicado en el departamento de Antioquia, se estaba viendo afectado por obras de ampliación y mejoramiento de una carretera trazada en las inmediaciones de su comunidad. En este caso la Corte Constitucional ordenó, por primera vez, la suspensión de los trabajos para proteger a la comunidad de los potenciales daños que éstos podían causarle, hasta tanto se realizaran los estudios necesarios que aseguraran que no

148 Cit. ibídem.

149 Corte Constitucional colombiana, sentencia T-428 del 24 de junio de 1992, MP Ciro Angarita Barón.

se causarían daños nuevos, se tomaran todas las precauciones para no ocasionar perjuicios adicionales y se pagaran las indemnizaciones correspondientes para restablecer su situación económica, mantener la integridad de la comunidad y su existencia misma. En este caso, la Corte afirmó que el interés general no puede ser interpretado de manera tal que justifique la violación de los derechos fundamentales de unos pocos y que en este caso el interés de la comunidad indígena sobre su territorio, el trabajo y el mantenimiento de su integridad étnica era superior al interés económico de la zona en ampliar su carretera. Se trató de un pronunciamiento no muy contundente, pero fue el primer paso hacia el reconocimiento constitucional de derechos territoriales indígenas en Colombia.

Más adelante, en la sentencia T-257 de 1993[150], la Corte fue un poco más allá e indicó que el derecho de propiedad colectiva ejercido sobre los territorios indígenas reviste una importancia particular para la cultura y los valores ancestrales de estas comunidades, es un derecho fundamental de ellas y una de las formas más adecuadas para protegerlo es la constitución de resguardos; aclaró además que el resguardo es una forma de propiedad colectiva de la tierra en la que los pueblos indígenas tienen derecho a participar en la utilización, administración y conservación de los recursos naturales allí existentes y a ser consultados antes de cualquier intervención. Lo anterior por cuanto el resguardo indígena es una forma de propiedad privada, de manera que sus representantes legales son los únicos en capacidad de autorizar el ingreso de otros ciudadanos a él. De este modo, negó la tutela interpuesta por la Asociación Evangélica Nuevas Tribus de Colombia (organización cuyo objetivo era la evangelización de tribus indígenas en el país liderada por un ciudadano estadounidense), por impedir la realización de sus actividades religiosas en las inmediaciones del aeródromo de Yapima, ubicado dentro del resguardo de los indígenas wanano, departamento de Vaupés, y protegió el derecho a la propiedad colectiva de la mencionada comunidad.

Luego, en la sentencia T-380 de 1993[151], la Corte resolvió una tutela basada en los siguientes hechos: desde 1988 hasta 1990 la compañía maderera Madarién, gracias a la actitud omisiva de la autoridad ambiental regional, explotó cuatro mil hectáreas de bosque tropical dentro del resguardo indígena embera-katío. Debido a que la anterior situación causó un daño ecológico grave y consecuencias definitivas para el sustento económico de la comunidad indígena en mención, representantes embera-katío interpusieron acción de tutela por considerar que las acciones perpetradas violaron sus derechos fundamentales a la vida, al trabajo,

---

150 Corte Constitucional colombiana, sentencia T-257 del 22 de enero de 2004, MP Manuel José Cepeda.
151 Corte Constitucional colombiana, sentencia T-380 de 1993, MP Eduardo Cifuentes Muñoz.

a la propiedad, a la integridad étnica, entre otros, en la medida en que el entorno natural explotado de manera intensiva representaba su hábitat, su sustento económico y el medio natural al que estaban vinculados como colectividad étnica. Se solicitaba detener la explotación y recibir la reparación del daño causado.

En este caso la Corte afirmó que la Constitución condiciona la explotación de recursos naturales en territorios indígenas a que ésta se realice sin desmedro de su integridad cultural, social y económica. Afirmó además que las comunidades tienen el derecho fundamental a la propiedad colectiva de los resguardos, que incluye la propiedad sobre los recursos naturales existentes en ellos, teniendo en cuenta que el territorio y sus recursos son elementos fundamentales para garantizar la subsistencia de aquellas, pues los pueblos indígenas desarrollan economías de subsistencia alrededor de la explotación de dichos recursos. De este modo, concedió la tutela y en consecuencia ordenó a la Corporación Nacional para el Desarrollo del Chocó dar inicio a las actuaciones necesarias para restaurar los recursos naturales afectados y que, luego de la cuantificación de los daños causados, ejerciera contra los particulares presuntamente responsables las acciones judiciales enderezadas a exigir su reparación sin perjuicio de las que eventualmente instauraran la comunidad lesionada o sus miembros.

En el mismo año, 1993, a través de la sentencia T-405[152] la Corte incurrió en un retroceso jurisprudencial al resolver un caso en el cual las comunidades indígenas del Medio Amazonas entablaron una acción de tutela contra el Ministerio de Defensa y contra la Misión Aérea de Estados Unidos en Colombia, debido a la instalación de un radar aéreo para la detección de aeronaves del narcotráfico, ubicado dentro del resguardo indígena de Monochoa. Según los demandantes, la existencia del radar dentro de su resguardo, las obras de construcción y la presencia de personal militar en la zona atentaban contra su derecho a la integridad cultural, social y económica, contra su derecho a la autonomía, y causaba daños ambientales, daños a la infraestructura vial de la zona y, además, no les fue consultada previamente.

La Corte Constitucional tras hacer un recuento de todos los derechos indígenas que reconoció la Constitución de 1991, reiteró que el derecho a la propiedad colectiva es esencial para las culturas y los valores espirituales de los pueblos aborígenes y que se hace efectivo a través de los resguardos y su protección. Sin embargo, en este caso consideró que debía prevalecer el interés general del Estado colombiano relativo a la defensa, a la soberanía nacional, a la conservación del orden

---

152 Corte Constitucional colombiana, sentencia T-405 del 23 de septiembre de 1993, MP Hernando Herrera Vergara.

público y a la prevención del narcotráfico sobre aquellos de la comunidad indígena demandante, e indicó que los derechos de los pueblos indígenas no son absolutos.

Otra sentencia proferida en este primer periodo, fundamental en la materia principalmente desde el punto de vista de la comunidad arhuaca, tal y como se mencionó en el capítulo anterior, es el fallo SU-510 de 1998[153], en el que la Corte tuteló la inviolabilidad del territorio, la propiedad colectiva y la integridad étnica y cultural del pueblo arhuaco, frente a la circulación de personas evangélicas que pretendían crear una iglesia dentro del resguardo y evangelizar a los indígenas. Según los representantes de las autoridades tradicionales, la presencia de líderes religiosos foráneos y de simbología religiosa ajena a la de su cultura constituía un atentado contra la cultura tradicional arhuaca, ponía en peligro la riqueza de las tradiciones de la comunidad e iba en contra de la voluntad y de los mandatos de los mamos como líderes soberanos de la comunidad indígena.

En este caso la Corte consideró que la cultura de esta comunidad es incompatible con los valores que profesa la iglesia evangélica y afirmó que las autoridades arhuacas están legitimadas para restringir la libertad de culto de los indígenas evangélicos para proteger su cultura; por esta razón las autorizó para limitar el acceso al territorio de miembros no indígenas de la comunidad evangélica, con el fin de proteger su derecho a la integridad étnica y cultural, reiteró también que el derecho de propiedad colectiva impone límites a la sociedad mayoritaria, considerando además que la comunidad iku goza de un altísimo grado de conservación cultural y, en consecuencia, su nivel de autonomía es muy amplio. Aquí, si bien no se hizo alusión a la consulta previa, sí se hizo valer el interés superior de la comunidad sobre sus territorios y no concedió la tutela interpuesta por la comunidad evangélica[154].

Tal y como se dijo antes, solo hasta el año 2013 se profirió la primera sentencia verdaderamente completa en la materia, por cuanto en ella la Corte no solo hace un recuento de todos los derechos que tienen las comunidades indígenas colombianas desde el punto de vista territorial en la Constitución Política de 1991, sino que además se encarga de hacer un análisis de ellos desde el punto de vista de los tratados internacionales, el sistema interamericano de derechos humanos y el bloque de constitucionalidad, no sin antes definir los mencionados derechos y darles contenido en el ordenamiento nacional.

---

153 Corte Constitucional colombiana, sentencia SU-510 del 18 de septiembre de 1998, MP Eduardo Cifuentes Muñoz.

154 En este mismo año, en sentencia T-652 la Corte ordenó inaplicar el Decreto 1320 de 1998 por considerarlo inconstitucional.

Esto se plasmó en la sentencia T-009 de 2013[155], en la que se resolvió el siguiente caso: la comunidad indígena sikuani arizona-cupepe, ubicada en el departamento del Vichada, inició en 1998 el proceso formal para la titulación de la tierra que habitaban, con el objetivo de conformar su resguardo. En el 2012 el área seguía sin ser titulada a los sikuani arizona-cupepe, lo cual la Organización Nacional Indígena de Colombia (ONIC) interpuso una acción de tutela con el propósito de amparar los derechos fundamentales a la vida, a la salud, a la identidad cultural y a la propiedad colectiva de dicha comunidad.

Aquí, la Corte retomó lo dicho en las anteriores sentencias y recordó la importancia de la cuestión territorial para las comunidades indígenas y su reconocimiento nacional e internacional. Indicó que para éstas el territorio tradicionalmente ocupado y sus recursos naturales no tienen necesariamente fines mercantiles; que la tierra para los pueblos indígenas no es, por regla general, un factor de producción, ni un objeto de mera explotación económica; y que para los pueblos indígenas el territorio tiene un significado extremadamente profundo por ser el espacio donde ejercen sus actividades vitales y porque está íntimamente ligado a su existencia y supervivencia desde el punto de vista religioso, político, social y económico.

El alto tribunal manifestó que conscientes de la contribución de las comunidades étnicas al pluralismo de la sociedad, del respeto que merecen por sus tradiciones y creencias, de la necesidad de respetar, reconocer y preservar su cultura e identidad, los diferentes estados han adoptado normas internacionales de carácter general que favorecen la protección e integración de estas poblaciones, como los convenios 107 y 169 de la OIT y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de la ONU.

Así mismo, la Corte recordó que esta protección se ha visto además reflejada en diversos pronunciamientos de organismos internacionales como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que a través del estudio de casos concretos han desarrollado profundamente el alcance del derecho al territorio ancestral y a la propiedad colectiva de las comunidades indígenas y tribales, todos ellos de gran relevancia para el ordenamiento colombiano toda vez que de allí se desprenden obligaciones internacionales concretas para las autoridades estatales, en el sentido de que el Estado tiene el deber de adoptar todas las medidas para hacer efectivos la posesión y el derecho a la propiedad sobre los territorios tradicionales de las comunidades indígenas, conforme a sus creencias y prácticas ancestrales.

---

155 Corte Constitucional colombiana, sentencia T-009 del 21 de enero de 2013, MP Jorge Ignacio Pretelt.

Dichas obligaciones se traducen concretamente en el respeto a la diversidad étnica y cultural de los pueblos indígenas; la conservación del valor espiritual que para todos los grupos étnicos comporta su relación con la tierra y su territorio; el reconocimiento del derecho a la propiedad comunal en las tierras que han ocupado tradicionalmente; la demarcación, titulación y entrega del territorio que les corresponde de manera consensuada con la comunidad y dentro de un plazo razonable; la garantía del uso y goce efectivo de los recursos naturales que se encuentran dentro de sus territorios de acuerdo con su cosmovisión; la protección del territorio frente a injerencias arbitrarias por parte de particulares; y la garantía de participación de la comunidad en todas las decisiones que puedan afectarla con figuras especiales como la consulta previa.

Afirmó también la Corte que los convenios 107 y 169 y la Convención Americana sobre Derechos Humanos forman parte del bloque de constitucionalidad, de manera que el Estado colombiano se encuentra sujeto a ellos. Además, la Constitución Política de 1991, en su artículo 63, reconoce el derecho inalienable, imprescriptible e inembargable de las comunidades indígenas al territorio; el 329 se refiere a la conformación de las entidades territoriales indígenas y a los resguardos como propiedad colectiva no enajenable; y el 330 dispone que los territorios indígenas deben estar gobernados según los usos y costumbres de sus comunidades. De esta manera, la Corte Constitucional, actuando como garante de dichos principios y derechos fundamentales, debe proteger el derecho que tienen las comunidades étnicas a gozar del territorio que tradicionalmente han ocupado y a participar en las decisiones que tengan que ver con él.

Por último, el tribunal constitucional mencionó que el ordenamiento jurídico colombiano, en desarrollo de los artículos constitucionales y del derecho internacional de los derechos humanos sobre los derechos de los pueblos indígenas y tribales, ha establecido varias regulaciones sobre los territorios indígenas mediante leyes y decretos.

En virtud de estas regulaciones, estos pueblos tienen derecho a ejercer la propiedad colectiva sobre sus territorios ancestrales ya que esta es la única manera de garantizar su identidad étnica y su superviviencia; tienen derecho a participar en la utilización, administración y conservación de los recursos naturales existentes en sus tierras, a autodeterminarse y autogobernarse según sus creencias y prácticas tradicionales dentro de sus jurisdicciones; tienen derecho a la restitución de sus tierras si estas han pasado a manos de terceros; y tienen derecho a gozar de protección para subsistencia en un territorio libre de interferencias de terceros, ya sean colonos, no indígenas, empresas privadas o entes públicos; entre otras garantías, como el acceso a las tierras tradicionales, el reconocimiento, por medio de títulos legalmente adquiridos, de la propiedad colectiva sobre sus territorios y resguardos;

la titulación de tierras mediante un proceso establecido legalmente; el derecho al territorio en sentido amplio, es decir, no solo a aquel en el que habitan como tal sino también a aquel en el que desarrollan cualquier tipo de práctica ancestral; el reconocimiento de la autonomía y autodeterminación de los resguardos, para lo cual las autoridades colombianas están obligadas a realizar todos los procedimientos necesarios para constituirlos y reconocerlos; y la garantía de no invasión ni desplazamiento, salvo casos muy excepcionales en los que no pueda evitarse, situación en la cual el Estado los debe reubicar y compensar como corresponda.

Así, la Corte concedió el amparo a los derechos fundamentales al debido proceso, a la identidad cultural, a la propiedad colectiva, a la vida digna, a la salud, a la educación y a la autodeterminación de la comunidad indígena sikuani arizona-cupepe, y le ordenó al Incoder culminar el proceso de constitución del resguardo de la mencionada comunidad en el término de seis meses.

En el 2014 se expidió la sentencia T-849[156] (de la que se explicó lo relativo al reconocimiento de la Línea Negra en el capítulo anterior), pronunciamiento que además de ser muy importante desde el punto de vista del reconocimiento de derechos territoriales y protección de estos para los pueblos indígenas en los casos de explotación minera, ha sido vital en especial para la comunidad iku. En este caso la mencionada comunidad interpuso acción de tutela tras la expedición, por parte de la Corporación Autónoma Regional del Cesar, de una licencia ambiental global para la explotación de un yacimiento de materiales de construcción en el año 2010 dentro de la *Línea Negra*, sin haberse practicado el procedimiento de consulta previa, toda vez que el Ministerio del Interior informó que en el área en la cual se desarrollaría el proyecto de explotación no había presencia de comunidades indígenas.

El problema jurídico más importante que se plantó por primera vez la Corte fue aquel de determinar si cualquier entidad o particular, independientemente de su naturaleza, vulnera los derechos fundamentales de las comunidades que habitan la Sierra Nevada de Santa Marta al realizar o autorizar actividades para la explotación de recursos naturales dentro de la porción de territorio denominado *Línea Negra*, el cual se encuentra delimitado y reconocido en las resoluciones 02 de 1973 proferida por el Ministerio de Gobierno y 837 de 1995 expedida por el Ministerio del Interior. Esta es una sentencia hito en materia de reconocimiento de la Línea Negra (lo dicho por la Corte al respecto se explicó en el capítulo anterior).

---

156 Corte Constitucional colombiana, sentencia T-849 del 12 de noviembre de 2014, MP Martha Victoria Sáchica.

En esta oportunidad se reiteró la importancia que tiene la protección de los territorios ancestrales de las comunidades indígenas en el marco del respeto y la garantía de sus derechos humanos, la estrecha relación que tienen las comunidades indígenas con la tierra por ser la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica, la conexión entre el territorio y los recursos naturales que en él se encuentran y que son necesarios para su supervivencia física y cultural, la noción amplia de territorio que comprende no solo aquellos en los cuales los pueblos indígenas habitan de manera permanente sino también todos aquellos que no estén exclusivamente ocupados por ellos, pero a los que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales, de subsistencia o que ocupan o utilizan de una u otra manera. Este punto es fundamental por cuanto para las comunidades de la Sierra todo el territorio comprendido entre la Línea Negra tiene el mismo valor espiritual aunque no coincida siempre con las partes que corresponden a los resguardos.

Se afirmó en la sentencia en mención que en este caso el principio de solidaridad se presenta en dos dimensiones: una negativa, por la cual el Estado y las sociedades ajenas al territorio deben abstenerse de efectuar prácticas que atenten contra la existencia e identidad de las comunidades que habitan la Sierra Nevada de Santa Marta, y una positiva, que establece que tanto el Estado como las sociedades ajenas al territorio son garantes de la protección de las comunidades que allí habitan y deben realizar acciones afirmativas como la promoción de mecanismos que permitan la reproducción de sus saberes, la pervivencia de sus costumbres, la preservación de su identidad de grupo, además de la creación de normas jurídicas o la imposición de sanciones para quienes pretendan desconocer ese pacto social.

Sobre la obligación de proteger el ejercicio de los derechos de las comunidades indígenas en el área de *la Línea Negra*, se afirmó en el fallo que el compromiso asumido por el Estado colombiano no se limita a la garantía de protección de algunos sitios dentro de aquella, sino a la totalidad del territorio que esta incorpora, ya que corresponde a un espacio georreferencial delimitado por un polígono que recrea un espacio determinado y un no un conjunto de lugares sin conexión alguna en lugares aislados.

La Sala concluyó que ésta es una zona de especial protección debido al valor espiritual y cultural que tiene para los cuatro pueblos indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta, razón por la cual esas comunidades deben ser consultadas cuando un proyecto pueda afectar el ejercicio de sus derechos, y no hacerlo constituiría un incumplimiento del Estado colombiano de sus obligaciones y una vulneración de los derechos de la comunidad. Se recalca que esta providencia es muy importante porque no solo aclaró que toda actividad o intervención que

pretenda realizarse dentro de los límites de la Línea Negra debe estar precedida de un proceso de consulta previa, sino que además afirmó que todos los actos administrativos por medio de los cuales se haya concedido permiso para la explotación dentro de ella, con posterioridad a la ratificación por parte de Colombia del Convenio 169 de la OIT, sin realizar el procedimiento de consulta previa, vulneran los derechos fundamentales de las comunidades indígenas que habitan la Sierra Nevada de Santa Marta y pueden ser revocados.

Por esta razón, aunque tales actos administrativos se presuman legales, son susceptibles de perder sus atributos de ejecutividad y ejecutoriedad, toda vez que su expedición es contraria a la Constitución. En la mayoría de estos casos, como no hay medio de control por encontrarse agotado el término para interponer la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, la acción de tutela será idónea y eficaz para solicitar la suspensión de la explotación del territorio sagrado por medio de la expedición de la respectiva medida cautelar y la protección del derecho fundamental a la autodeterminación, a la subsistencia, a la diversidad étnica y a la consulta previa de las comunidades étnicas diferenciadas, objeto de especial protección constitucional, que habitan el territorio sagrado de la Sierra Nevada de Santa Marta. Las acciones efectuadas sin consulta previa constituyen una contradicción con el carácter vinculante de la Línea Negra, el cual es oponible por parte de las comunidades indígenas a todos aquellos que quieran desarrollar proyectos que afecten dicho territorio.

Se acogió la posición de la Universidad Externado de Colombia, que en su intervención para esta sentencia indicó:

> [E]s evidente que la actividad minera autorizada por la autoridad ambiental, se lleva a cabo en el territorio indígena, razón por la cual existe una contradicción con las acciones desarrolladas por esa institución y el carácter vinculante de la [L]ínea [N]egra, toda vez que la fuerza vinculante del reconocimiento de la [L]ínea [N]egra es oponible a la administración pública en general, y en consecuencia, dentro de todo procedimiento de expedición de concesiones, permisos o contratos relacionados con la explotación de recursos naturales, no puede hacerse a espaldas de las comunidades que usan y gozan de tal territorio, y de cuyo disfrute depende la eficacia en buena parte de sus derechos fundamentales.

La Corte decidió conceder la protección de los derechos fundamentales a la autodeterminación, a la subsistencia, a la diversidad étnica y a la consulta previa de las comunidades étnicas diferenciadas, objeto de especial protección constitucional, que habitan el territorio sagrado de la Sierra Nevada de Santa Marta; y, así, ordenó dejar sin efecto la resolución por medio de la cual Corpocesar otorgó a Agregados del Cesar EU una licencia ambiental global para la explotación de

un yacimiento de materiales de construcción, en jurisdicción del municipio de Valledupar, departamento del Cesar dentro de la Línea Negra. Asimismo advirtió al Ministerio del Interior y a todos los interesados en solicitar una licencia ambiental para la explotación del ambiente dentro del territorio denominado la Línea Negra que deberán agotar siempre el procedimiento de consulta previa con las comunidades que habitan el territorio sagrado de la Sierra Nevada de Santa Marta, y dejó abierta la puerta para que se demanden todas las licencias expedidas sin la realización de la respectiva consulta[157].

Un aporte posterior en materia territorial se verificó con la sentencia T-605 de 2016[158], en la que se resolvieron las acciones de tutela promovidas por algunos indígenas contra Promigas S. A. E. S. P., Ministerio del Interior, Autoridad Nacional de Licencias Ambientales (ANLA) y el Ministerio de Minas y Energía, por considerar vulnerados sus derechos territoriales, a la consulta previa y al debido proceso, por la construcción y operación del proyecto "gasoducto Loop San Mateo-Mamonal", ya que éste se cruzaba parcialmente con las áreas en la que se encuentran ubicados los asentamientos de las parcialidades indígenas Maisheshe La Chivera y La Piche del pueblo zenú.

---

157 El Tiempo, 19 de febrero de 2016, en [www.eltiempo.com/colombia/otras-ciudades/dialogos-sobre-la-proteccion-de-la-sierra-nevada-se-encuentran-en-peligro/16515213]: "Desde hace dos años, de manera regular, delegados de los cuatro pueblos de la Sierra Nevada de Santa Marta (kankuamos, koguis, wiwas y arhuacos) y del Ministerio del Interior se reúnen para salvaguardar esta parte de la Tierra. Hoy, esos diálogos están en peligro porque los mamos han decido dejar de conversar sobre uno de los temas: la consulta previa. […] En 2014, con la sentencia T-849, la Corte Constitucional les dio la razón a los pueblos sobre la necesidad de proteger esta zona y destacó el papel que ellos tienen en esa misión. […] Fue este punto el que llevó a los indígenas a acudir a los jueces ordinarios que garanticen sus derechos fundamentales, debido a que el Gobierno otorgó, en 2010, 95 licencias ambientales a proyectos de minería y explotación de un yacimiento de materiales de construcción en esa zona. La razón para autorizarlo era que allí no había resguardos sino territorio ancestral y por tanto no se tenía que realizar la consulta previa a las comunidades, como ordena el Convenio 169 de la OIT (Ley 21 de 1991).
"Para aclarar ese punto, la Corte Constitucional publicó la sentencia en mención, en la cual estableció que la Línea Negra es una zona de especial protección, por su valor espiritual y cultural para los cuatro pueblos indígenas. En otras palabras, no se requiere que los pueblos la habiten sino que tenga un valor para ellos. 'Por esa razón, esas comunidades deben ser consultadas cuando un proyecto pueda afectar el ejercicio de sus derechos', explica Rodríguez.
"[…] Al igual que las tradiciones de los pueblos indígenas, la ciencia, por sus propios métodos, también ha corroborado la relevancia de la Sierra Nevada de Santa Marta, que tiene un área calculada de 17.000 kilómetros cuadrados y está delimitada por las estribaciones del macizo y al norte por el mar Caribe. Nada más en el 2013, la revista Science publicó un artículo de investigación del Centro de Ecología Funcional y Evolutiva de Francia, en el que catalogó a la Sierra como el entorno natural más 'irremplazable' del mundo por el valor de sus especies amenazadas […]".
Véase también El Pilón, 18 de julio de 2015 en [http://elpilon.com.co/fallo-de-la-corte-favorecio-a-indigenas-arhuacos/]: Fallo de la Corte favoreció a indígenas arhuacos.

158 Corte Constitucional, sentencia T-605 del 2 de noviembre de 2016, MP Gloria Stella Ortiz.

En sede de revisión, la Corte Constitucional pudo verificar que el área de influencia del proyecto efectivamente se traslapaba con los territorios ancestrales de al menos una de las comunidades en mención. De este modo, reiteró que siempre que se vaya a establecer el área de influencia directa de un determinado proyecto, obra o actividad que pueda requerir la realización de la consulta previa, el Estado, a través de la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, tiene a su cargo el deber de expedir certificaciones con fundamento en información cartográfica, geográfica o espacial, de presencia de grupos étnicos en dichas áreas. Y afirmó que en el presente caso, al haber omitido la determinación con claridad de la ubicación de los territorios habitados o pertenecientes a las comunidades étnicas en el área de influencia directa del proyecto, dicha dirección vulneró el derecho fundamental al debido proceso administrativo de las comunidades accionantes, pues impidió que estas participaran en decisiones que las afectaban directamente.

En materia de derechos territoriales, complementó la línea jurisprudencial trazada y afirmó que el Estado tiene a su cargo el deber de tomar las medidas necesarias para identificar las tierras en que comunidades étnicas se han asentado tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad, uso y habitación sobre ellas; y que los derechos territoriales de las comunidades presentes en el área de influencia directa de un proyecto, obra o actividad son determinantes para establecer el alcance de la afectación directa en razón del territorio, razón por la cual el Estado tiene la obligación de recolectar todos los elementos que permitan establecer si existe traslape entre el área de un resguardo y el área de influencia directa del proyecto, obra o actividad.

Indicó el alto tribunal que en la identificación de los derechos territoriales de las comunidades indígenas pueden presentarse distintas hipótesis:

– *Existencia de un resguardo indígena debidamente constituido cuyos linderos están plenamente establecidos*. Caso en el cual para establecer si el resguardo se encuentra en el área de influencia directa del proyecto se deben contrastar los elementos técnicos que permitan establecer si existe un traslape entre el área del resguardo y el área de influencia directa del proyecto, obra o actividad. Así, si el área de influencia directa del proyecto se solapa con el área del resguardo, se concluye que hay una afectación directa sobre sus territorios.

– *Existencia de un resguardo indígena debidamente constituido cuyos linderos no están plenamente identificados*. En este caso el Estado tiene la obligación de verificar cuáles son dichos linderos y, en caso de que no se encuentren delimitados, debe fijarlos para poder determinar si se presenta el traslape con el área de influencia del proyecto, obra o actividad.

– *Territorios habitados u ocupados por comunidades étnicas sobre los que se está tramitando un proceso de titulación*. Aquí, el Estado tendrá que acudir a la información del proceso de titulación respectivo, y si allí no hay elementos que permitan establecer los linderos del área, le corresponderá fijarlos.

– *Territorios sobre los cuales el Estado no tiene certeza sobre los linderos o no los reconoce*. Esto puede suceder cuando se está frente a territorios habitados u ocupados por comunidades en los cuales no se ha constituido el resguardo indígena y no hay un levantamiento topográfico para determinar sus linderos, o cuando se trata de territorios cuyo uso está destinado para el desarrollo de prácticas tradicionales. En estos casos es al Estado a quien le corresponde fijar el área habitada u ocupada por estas comunidades.

De este modo, cuando se encuentre ante alguno de los dos últimos supuestos, en los cuales no hay claridad sobre la determinación del territorio, el deber del Estado es desplegar todas las gestiones necesarias para cerciorarse de la presencia de las comunidades en el área de influencia directa y, en consecuencia, de los impactos directos que el proyecto, obra o actividad pueda generar sobre el territorio, teniendo en cuenta que la Corte ha considerado que se debe agotar el proceso de consulta previa con las comunidades étnicas cuando se encuentre demostrado que la ejecución de proyectos, obras o actividades puede afectar directamente los territorios en los que estas desarrollen prácticas tradicionales.

La Corte concluyó que quedó probada la afectación del derecho a la consulta previa de la comunidad Maisheshe La Chivera y ordenó la realización del procedimiento. Sin embargo, en atención a que el gasoducto ya estaba construido, consideró que suspender su operación hubiera sido desproporcionado frente a los intereses de la colectividad y a aquellos de la empresa Promigas, que obró bajo el principio de confianza legítima. El proceso de consulta debía llevarse a cabo con el fin de identificar las especies afectadas con las obras realizadas para la construcción del gasoducto conjuntamente con el médico tradicional de la comunidad y establecer un cronograma de actividades para cultivar las especies identificadas con el objetivo de preservar la práctica de la medicina tradicional desarrollada por la comunidad.

En los últimos años la Corte Constitucional ha reiterado esta línea en sus fallos relacionados con derechos territoriales indígenas otorgando siempre protección al derecho a la propiedad colectiva de la tierra, no solo desde el punto de vista material sino también desde el cultural, es decir, teniendo en cuenta la relación que tienen las comunidades con el territorio y el concepto amplio de este, varias veces aquí definido. Vale la pena mencionar la sentencia T-052 de 2017, en la que se resolvió una disputa territorial entre una comunidad indígena

y una comunidad campesina[159]. En ella se afirmó que los derechos más importantes que tienen los pueblos indígenas son, sin duda, el derecho a la existencia o subsistencia y el derecho a la integridad cultural, que pueden equipararse con el derecho a la vida de las personas, el primero desde el punto de vista físico y el segundo desde el punto de vista espiritual, ambos directamente dependientes del respeto al derecho al territorio. En otras palabras, de la permanencia y el aprovechamiento y disfrute pacífico de los territorios ancestrales depende la pervivencia de las comunidades y la conservación de su culturas y prácticas tradicionales, tal y como lo establece el Convenio 169 de la OIT[160].

La jurisprudencia relativa a derechos territoriales indígenas en los años 2017, 2018 y 2019 ha sido principalmente de reiteración de lo aquí expuesto en desarrollo del derecho internacional existente en la materia y de la legislación nacional proferida al respecto, pero dándoles cada vez más valor, contundencia y contenido a los derechos ya reconocidos y haciendo especial énfasis en la protección que deben tener los resguardos indígenas y los territorios ancestrales[161]. Vale la pena mencionar, por aportar algunas apreciaciones novedosas, la sentencia T-307 de 2018[162], en la que la Corte Constitucional afirmó abiertamente que la relación de los pueblos indígenas con su territorio se diferencia de la de los demás porque su cosmovisión, en sí misma, se ha formado de la estrecha relación que tienen con este. Para ellos, la tierra no es un objeto sino un elemento material y espiritual del que deben gozar para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras. De las tierras tradicionalmente utilizadas y ocupadas por las comunidades indígenas dependen sus tradiciones, sus costumbres, sus lenguas, sus rituales, sus conocimientos de la naturaleza, su cocina, su derecho, su vestimenta, su filosofía y sus valores. Así, indicó entonces que, por estas razones, la falta de acceso a su tierra y a los recursos naturales que ella produce genera para las comunidades indígenas afectadas la vulneración de sus derechos fundamentales como la pervivencia y la identidad e integridad cultural.

También en el 2018 se profirió la sentencia SU-123, que reviste particular importancia para la consulta previa, como se verá más adelante, pero que en

---

159 Corte Constitucional colombiana, sentencia T-052 del 3 de febrero de 2017, MP Gabriel Eduardo Mendoza.

160 Estas afirmaciones se reiteran en la sentencia T-080 del 7 de febrero de 2017, MP Jorge Iván Palacio.

161 Otras sentencias de la Corte Constitucional colombiana en las que pueden encontrarse aportes importantes en la materia son las siguientes: T-567 de 1992, C-262 de 1996, T-009 de 2013, T-387 de 2013, T-858 de 2013, SU-217 de 2017, T-737 de 2017, T-556 de 2017, T-568 de 2017 sobre zonas mineras indígenas, T-739 de 2017, T-397 de 2018, T-001 de 2019, T-011 de 2019 y T-153 de 2019.

162 Corte Constitucional colombiana, sentencia T-307 del 27 de julio de 2018, MP Luis G. Guerrero.

materia territorial sintetizó las características del territorio ancestral de la siguiente manera:

> (i) El territorio de las comunidades se define con parámetros geográficos y culturales. La demarcación es importante para que el derecho de propiedad de las comunidades pueda tener una protección jurídica y administrativa. Sin embargo, ello no puede soslayar que esa franja se expande con los lugares religiosos o culturales. En efecto, estas áreas tienen protección así estén o no dentro de los terrenos titulados (sentencias T-525 de 1998, T-693 de 2011, T-698 de 2011, T-235 de 2011 y T-282 de 2012).
>
> (ii) Los argumentos sobre la ausencia de reconocimiento oficial de una comunidad son insuficientes para que el Estado o un privado se nieguen a consultar una medida con una comunidad étnica (sentencias T-372 de 2012, T-693 de 2012, T-993 de 2012, T-657 de 2013 y T-172 de 2013).
>
> (iii) La propiedad colectiva se funda en la posesión ancestral, de manera que el reconocimiento estatal no es constitutivo. Por lo tanto: la ausencia de reconocimiento no implica la inexistencia del derecho; y la tardanza o la imposición de trámites irrazonables para la obtención de ese reconocimiento constituye, en sí misma, una violación al derecho (sentencias T-693 de 2011 y T-698 de 2011).
>
> (iv) La interferencia que padecen los grupos étnicos diferenciados en sus territorios comprende las zonas que se encuentran tituladas, habitadas y exploradas y todas aquellas franjas que han sido ocupadas ancestralmente y que constituyen el ámbito tradicional de sus actividades sociales, económicas, religiosas y espirituales. En esta concepción amplia de territorio adquieren importancia los lugares sagrados que no se encuentran al interior de los resguardos, pues en ellos la comunidad indígena puede desenvolverse libremente según su cultura y mantener su identidad. […][163].

De este modo, puede decirse que en la actualidad, gracias a la labor de la Corte Constitucional en el estudio de la materia territorial, los pueblos indígenas de Colombia cuentan con muchas herramientas para la protección de sus derechos a la propiedad colectiva, al uso y goce de sus territorios ancestrales, al reconocimiento y delimitación de sus resguardos, a la protección de los recursos naturales presentes en sus territorios y al respeto y conservación de la relación inescindible que tienen con la tierra, de la que se derivan sus costumbres, tradiciones, cultura y cosmovisión, además de su perviviencia e identidad cultural.

---

163 Corte Constitucional colombiana, sentencia SU-123 del 15 de noviembre de 2018, MP Alberto Rojas y Rodrigo Uprimny.

B. Línea jurisprudencial, sentencias hito y excepciones en materia de consulta previa

De manera paralela a la evolución de la construcción de los derechos territoriales de los pueblos indígenas se ha venido desarrollando aquella relacionada con la construcción del derecho a la consulta previa que tienen ellos frente a todos aquellos supuestos que puedan afectarlos directamente. Valga la pena aclarar que no ha sido un camino fácil, y que la Corte Constitucional ha tenido que partir prácticamente de cero en la construcción de él, ya que además del reconocimiento expreso de este derecho que hace la Constitución de 1991 no ha existido ningún otro instrumento completo al respecto diferente del desarrollo jurisprudencial que se ha dado en la materia.

Se procederá entonces a realizar la respectiva reconstrucción, pero en el ámbito exclusivo de la consulta previa. Si bien la primera sentencia que se conoce de la Corte Constitucional que tocó la cuestión de la consulta previa fue la mencionada T-428 de 1992, solo hasta el año de 1997 se profirió la primera sentencia hito en la materia: el fallo SU-039 de 1997[164], mediante el cual se resolvió la tutela interpuesta por la comunidad u'wa, ubicada en los departamentos de Boyacá, Norte de Santander, Santander, Arauca y Casanare, por la exploración y explotación de hidrocarburos en sus territorios sin haberse llevado a cabo el proceso de consulta previa. Este fallo sigue siendo la primera sentencia hito en la materia ya que fue aquella en la que se sentaron sus bases.

En esta ocasión, la Corte indicó por primera vez que la participación mediante la consulta previa es un derecho fundamental de los pueblos indígenas ya que es un elemento básico para preservar la integridad étnica, social y económica de estos, y para asegurar así su subsistencia como grupo social. Aclaró además que la consulta a las comunidades indígenas que puedan resultar afectadas con motivo de la explotación de los recursos naturales comporta la adopción de relaciones de comunicación y entendimiento, caracterizadas por el mutuo respeto y la buena fe entre aquéllas y las autoridades públicas, tendientes a buscar 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, y los mecanismos, procedimientos y actividades requeridos para ponerlos en ejecución; que la comunidad debe, con este mecanismo, enterarse de las afectaciones y los daños que estos proyectos le pueden causar a su cohesión social, cultural, económica y política y, por ende, a su subsistencia como grupo

164 Corte Constitucional, sentencia T-039 del 3 de febrero de 1997, MP Antonio Barrera Carbonell.

humano; y que la consulta es la oportunidad para que libremente y sin interferencias extrañas puedan valorarse conscientemente las ventajas y desventajas del proyecto. Todo lo anterior, además, con el fin de que la comunidad tenga una participación activa y efectiva en la toma de las decisiones que le conciernen, las cuales, en la medida de lo posible, deben ser acordadas y concertadas y no simplemente notificadas.

Sin embargo, tal y como se vio en el capítulo anterior, la sentencia T-634 de 1999[165], que fue la siguiente en abordar el problema, retrocedió en el camino cuando se refirió a la creación del municipio de Pueblo Bello sin la realización de la respectiva consulta previa. En este caso, la providencia de la Corte Constitucional fue bastante infortunada porque, si bien se trataba de la oportunidad perfecta para avanzar en el desarrollo de este derecho, la Corte optó por no tocar el tema y simplemente decidió no conceder la tutela por considerar que existían otros mecanismos de defensa judicial ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Esta es una de las pocas sentencias que se apartan de la línea progresista de la Corte en materia indígena y que representan un retroceso frente a la protección de sus derechos.

Durante los años posteriores se emitieron algunos pronunciamientos de reiteración de jurisprudencia[166] hasta el año 2003, en el que se profirió una nueva sentencia hito, el fallo SU-383[167], en respuesta a la tutela interpuesta por la Organización de los Pueblos Indígenas de la Amazonía Colombiana, en que solicitaban la protección transitoria de sus derechos fundamentales a la vida, existencia comunitaria, medio ambiente sano, libre desarrollo de la personalidad, debido proceso y derecho a la participación de los pueblos indígenas en las decisiones que los afectan, que estaban siendo quebrantados por los accionados (Presidencia de la República, Ministerio del Interior, Ministerio de Ambiente, el Consejo Nacional de Estupefacientes, la Dirección Nacional de Estupefacientes y el director de la Policía Nacional), al ordenar y autorizar la fumigación de cultivos ilegales con glifosato en sus territorios sin surtir el procedimiento de consulta, con lo cual se ocasionaba un daño ambiental considerable en sus territorios.

En este caso la Corte Constitucional, tras hacer un recuento del derecho internacional existente y del desarrollo normativo y jurisprudencial del derecho de los pueblos indígenas y tribales a la consulta previa, afirmó de manera contundente

---

165 Corte Constitucional colombiana, sentencia T-634 del 30 de agosto de 1999, MP Alejandro Martínez.

166 Véase por ejemplo: Corte Constitucional colombiana, sentencias T-652 del 10 de noviembre de 1998 y T-169 del 14 de febrero de 2001, MP Carlos Gaviria Díaz.

167 Corte Constitucional colombiana, sentencia SU-383 del 13 de mayo de 2003, MP Álvaro Tafur Galvis.

que el Convenio 169 de la OIT y concretamente el derecho de los pueblos indígenas y tribales a la consulta previa forman parte del bloque de constitucionalidad, en virtud de lo dispuesto por los artículos 93 y 94 de la Carta Política; así mismo, consideró que el derecho de los pueblos indígenas a ser consultados previamente sobre las decisiones administrativas y legislativas que los afecten directamente es la medida de acción positiva que la comunidad internacional recomienda para combatir la discriminación racial; que el mecanismo de la consulta previa y el derecho de participación de los pueblos indígenas, como acción concreta y específica de participación, obligan al Estado colombiano porque el artículo 6.º del Convenio 169, aprobado por la Ley 21 de 1991, dispone que los pueblos indígenas y tribales tienen derecho a ser consultados *previamente* sobre las decisiones y medidas administrativas y legislativas que los afecten, sin restricciones.

Por otra parte, afirmó que el derecho de los pueblos indígenas y tribales a ser consultados no es un asunto de interés particular, y que en el Estado social de derecho los derechos fundamentales no pueden ser desconocidos bajo la afirmación vaga e imprecisa de que "se preserva el interés general"; y puntualizó que la consulta previa es el mecanismo que permite ponderar los intereses de los pueblos indígenas en conflicto con intereses colectivos de mayor amplitud, con el fin de establecer cuál de ellos tiene mayor legitimación.

Con fundamento en lo anterior, la Corte decidió tutelar los derechos fundamentales a la diversidad e integridad étnica y cultural, a la participación y al libre desarrollo de la personalidad de los pueblos indígenas y tribales de la Amazonía colombiana, mediante la realización de una consulta efectiva y eficiente sobre las decisiones atinentes al Programa de Erradicación de Cultivos Ilícitos que se adelantaba en sus territorios; y, por primera vez, ordenó además que si adelantadas las consultas de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias no se lograba el consentimiento de los pueblos consultados, las entidades accionadas deberían evaluar la gravedad de las lesiones individuales y colectivas que se causaran con las medidas, con el fin de implementarle al Programa los correctivos necesarios para salvaguardar a las personas, sus bienes, instituciones, trabajo, cultura y territorio.

A partir del año 2008, el tribunal constitucional colombiano emitió numerosos pronunciamientos de mayúscula importancia[168], que fueron retomados,

---

168 Corte Constitucional colombiana, sentencias T-880 del 26 de octubre de 2006, MP Álvaro Tafur Galvis; C-030 del 23 de enero de 2008, MP Rodrigo Escobar Gil; C-461 del 14 de mayo de 2008, MP Manuel José Cepeda; C-175 del 18 de marzo de 2009, MP Luis Ernesto Vargas; T-769 del 29 de octubre de 2009, MP Nilson Pinilla; C-063 del 4 de febrero de 2010, MP Humberto Sierra; T-547 del 1.° de julio de 2010, MP Gabriel Eduardo Mendoza; T-129 del 3 de marzo de 2011, MP Jorge

reiterados y organizados en su totalidad en la sentencia SU-123 de 2018, fallo que se tomará aquí como base para sintetizar y analizar todos los aspectos relevantes que hasta hoy han alimentado el contenido, las características, la naturaleza jurídica, el ámbito de aplicación, las reglas y metodología de la consulta previa.

Esta sentencia se profirió con ocasión de la acción de tutela promovida por el cabildo de la comunidad indígena Awá La Cabaña, que consideraba vulnerados sus derechos a la identidad étnica y la consulta previa en conexidad a su integridad y pervivencia, por la expedición de una licencia ambiental para la exploración y explotación de hidrocarburos en su territorio, ubicado en Puerto Asís (Putumayo), sin haberse llevado a cabo la respectiva consulta. En este caso la Corte Constitucional, al resolver el problema jurídico expuesto, aprovechó para sistematizar y armonizar la jurisprudencia existente hasta el momento en materia de consulta previa y su concepto, alcance, características, requisitos, etapas, trámite, consentimiento previo, medidas administrativas y legislativas, concepto de *afectación directa* y demás características de esta figura.

En primer lugar, la Corte se refirió a su naturaleza y fundamento normativo e indicó que se trata de un derecho fundamental basado en la defensa de los pueblos indígenas, en la eliminación de las exclusiones históricas que han padecido y en la participación como presupuesto indispensable para garantizar los demás derechos e intereses de las comunidades, empezando por su pervivencia; fundamentos por los que, por un lado, se convierte en irrenunciable y, por el otro, les impone obligaciones tanto al Estado como a los particulares. Este derecho implica que las comunidades indígenas deban ser consultadas sobre cualquier decisión legislativa o administrativa que las afecte directamente, y propende a

---

Iván Palacio; T-693 del 23 de septiembre de 2011 y C-882 del 23 de noviembre del mismo año, MP Jorge Ignacio Pretelt; C-336 del 4 de mayo de 2011, MP Jorge Ignacio Pretelt; C-395 del 30 de mayo de 2012, MP Gabriel Eduardo Mendoza; C-489 del 27 de junio de 2012, MP Adriana María Guillén; T-376 del 18 de mayo de 2012, MP María Victoria Calle; C-068 del 13 de febrero de 2013, MP Luis Guillermo Guerrero; T-384A del 17 de junio de 2014, MP Gabriel Eduardo Mendoza; T-462A del 8 de julio de 2014, MP Jorge Ignacio Pretelt; T-969 del 15 de diciembre de 2014, MP Gloria Stella Ortiz; T-256 del 5 de mayo de 2015, MP Martha Victoria Sáchica; T-661 del 23 de octubre de 2015, MP María Victoria Calle; T-005 del 19 de enero de 2016, MP Jorge Iván Palacio (esta sentencia será analizada a fondo en el capítulo tercero por ser muy importante para la comunidad iku); T-436 del 12 de agosto de 2016, MP Alberto Rojas Ríos; T-530 del 27 de septiembre de 2016, MP Luis Ernesto Vargas Silva; C-389 del 27 de julio de 2016, MP María Victoria Calle; T-080 del 7 de febrero de 2017, MP Jorge Iván Palacio; SU-217 del 18 de abril de 2017, MP María Victoria Calle; C-017 del 21 de marzo de 2018, MP Diana Fajardo Rivera; T-103 del 23 de marzo de 2018, MP Alberto Rojas Ríos; T-307 del 27 de julio de 2018, MP Luis Guillermo Guerrero; T-479 del 11 de diciembre de 2018, MP José Fernando Reyes. Existen muchos otros pronunciamientos relativos a la consulta previa, pero se citan estos por considerarlos como los más significativos al respecto y constitutivos del desarrollo del contenido de este derecho.

que éstas estén dotadas de pleno conocimiento sobre las medidas que puedan afectarlas directamente y puedan participar en ellas.

En cuanto al fundamento constitucional de la consulta previa, el alto tribunal afirmó que éste se desprende del hecho de que Colombia se constituye como una república democrática, participativa y pluralista (CP art. 1.º), que reconoce y protege la diversidad étnica y cultural como un valor constitucional (CP arts. 7.º y 70) y que las comunidades étnicas gozan de plenos derechos constitucionales fundamentales; además de que la Constitución reconoce la autodeterminación de los pueblos indígenas en sus territorios (CP art. 330), por lo cual Colombia es un Estado multicultural y multiétnico, y la consulta previa es un instrumento y un derecho fundamental para amparar esos principios constitucionales, y recordó que la Corte ha establecido que "la participación de las comunidades indígenas en las decisiones que puedan afectarlas [...] a través del mecanismo de la consulta, adquiere la connotación de derecho fundamental, pues se erige en un instrumento que es básico para preservar la integridad étnica, social, económica y cultural de las comunidades de indígenas y para asegurar, por ende, su subsistencia como grupo social"[169].

Además, la Corte reiteró que el derecho a la consulta previa se incorpora también por la vía del bloque de constitucionalidad y de varios instrumentos del derecho internacional de los derechos humanos, dentro de los cuales se destacan el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, el Pacto Internacional sobre los Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales y la Convención Americana sobre Derechos Humanos[170], instrumentos vinculantes para el Estado colombiano, así como la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los Pueblos Indígenas, que, aunque no es vinculante, constituye un instrumento clave en cuanto al contenido de este derecho fundamental.

Acto seguido la Corte pasó al análisis de los principios que orientan la forma de realización de las consultas, con base en lo establecido en algunas sentencias anteriores[171]. Lo primero que se reiteró es que el objetivo de la consulta previa es intentar genuinamente lograr un acuerdo con las comunidades indígenas sobre la implementación de medidas que las afecten directamente (normas, políticas,

---

169 Corte Constitucional colombiana, sentencia T-039 de 1997, MP Antonio Barrera Carbonell.

170 Corte Constitucional colombiana, sentencia SU-383 del 13 de mayo de 2003, MP Álvaro Tafur Galvis.

171 Corte Constitucional colombiana, sentencias T-129 del 3 de marzo de 2011, MP Jorge Iván Palacio; C-389 del 27 de julio de 2016, MP María Victoria Calle; SU-133 del 28 de febrero de 2017, MP Luis Ernesto Vargas; SU-217 del 18 de abril de 2017, MP María Victoria Calle; y T-103 del 23 de marzo de 2018, MP Alberto Rojas Ríos, entre otras.

planes, programas, exploración y explotación de recursos, etc.); y que el principio de buena fe debe guiar toda la actuación de las partes: la buena fe es condición imprescindible para el entendimiento y confianza entre ellas y, por ende, para la eficacia de la consulta y para la participación efectiva de las comunidades. La participación activa de estas implica que no es válida la simple notificación de la medida o a la celebración de reuniones informativas, sino que se requiere que el punto de vista de los pueblos tenga incidencia en la decisión que se adopte. Una de las medidas con las cuales se puede ver la buena fe de las autoridades y de los particulares es el establecimiento previo del procedimiento que se va a seguir para la realización de la consulta, es decir, de las etapas y fases en las que ésta se va a desarrollar, y esto debe fijarse en una fase de preconsulta[172].

En segundo lugar, la Corte señaló que la consulta constituye un proceso de diálogo intercultural entre iguales, en el entendido de que ni los pueblos indígenas tienen un derecho de veto que les permita bloquear todas las decisiones estatales, ni el Estado o los particulares, según el caso, tienen derecho a imponer sus medidas sobre los pueblos indígenas[173]. En la práctica, éstos no suelen tener un igual poder al de los particulares o al del Estado y usualmente se encuentran en una situación de desventaja; sin embargo, el Estado tiene el deber de tomar las medidas compensatorias necesarias para reforzar la posición de estos pueblos en los procesos de consulta previa para que efectivamente opere ese diálogo intercultural entre iguales.

En tercer lugar, para el alto tribunal la consulta debe ser flexible, de manera que se adapte a las necesidades de cada caso concreto y a la diversidad de los pueblos indígenas y se dirija a prevenir afectaciones sin que se pueda simplemente alegar el interés general para desconocer los derechos de aquellos[174]. La consulta, además, no puede equipararse con un proceso adversarial en el que las autoridades tienen intereses contrapuestos a los de las comunidades, sino que debe haber un diálogo intercultural[175].

Y, para la Corte, la consulta debe ser informada, por lo cual no puede tratarse de un asunto de mero trámite formal sino de un esfuerzo genuino del Estado y los particulares implicados por conocer las perspectivas de los pueblos afectados y por efectivamente lograr un acuerdo con base en información adecuada y suficiente. La consulta jamás debe equiparase a un mero trámite que hay que

---

172 Aspecto abordado, entre otras, en las sentencias SU-039 de 1997, T-376 de 2012 y T-550 de 2015.

173 Corte Constitucional colombiana, sentencia T-704 del 13 de diciembre de 2016, MP Luis Ernesto Vargas.

174 Corte Constitucional colombiana, sentencia C-175 del 18 de marzo de 2009, MP Luis Ernesto Vargas.

175 Corte Constitucional colombiana, sentencia T-547 de 2010.

agotar antes de iniciar un proyecto[176]. Además, durante su desarrollo se deben poner de presentes todas y cada una de las consecuencias, positivas y negativas, que se derivarán del proyecto o medida, todas las actividades que se van a realizar y todos los daños que ellas puedan causar.

Posteriormente se abordó el tema de la procedencia de la consulta previa y se esclareció el concepto de *afectación directa*. Se indicó que para determinar qué debe consultarse a las comunidades étnicas la jurisprudencia constitucional ha precisado, de conformidad con el Convenio 169 de la OIT y con los desarrollos del derecho internacional, que deben consultarse las medidas legislativas y administrativas que tengan la capacidad de impactarlas directamente[177]. El presupuesto clave para la activación del deber de consulta previa es entonces que una determinada medida sea susceptible de afectar directamente a una comunidad, lo que se ha denominado *afectación directa*, y cuyo contenido ha sido delimitado por el Convenio 169 de la OIT, por la legislación interna y por la jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos[178].

Se ha definido entonces la *afectación directa* como el impacto positivo o negativo que puede tener una medida administrativa sobre las condiciones sociales, económicas, ambientales o culturales que constituyen la base de una determinada comunidad étnica[179]. Entre otros, existe afectación directa cuando (1) se perturban sus estructuras sociales, espirituales, culturales, en salud y ocupacionales; (2) existe un impacto sobre las fuentes de sustento ubicadas dentro de su territorio; (3) se imposibilita realizar los oficios de los que derivan el sustento y (4) se produce un reasentamiento de la comunidad en otro lugar distinto de su territorio; (5) cuando una política, un plan o proyecto recaigan sobre cualquiera de sus derechos; (6) cuando la medida se oriente a desarrollar el Convenio 169 de la OIT; (7) cuando se imponen cargas o atribuyen beneficios a una comunidad que modifiquen su situación o posición jurídica; (8) o por la interferencia en los elementos definitorios de su identidad o cultura. De este modo, se deben consultar todas las decisiones administrativas relacionadas con proyectos de desarrollo como licencias ambientales, contratos de concesión, concesiones mineras, etc.; presupuestos y proyectos de inversión; y decisiones sobre proyectos para la prestación de servicios como la salud, la educación y la prestación de servicios públicos que afecten directamente a las comunidades.

---

176 Sentencias C-891 de 2002, C-389 de 2016, SU-039 de 2003 y T-769 de 2009.

177 Corte Constitucional colombiana, sentencias SU-383 de 2003, C-030 de 2008, C-075 de 2009, C-175 de 2009, T-661 de 2015, T-226 de 2016, T-080 de 2017, T-236 de 2017 y SU-217 de 2017.

178 Corte Constitucional colombiana, sentencia SU-217 del 18 de abril de 2017, MP María Victoria Calle.

179 Corte Constitucional, sentencias T-733 de 2017, T-236 de 2017, T-080 de 2017, SU-217 de 2017.

Y en cuanto a las medidas legislativas o de orden general, la Corte ha señalado que la consulta previa procede si éstas afectan con especial intensidad o de manera diferenciada y específica a los pueblos indígenas. En este sentido, la sentencia C-075 de 2009 destacó que en principio "las leyes, por su carácter general y abstracto, no generan una afectación directa de sus destinatarios", por lo cual, en general, no procede la consulta previa frente a ellas; sin embargo, ésta será necesaria "cuando la ley contenga disposiciones susceptibles de dar lugar a una afectación directa a una o varias comunidades". Esto significa que no toda medida legislativa que de alguna manera concierna a los pueblos indígenas está sujeta al deber de consulta, pero sí lo está cualquiera que comporte una afectación directa y específica para ellos[180/181].

Por otra parte, la Corte aclaró que teniendo en cuenta que la consulta previa es constitucionalmente exigida cuando una medida puede afectar directamente a un grupo étnico, debe analizarse también el grado de intensidad de la afectación. Esto, por cuanto hay afectaciones mínimas que les confieren un cierto derecho de participación a los pueblos indígenas como a cualquier otro ciudadano, hay otras, directas, que implican el derecho a la consulta previa, y hay otras, directas y que comprometen la existencia de la comunidad, que requieren de la obtención del consentimiento previo libre e informado de la comunidad en cuestión. Esta diferenciación se hace con base en el principio de proporcionalidad que debe reinar entre los derechos de los pueblos indígenas, los derechos de los demás y el interés general.

De este modo, cuando la medida no afecte directamente al pueblo étnico, la participación corresponderá al estándar de intervención básico que se relaciona con la inclusión de las comunidades en los órganos decisorios nacionales o con la mediación de sus organizaciones en cualquier escenario que les interese[182].

Cuando la medida sea susceptible de afectación directa, se aplican todas las reglas de deliberación con las comunidades tradicionales, conforme al derecho a la consulta previa y con el propósito genuino de llegar a un acuerdo informado y de buena fe, y si el acuerdo no se logra, la administración deberá implementar la medida pero con base en los principios de razonabilidad y proporcionalidad[183].

---

180 En este punto vale la pena aclarar que el concepto de afectación directa es distinto al de área de influencia de un proyecto que corresponde técnicamente al impacto de un proyecto de exploración y explotación de hidrocarburos sobre un espacio geográfico específico.

181 Algunos ejemplos de medidas legislativas que han tenido que ser consultadas con las comunidades indígenas son el Código de Minas (sentencias C-891 de 2012 y C-336 de 2011), Ley Forestal de 2006 (sentencia C-030 de 2008), Sistema General de Regalías (C-317 de 2012 y C-068 de 2013).

182 Corte Constitucional, sentencias T-236 de 2017 y T-298 de 2017.

183 Corte Constitucional colombiana, sentencia C-389 de 2016.

Por último, cuando la medida genere una afectación directa intensa, es decir, cuando amenace la subsistencia de la comunidad tradicional, su ejecución requiere del consentimiento previo, libre e informado de ella y, en caso de no obtenerse, prevalecerá la protección de la comunidad en cuestión y no se implementará la medida. La exigencia del consentimiento previo, libre e informado se da en tres casos excepcionales definidos por el derecho internacional y adoptados por la jurisprudencia colombiana[184], que son: (1) el traslado o reubicación del pueblo indígena o tribal de su lugar de asentamiento[185]; (2) el almacenamiento o depósito de materiales peligrosos o tóxicos en sus territorios[186] y (3) las medidas que impliquen un alto impacto social, cultural y ambiental que pone en riesgo su subsistencia[187].

En esta materia, el alto tribunal reiteró que ante la persistencia de cierta confusión en torno a la regla según la cual no existe derecho de veto por parte de las comunidades indígenas, y aquella que exige el consentimiento frente a las decisiones que los afectan directa e intensamente, debe aclararse que no existe derecho de veto en los casos generales de consulta previa, acompañada de la ausencia de arbitrariedad, de razonabilidad y de proporcionalidad en las medidas estatales; sin embargo, en los casos especiales y excepcionales en que los ordenamientos jurídicos nacional e internacional exigen el consentimiento, una medida no podrá adelantarse sin el acuerdo de las comunidades[188/189].

---

184 Corte Constitucional colombiana, sentencias T-129 de 2011 y T-769 de 2009.

185 Corte Constitucional colombiana, sentencia T-256 de 2015.

186 Corte Constitucional colombiana, sentencia T-129 de 2011.

187 Corte Constitucional colombiana, sentencias T-129 de 2011, T-376 de 2012, C-068 de 2013, T-766 de 2015, C-371 de 2014, T-969 de 2014, T-197 de 2016, T-766 de 2015, T-764 de 2015, T-661 de 2015, T-550 de 2015 y T-256 de 2015.

188 El Espectador, 5 de agosto de 2016, en [www.elespectador.com/noticias/medio-ambiente/dejemos-de-hacer-mineria-contra-personas-rodrigo-negret-articulo-647534]: "[…] En un comunicado se anunciaba una nueva sentencia (C-389) que le puede cambiar la cara a la manera como se viene haciendo esa actividad en el país. ¿Por qué? Porque, explica Negrete, el Gobierno ya no podrá seguir otorgando títulos mineros sin garantizar antes la idoneidad de quienes los pidan, y tampoco sin asegurar la participación ciudadana. En conversación con este diario, este exasesor jurídico del Ministerio de Ambiente, asegura que la sentencia deja en firme que los municipios pueden decidir si quieren o no minería en su territorio. Dice, además, que aunque hay que esperar el fallo en su totalidad, para él en Colombia ahora existe una moratoria minera. 'Es decir que no se pueden otorgar títulos mineros hasta tanto se cumpla con los mandatos de la Corte: llegar a un acuerdo con los municipios garantizando el derecho de participación de las comunidades locales y garantizando el proceso de consulta previa con las comunidades étnicas. Se debe respetar el consentimiento libre y su propiedad sobre sus territorios colectivos'. […]"
Véase también [http://lasillavacia.com/silla-llena/red-rural/historia/la-corte-constitucional-un-actor-determinante-y-activista-en-la]: La Corte Constitucional: un actor determinante y activista en la política minera. La sentencia C-398/16, proferida hace unos días, impone una serie de obligaciones para las autoridades administrativas en materia minera y reafirma el activismo de la Corte en este tema.

En cuanto al deber de realización de la consulta previa en los casos en que sea necesaria, la Corte indicó que la responsabilidad esencial le corresponde al Estado, que debe no solo respetar el derecho a la consulta previa en sus actuaciones, sino también proteger y garantizar ese derecho de los pueblos indígenas frente a las actuaciones de los particulares. Esto significa que es deber del Estado tomar todas las medidas necesarias para amparar ese derecho, lo cual incluye, entre otras, una adecuada demarcación de sus territorios y la existencia de una institucionalidad capaz de asegurar que las consultas sean realizadas en debida forma en aquellos casos exigidos por la Constitución y la ley.

Afirmó la Corte que la mejor forma de compatibilizar el derecho irrenunciable a la consulta previa con la importancia de lograr seguridad jurídica y proteger la confianza legítima de los inversionistas que quieren desarrollar proyectos de inversión es que exista una demarcación adecuada de los territorios étnicos y que el Estado esté dotado de una institucionalidad que permita que una autoridad competente certifique con todo rigor que la consulta fue debidamente realizada o que no se requería frente a un determinado proyecto. Y es en este campo donde se han presentado muchos de los problemas, porque, por un lado, la demarcación de los territorios étnicos es totalmente insuficiente, tal y como ya se vio, y, por otro, porque las certificaciones expedidas por la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior en cuanto a presencia o no de grupos indígenas en un determinado territorio suelen estar equivocadas[190], asunto en el que vale la pena ahondar un poco.

La primera dificultad radica en que la mencionada dirección es débil tanto en lo administrativo como en lo financiero y en que no tiene la suficiente independencia técnica para cumplir adecuadamente con sus funciones. A raíz de esto, han sido innumerables los casos en que ha certificado equivocadamente que no existen grupos étnicos en territorios en donde efectivamente sí están presentes, y esto ha llevado a que no se hayan realizado miles de consultas previas que sí tenían que realizarse. Estas situaciones afectan gravemente los derechos de las comunidades indígenas y generan inseguridad jurídica para los inversionistas. En este caso la Corte concluyó que es necesario fortalecer la capacidad insti-

---

189 En el año 2016 la prensa se pronunció frente a la situación que se viene presentando hace unos años en materia de legislación ambiental y minera principalmente: se expiden leyes que no se consultan con las comunidades afectadas, éstas se demandan y la Corte Constitucional las declara inexequibles, lo que genera una enorme inestabilidad jurídica y altísimos costos para el sistema. Al respecto véase El Espectador, 11 de noviembre de 2016, en [www.elespectador.com/opinion/editorial/gobierno-instancia-prejudicial-articulo-640161].

190 Un par de ejemplos pueden hallarse en las sentencias T-693 de 2011 o T-298 de 2017, entre otras.

tucional del Estado en esta materia y exhortó al Gobierno y al Congreso a que tomen las medidas institucionales pertinentes para crear una institucionalidad sólida e independiente en relación con la expedición de las certificaciones de presencia o no de comunidades en los diferentes territorios. Indicó además que la Dirección de Consulta Previa debe apoyarse, siempre que sea necesario, en las entidades territoriales, las corporaciones regionales y a las instituciones académicas, culturales o investigativas especializadas, como el Instituto Colombiano de Antropología e Historia o el Instituto Geográfico Agustín Codazzi, para contar con toda la información antes de emitir la certificación.

La segunda dificultad consiste en que dicha certificación tiene como objetivo establecer si en el área de interés del proyecto, obra o actividad que pretende desarrollar una empresa se registra o no la presencia de una comunidad étnica sobre la cual se debería garantizarse el derecho fundamental a la consulta previa. De acuerdo con el artículo 3.º del Decreto 1320 de 1998, le corresponde al Ministerio del Interior –Dirección de Consulta Previa– adelantar el procedimiento de verificación de la presencia de las comunidades indígenas y afrodescendientes en el área de influencia directa del proyecto, obra o actividad. Sin embargo, para determinar la procedencia de la consulta previa no es suficiente la constatación de la presencia de comunidades étnicas en el área de influencia de un proyecto, obra o actividad, ya que el criterio adecuado e indispensable para establecer la aplicación o no de la consulta previa es el de afectación directa.

Lo anterior, porque los estudios técnicos en los que se basa el concepto de *área de influencia* no se refieren a los impactos ambientales, a la salud, culturales, sociales o espirituales que pueden ocasionarse sobre los pueblos indígenas que se encuentran en el territorio respectivo, entendido éste en sentido amplio. En otras palabras, el concepto de *área de influencia* no establece toda la afectación directa ni la comprende, pues no tiene ese propósito, a diferencia del de *afectación directa*, ya ampliamente definido[191].

Así, la Corte manifestó que, con el fin de eliminar la inseguridad jurídica en esta materia, la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior debe interpretar su competencia conforme a los principios constitucionales relativos al derecho a la consulta previa de los pueblos étnicos, por lo cual no debe limitarse a señalar la presencia o ausencia de dichos pueblos dentro del territorio

---

191 Corte Constitucional colombiana, sentencia SU-217 de 2017. Ejemplos de casos de certificaciones erróneas emitidas por la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior pueden encontrarse en las sentencias T-880 de 2006, T-547 de 2010, T-693 de 2011, T-284 de 2014, T-849 de 2014, T-549 de 2015, T-436 de 2016 y T-298 de 2017.

correspondiente al área de afectación del proyecto, sino que debe incorporar dentro de los certificados que expida un estudio particular y expreso sobre la posible afectación directa que pueda causar el proyecto, obra o actividad a las comunidades étnicas con independencia de la limitación del área de influencia. Y afirmó que la Defensoría del Pueblo y la Procuraduría General de la Nación, en ejercicio de sus funciones constitucionales y legales, en el trámite de certificación de presencia de comunidades étnicas, están facultadas para advertir las omisiones en que incurra la Dirección en el deber de identificación de la posible afectación directa de una determinada comunidad.

Tal y como se dijo anteriormente, si bien la responsabilidad esencial frente a la consulta previa es del Estado, los particulares y especialmente las empresas también tienen deberes frente a este derecho fundamental. Esta conclusión deriva no solo del efecto frente a terceros que tienen los derechos fundamentales en el ordenamiento constitucional colombiano sino también en el reconocimiento por el derecho internacional de los derechos humanos de que las empresas tienen ciertas obligaciones frente a los derechos humanos, que no son equivalentes a las de los estados pero que también son relevantes.

En este punto la Corte afirmó que existen referentes normativos internacionales que obligan a las empresas a cumplir con el deber de debida diligencia frente a los derechos humanos, incluidos los de los pueblos indígenas. Algunos de estos referentes son, en primer lugar, la Declaración de Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos avalados por el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas, según los cuales las empresas deben respetar los derechos humanos, actuando con la debida diligencia para no vulnerarlos, y deben reparar los daños causados si incurren en violaciones.

En segundo lugar, la Observación General número 24 del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales, en la que se indica que el Estado debe velar por que las actividades empresariales en los pueblos indígenas no afecten la tierra, los recursos, los territorios, el patrimonio cultural, los conocimientos tradicionales ni la cultura de los pueblos indígenas, para lo cual las empresas deben seguir el estándar de diligencia debida en materia de derechos humanos, celebrar las respectivas consultas y cooperar de buena fe con los pueblos indígenas interesados hasta obtener su consentimiento.

Y el Relator Especial para los Derechos Humanos y las Libertades de los Pueblos Indígenas ha señalado el deber que tienen los estados y las empresas de seguir los parámetros mínimos de debida diligencia para la garantía de los derechos de las comunidades indígenas, en particular la consulta previa. Específicamente, según los informes del Relator, existen dos tipos de responsabilidades: (a) los deberes generales y (b) la configuración del estándar mínimo de

la protección de las comunidades indígenas (estándar de debida diligencia). En todo caso, para la definición de estos asuntos son determinantes (1) el deber de debida diligencia en el reconocimiento, (2) el deber de diligencia sobre las tierras, los territorios y los recursos naturales, y (3) el deber de diligencia en consultar, todos incorporados en el referido informe[192].

Para la Corte estos parámetros son referentes razonables para valorar la actuación de las empresas en relación con el deber de desarrollar la consulta previa. Lo anterior, teniendo en cuenta que los pronunciamientos de las instancias internacionales son un criterio hermenéutico relevante para establecer el sentido de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales[193]. Con base en estos parámetros es posible determinar si se vulneró el derecho a la consulta previa de una comunidad para luego valorar la posibilidad de ordenar las reparaciones y sanciones correspondientes, de haber lugar a ellas.

Otro de los asuntos fundamentales que trató la Corte en esta sentencia fue el de las consecuencias de los acuerdos y desacuerdos producto de las consultas previas. Una vez ésta se ha realizado, existe la obligación de materializar y cumplir los acuerdos protocolizados y pactados, ya que esta es la única forma de garantizar la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de las comunidades respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones y sus instituciones[194].

Sin embargo, no siempre se logran solo acuerdos, y para estos casos se han esbozado algunas reglas. En esos eventos el Estado tiene la posibilidad de continuar con la realización del proyecto o medida, siempre y cuando, su decisión (1) esté desprovista de arbitrariedad; (2) esté basada en criterios de razonabilidad, proporcionalidad y objetividad respecto del deber de reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural de la Nación; (3) tome en consideración, hasta donde sea posible, las posiciones expresadas por el pueblo étnico comprometido durante la consulta; (4) respete los derechos sustantivos de los pueblos indígenas reconocidos en la Constitución y en el Convenio 169 de la OIT; y (5) prevea mecanismos ajustados para la atenuación de los efectos desfavorables que pueda producir la medida o proyecto[195].

---

192 Organización de las Naciones Unidas, Asamblea General, Informe del Relator Especial para los Derechos de los Pueblos Indígenas, informes A/HRC/15/37 del 19 de julio de 2010 y A/HRC/21/47 del 6 de julio de 2012, presentados por el Relator Especial para los Derechos Humanos y las Libertades de los Pueblos Indígenas, en los periodos de sesiones 15.º y 21.º.

193 Corte Constitucional colombiana, sentencia SU-123 de 2018.

194 Corte Constitucional colombiana, sentencia T-002 de 2017.

195 Corte Constitucional colombiana, sentencias T-745 de 2010 y C-175 de 2009.

Se recordó en todo caso que cuando la intensidad de la afectación al pueblo indígena requiera que haya consentimiento previo libre e informado, sin éste no se podrá implementar la medida ni iniciar el proyecto. Sin embargo, en casos muy excepcionales, como puede ser la necesidad de relocalizar un pueblo para prevenir o mitigar un desastre natural, la medida podrá ser implementada sin el consentimiento de los pueblos, pero el Estado deberá en todo caso garantizar los derechos fundamentales y la supervivencia física y cultural de las comunidades étnicas afectadas y deberá realizar las correspondientes reparaciones e indemnizaciones.

En materia de licencias ambientales, la Corte reiteró su jurisprudencia al respecto[196], y ratificó que el juez constitucional tiene la obligación de dictar remedios judiciales eficaces para garantizar los derechos vulnerados, y que la principal medida para salvaguardar el derecho a la consulta previa es disponer su celebración con la observancia de todos los criterios fijados en la jurisprudencia, así como dejar sin efectos los certificados del Ministerio o disponer la modificación o suspensión de las licencias ambientales concedidas sin consulta previa.

En este último caso es donde se presentan las disputas más complejas ya que la orden de suspender proyectos genera una tensión evidente entre el ámbito de protección de los derechos de los pueblos indígenas y el de protección del interés general y la seguridad o el desarrollo económico. Por esta razón, se precisaron los criterios o reglas que se deben seguir antes de ordenar la suspensión en un caso determinado.

El derecho a la consulta previa debe estar en equilibrio con el interés general y la seguridad[197]. De este modo, ni la garantía de ese interés general puede llegar a menoscabar los derechos de las comunidades, de manera que estos deben protegerse a través de la consulta previa y de las medidas reparadoras y de indemnización a que haya lugar[198], ni los derechos de las comunidades pueden prevalecer sobre el interés general o la seguridad de los demás, si (1) hay afectación del interés público representado en los beneficios económicos y sociales que implican algunas actividades[199]; (2) si la suspensión conlleva desconocer los derechos de los trabajadores de las empresas que están ejecutando el proyecto o medida[200]; o (3) si la empresa afectada por la suspensión actuó de buena fe[201], entre otras. Y, en

196 La sentencia hito en materia de licencias ambientales y consulta previa es la T-462A de 2014.
197 Corte Constitucional colombiana, sentencia 298 de 2017.
198 SU-383 de 2003, T-080 de 2017 y T-236 de 2017.
199 Corte Constitucional colombiana, sentencias T-693 de 2011 y T-730 de 2016.
200 Corte Constitucional colombiana, sentencia T-730 de 2016.
201 Corte Constitucional colombiana, sentencia T-730 de 2016.

cualquier caso, se deben siempre tener en cuenta las circunstancias particulares de cada situación y de cada comunidad al momento de realizar la ponderación.

En materia de licencias ambientales, la Corte reiteró un punto muy importante y es que en aquellos eventos en los cuales no se haya llevado a cabo consulta previa porque para la época no se exigía como requisito para expedir una licencia, pero la obra o proyecto aún se está ejecutando y afecta directamente a una comunidad indígena, debe llevarse a cabo este proceso para implementar un plan de manejo ambiental encaminado a establecer medidas de prevención, mitigación, corrección y compensación junto con la comunidad afectada, con el fin de identificar los impactos ambientales, sociales, económicos y culturales y determinar las medidas necesarias.

Indicó así la Corte que a la hora de establecer el remedio judicial correspondiente y valorar las actuaciones desarrolladas en el marco de la consulta previa solo se pueden permitir limitaciones que sean constitucionalmente legítimas, es decir, que se trate de una medida necesaria para salvaguardar un interés de superior jerarquía y que se trate de la medida menos gravosa para la autonomía de las comunidades étnicas. En este sentido, se deben ponderar los siguientes elementos: (1) la posición y las propuestas de los actores, (2) el comportamiento de la empresa y si ésta tuvo la debida diligencia frente a los derechos del grupo étnico, (3) la mejor forma de garantizar los derechos fundamentales de los miembros de los pueblos indígenas, (4) la protección del interés general de la Nación colombiana a la diversidad étnica y cultural; y (5) los derechos de terceros que podrían verse afectados por la suspensión o por la continuación del proyecto[202].

Por último, la Corte esclareció en esta sentencia la cuestión de las reparaciones que se deben otorgar a los pueblos indígenas afectados por la no realización oportuna de una consulta previa o por las consecuencias de un proyecto o medida en que las haya afectado directamente y que no haya sido consultado. La consulta previa, como su nombre lo indica, debe anteceder la puesta en marcha de la medida o del proyecto que sea susceptible de afectar al pueblo indígena correspondiente, razón por la cual se ha establecido que el Estado debe definir, junto con las comunidades, el modo como se ha de realizar la consulta misma, trámite que se ha denominado "preconsulta" o consulta de la consulta[203].

Sin embargo, se han presentado muchos casos en los cuales el proyecto ya está en fase de ejecución o ya se implementó totalmente y pese a que es evidente

---

202 Corte Constitucional colombiana, sentencias SU-383 de 2003, C-175 de 2009, C-461 de 2008 y C-175 de 2009.

203 Corte Constitucional colombiana, sentencias T-129 de 2011 y T-080 de 2017.

la afectación directa, no se llevó a cabo la consulta previa. Esta situación implica una violación del derecho a la consulta previa, y el deber de su realización no desaparece ni con la iniciación ni con la terminación de aquel; de tal manera que este deber persiste después del inicio de la ejecución de la actividad, e incluso pese a su implementación total.

En el primer caso, es decir, cuando ya se ha iniciado el proyecto o la medida, la obligación de consulta persiste y debe realizarse cuanto antes, pues se trata de la vulneración de un derecho humano fundamental cuya afectación es continua en el tiempo; mientras se mantengan los actos de ejecución, existe un daño actual susceptible de amparo, ha afirmado la Corte[204]. Así mismo, en caso de existir un cambio sustancial en las condiciones del proyecto, el deber de consulta se renueva pese a que el proyecto se encuentre en desarrollo[205].

En el segundo, es decir cuando el proyecto ya ha finalizado, el deber de consulta también sigue presente y estará dirigido a buscar los remedios para reparar, recomponer y restaurar la afectación al tejido cultural, social, económico o ambiental, remedios que además deben responder exactamente a la clase de daño sufrido por la comunidad étnica. El desconocimiento del derecho a la consulta previa implica siempre un deber de reparar, por lo cual corresponde a las autoridades identificar los daños causados, las medidas de restauración y recomposición para mitigarlos y, en general, los remedios que se deban adoptar. En particular, la Corte ha señalado que esas reparaciones deben ser establecidas e implementadas con un enfoque étnico diferencial (etnorreparaciones), que tome en cuenta, entre otros, la particular identidad cultural del pueblo específico, la dimensión colectiva de las violaciones ocurridas y aquella de las medidas reparadoras correspondientes[206].

Antes de concluir este subcapítulo, vale la pena mencionar además la sentencia T-197 de 2016, que, aunque es anterior, se dejó aparte ya que se refiere específicamente al tema del daño y la reparación relacionados con las consultas previas. En un caso en el cual se concedió una licencia ambiental sin llevarse a cabo la respectiva consulta, la Corte afirmó que cuando se trata de identificar las afectaciones que pueden surgir de elementos espirituales, comunitarios, culturales y de difícil cuantificación o entendimiento surgen tensiones que en principio no pueden ser resueltas desde los conocimientos y elementos aportados

---

204 Corte Constitucional colombiana, sentencia T-547 de 2010.

205 Corte Constitucional colombiana, sentencias T-652 de 1992, SU-383 de 2003, T-693 de 2011, T-462A de 2014, T-359 de 2015, T-436 de 2016, T-080 de 2017, T-236 de 2017 y T-733 de 2017.

206 Corte Constitucional colombiana, sentencias T-236 de 2017, T-080 de 2017 y T-300 de 2017.

por el derecho, y que la consulta previa es potencialmente conflictiva debido a la subjetividad propia de determinar qué puede de afectar o no de manera directa a los pueblos indígenas y tribales. Se trata de un tema que escapa al ámbito del derecho y pasa a formar parte de la antropología, pues aquello que no afecta a una persona o a un grupo de una determinada cultura sí puede afectar a una persona o a un grupo que provengan de una cultura distinta debido a que presentan diferentes referentes cognitivos.

De lo anterior concluyó la Corte que puede comprenderse cómo los intereses de las comunidades indígenas pueden variar respecto a los del grueso de la sociedad, y trajo como ejemplo la situación en la que una persona no indígena al adentrase en un territorio étnico y divisar un árbol puede llegar a considerarlo una fuente de madera o materia prima para la construcción, mientras que un pueblo diferenciado puede mirar el mismo árbol como una deidad o un complejo elemento ecosistémico que no puede ser alterado o destruido.

Se habló aquí, por primera vez de manera más profunda, de las afectaciones y los daños espirituales causados a las comunidades indígenas por falta de consulta previa o por la realización inapropiada de ella. Citando la obra *Peritaje antropológico, justicia en clave cultural* de Esther Sánchez Botero, la Corte manifestó que cuando se analizan cuestiones étnicas a los ojos del Estado o del derecho tradicional es muy difícil encontrar o comprender la posible afectación. Así mismo, recordó que problemas como éste, ver bajo la tradición étnica lo que para el hombre occidental no se puede explicar, ya han sido abordados por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En el voto razonado del juez Cançado Trindade en el caso Comunidad Moiwana vs. Surinam, se afirmó respecto a la forma en la cual se debería compensar a una tribu indígena por tener que abandonar el sitio de descanso de sus muertos, lo siguiente:

> El daño espiritual, es una forma agravada del daño moral que tiene una implicancia directa en la parte más íntima del género humano, a saber, su ser interior, sus creencias en el destino de la humanidad y sus relaciones con los muertos […].
>
> […] A diferencia del daño moral, desde mi punto de vista, el daño espiritual no es susceptible de "cuantificar" y sólo puede ser resarcido, de manera segura, por medio de obligaciones de hacer en la forma de satisfacción (por ejemplo, honrando a los muertos en las personas de los vivos). El destino de los restos mortales de las víctimas directas, la falta de cumplimiento de los ritos fúnebres y de las ceremonias y la falta de una adecuada sepultura, desorganizó enormemente las antiguas relaciones armoniosas que tenían los N'djuka con sus muertos. El daño de las tumbas que se le causó fue, a mi ver, no sólo un problema psicológico, sino que también: un verdadero daño espiritual que afectó, gravemente, desde su comisión, no sólo a los vivos sino que a los vivos con sus muertos.

En estos casos, las cortes en general analizan las afectaciones cometidas contra las comunidades empleando exclusivamente el derecho estatal, pero no alcanzan a comprender las especiales afectaciones causadas al "espíritu" de los vivos y muertos por la actuación estatal. De este modo, afirmó la Corte que la imposibilidad de cuantificar o medir bajo una cosmovisión diferente el significado de lo sagrado o lo que no se puede ver es un aspecto particularmente complejo desde el ámbito jurídico. Sin embargo, el hecho de que se presenten estas dificultades no significa que no puedan ser examinadas por el derecho, razón por la cual conceptos como las afectaciones a elementos territoriales han empezado a ser reconocidas por las autoridades de los diferentes estados.

Se afirmó que, teniendo en cuenta lo anterior, para determinar las posibles afectaciones directas que impactan los derechos de una comunidad indígena o tribal se pueden utilizar dos estándares probatorios. Los primeros se caracterizan por ser eminentemente materiales o tangibles, mientras que los segundos pueden ser catalogados como espirituales o sagrados. Sin embargo, la gran dificultad que se presenta en determinar la afectación de los segundos es que las comunidades étnicas reconocen y valoran "realidades no existentes en su propio mundo como 'mundos posibles'. Estos innumerables 'mundos posibles' no necesariamente pueden ser probados positivamente y, sin embargo, existen en otras sociedades y son reales".

En el siguiente capítulo se ahondará en estas materias y se analizarán ejemplos concretos sucedidos dentro de la comunidad arhuaca de la Sierra Nevada de Santa Marta.

Por último, debe mencionarse que durante el 2019 la Corte Constitucional ha proferido varios pronunciamientos sobre consulta previa en los que, principalmente, ha hecho de nuevo un recuento de los aspectos principales de esta figura; un ejemplo que puede consultarse al respecto es la sentencia T-063 de 2019[207].

C. Síntesis y análisis de los principales aspectos relativos a los derechos territoriales y a la consulta previa derivados de la jurisprudencia constitucional

Tras haber identificado las sentencias más importantes proferidas por la Corte Constitucional en materia de derechos territoriales y consulta previa, puede

---

207 Otras sentencias recientes sobre la materia que pueden ser consultadas son las siguientes: T-001, T-011, T-021, T-058, T-063, T-151, C-295 y C-369 de 2019.

afirmarse que no es difícil reconstruir la línea jurisprudencial al respecto ya que ésta ha sido bastante uniforme en cuanto a la necesidad de proteger estos derechos para garantizar la integridad y supervivencia de las comunidades indígenas, salvo contadas excepciones. Sin embargo, y pese a que la Corte ha llenado de contenido estos derechos, aún es importante que la ley los reglamente y les dé el alcance correspondiente que permita su aplicación efectiva en el plano real y en términos de igualdad para todas las comunidades indígenas del país y para todos los casos, y no a partir de pronunciamientos judiciales concretos y de la necesidad de acudir a la justicia rogada.

En síntesis, en materia de derechos territoriales, la jurisprudencia ha reconocido reiteradamente, en primer lugar, que el territorio y las comunidades indígenas poseen una relación muy particular de interdependencia, en la que las segundas no pueden subsistir sin el primero, y la que, además, en ningún caso puede ser equiparada a la que se deriva de la titularidad del derecho clásico de propiedad privada, porque se trata de una propiedad colectiva en cabeza de un sujeto autónomo de derecho que es la comunidad en sí misma, y porque la dependencia para subsistir no es solo física sino además espiritual y cultural. Del reconocimiento y respeto de su territorio depende directamente la supervivencia de las comunidades indígenas en Colombia.

En segundo lugar, que el territorio indígena no puede ser reconocido en sentido estricto sino en sentido amplio. De este modo y conforme a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la materia, se ha afirmado que la titularidad de los derechos territoriales surge de la ocupación o posesión tradicional de un espacio determinado por parte de la comunidad indígena y no de la formalización del derecho de propiedad que reconoce la administración a través de un registro. Por esta razón, la relación de los pueblos indígenas con el territorio debe analizarse en cada caso particular y teniendo en cuenta las características de la comunidad, las circunstancias en que ésta se encuentra, y la posibilidad de que el grupo mantenga el vínculo con la tierra; vínculo que puede expresarse con la presencia tradicional del pueblo o con sus lazos espirituales o ceremoniales, sus asentamientos, sus cultivos ocasionales, y el uso de recursos naturales ligados a sus costumbres.

Con base en estos criterios, la jurisprudencia constitucional ha reconocido dos conceptos de *territorio*: el geográfico, que comprende el espacio reconocido legalmente por parte del Estado bajo la figura del resguardo o la entidad territorial indígena; y el territorio amplio, que incluye las zonas que habitualmente ha ocupado la comunidad indígena, así como los lugares en donde tradicionalmente ha desarrollado sus actividades sociales, económicas, espirituales o culturales. La noción de *territorio amplio* implica posibilidades complejas, por

eso para determinar el alcance de este territorio amplio y si procede la consulta previa por efecto de la posibilidad de afectación directa por una determinada medida, las autoridades deben tomar en consideración en el caso concreto los elementos económicos, culturales, ancestrales, espirituales que vinculan a un pueblo étnico a un determinado espacio como soporte material de su existencia y diversidad cultural[208].

En este punto se debe tener en cuenta el principio de proporcionalidad, es decir, los derechos de los pueblos indígenas sobre su territorio amplio no tienen el mismo alcance que aquellos tienen en el territorio geográfico. Por consiguiente, no toda medida que pueda tener algún impacto en el territorio amplio de un pueblo étnico implica automáticamente que exista una afectación directa que haga exigible la consulta previa, y será necesario que en cada caso concreto las autoridades determinen si la medida implica realmente una afectación directa.

La jurisprudencia ha explicado que el territorio es un criterio para determinar la afectación de una comunidad e identificar la procedibilidad de la consulta previa, para lo cual se debe tener en cuenta lo siguiente:

(1) El territorio de las comunidades se define con parámetros geográficos y culturales; sin embargo, no puede perderse de vista que esa franja se extiende a los lugares donde se realizan prácticas religiosas o culturales.

(2) La ausencia de reconocimiento oficial del derecho de propiedad de una comunidad sobre un territorio es insuficiente para que el Estado o un privado se nieguen a consultar una medida con una comunidad étnica. La propiedad colectiva se funda en la posesión ancestral, de manera que el reconocimiento estatal no es constitutivo y la tardanza o la imposición de trámites irrazonables para la obtención de ese reconocimiento constituyen, en sí mismas, una violación al derecho[209].

(3) La interferencia que padecen los grupos étnicos diferenciados en sus territorios comprende las zonas que se encuentran tituladas, habitadas y exploradas y todas aquellas franjas que han sido ocupadas ancestralmente y que constituyen el ámbito tradicional de sus actividades sociales, económicas, religiosas y espirituales.

En tercer lugar, la jurisprudencia constitucional ha afirmado que el derecho de propiedad colectiva sobre el territorio en sentido amplio comprende también el uso y goce de los recursos naturales que allí se encuentren. Esto quiere decir que además de que las comunidades pueden explotarlo y servirse de él según

---

208 Corte Constitucional colombiana, sentencia SU-123 de 2018.

209 Corte Constitucional colombiana, sentencias T-372 de 2012, T-693 de 2012, T-698 de 2011, T-993 de 2012, T-657 de 2013 y T-172 de 2013.

sus usos y costumbres, deben además ser consultadas, mediante el mecanismo de la consulta previa, frente a cualquier proyecto o iniciativa estatal o privada relacionada con la exploración y explotación de aquellos; además, en todo caso y aun cuando se haya realizado la consulta, la exploración y explotación de recursos naturales en territorios indígenas debe siempre realizarse sin desmedro de su integridad cultural, social y económica. En este punto debe aclararse en todo caso que este derecho sobre los recursos naturales debe ejercerse dentro del marco de la Constitución y el respeto a la integridad territorial del Estado, teniendo en cuenta la titularidad de este sobre el suelo, el subsuelo y sus recursos.

Por último, la jurisprudencia constitucional ha reconocido y defendido la importancia de los resguardos como garantía de supervivencia de las comunidades indígenas. En este sentido, no solo le ha otorgado a esta figura la protección que le corresponde, sino que además ha reiterado el deber que tiene el Estado de reconocer, demarcar, titular y entregar los territorios de propiedad colectiva a las comunidades bajo la figura del resguardo; y en términos temporales razonables y sin la exigencia de trámites excesivos. Además, ha establecido que es deber del Estado identificar los territorios de propiedad ancestral y hacer valer esos derechos frente a terceros mediante las certificaciones de presencia de comunidades indígenas expedidas por la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior.

En lo que tiene que ver con la consulta previa, la Corte Constitucional ha fijado los siguientes conceptos, principios y reglas en la materia.

La consulta previa es un derecho fundamental que protege la pervivencia, integridad y diversidad los pueblos indígenas y tiene carácter de irrenunciable. En general, se ha aceptado que consulta previa es un derecho fundamental, individual y colectivo de los grupos étnicos, que consiste en la posibilidad que tienen dichos pueblos de poder decidir sobre medidas legislativas y administrativas que los afecten directamente. Es fundamental individual porque constituye un instrumento básico, por un lado para preservar la integridad étnica, social económica y cultural de las comunidades indígenas, y, por el otro, para asegurar su subsistencia como grupo social; de este modo, es susceptible de protección por la vía de la acción de tutela, pues no existe en el ordenamiento otro mecanismo para que los pueblos indígenas y tribales reclamen ante los jueces la protección inmediata de su derecho a ser consultados.

Por otra parte, es además un derecho fundamental colectivo, porque la subsistencia de los integrantes de los pueblos indígenas y tribales debe ser entendida en función del grupo al que pertenecen. Las comunidades indígenas poseen el derecho fundamental a la subsistencia, por el hecho de ser sujetos de especial protección constitucional, razón por la cual la Corte ha precisado que

la comunidad indígena ha dejado de ser solamente una realidad fáctica y legal para pasar a ser "sujeto" de derechos fundamentales. En su caso, los intereses dignos de tutela constitucional y amparables bajo la forma de derechos fundamentales no se reducen a los predicables de sus miembros individualmente considerados, sino que también logran radicarse en la comunidad misma que como tal aparece dotada de singularidad propia.

Dentro de éste marco, tal y como se vio antes, la Corte ha ido dotando a este derecho de múltiples características y ha ido estableciendo cuál es su ámbito de aplicación, requisitos, sujetos activos y pasivos, etc. Su objetivo es intentar lograr, a través de un diálogo intercultural basado en la buena fe, el acuerdo entre el Estado o los particulares y las comunidades indígenas sobre las medidas que las afecten directamente. Para ello, se debe asegurar una participación activa y efectiva de los pueblos interesados y se deben reducir las desigualdades fácticas de poder que puedan existir entre las partes.

En este diálogo intercultural ni el pueblo indígena tiene un derecho de veto ni el Estado un poder arbitrario de imposición de la medida prevista, de este modo la consulta debe ser flexible y adaptarse a las necesidades de cada asunto.

La consulta debe ser informada, esto es dispensar a los pueblos indígenas y tribales la información suficiente para que ellos emitan su criterio tras haber tenido la oportunidad de conocer todos los efectos positivos y negativos de ella.

La consulta previa procede siempre que exista la posibilidad de afectación directa del grupo étnico. La afectación directa es un concepto jurídico indeterminado que hace referencia al impacto positivo o negativo que tiene una medida sobre las condiciones sociales, económicas, ambientales o culturales que constituyen la base de la cohesión social de una determinada comunidad étnica, bien sea que se trate de una medida administrativa o legislativa.

El concepto de *afectación directa* es distinto del de *área de influencia*, este último se refiere a un requisito meramente técnico que determina los impactos sobre un espacio geográfico en el que se desarrollará un proyecto de exploración y explotación de hidrocarburos, en tanto la afectación directa es un concepto esencial para determinar cuándo se activa la consulta previa.

La afectación directa se presenta si existe evidencia razonable de que con la medida se perjudica la salud o el ambiente de la comunidad, así como sus estructuras sociales, espirituales o culturales, razón por la cual el derecho a la consulta previa se encuentra vinculado a los imperativos de justicia ambiental, que busca un reparto equitativo y participativo de los costos y beneficios de los proyectos con impactos ambientales diferenciados.

Para determinar la posible afectación de los mandatos de la consulta previa la Corte considera necesario tomar en cuenta los parámetros de debida diligencia

del Estado y las empresas, previstos en la Observación General n.º 24 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Declaración de Principios Rectores sobre las Empresas y los Derechos Humanos y los informes del Relator Especial para los Derechos Humanos y las Libertades de los Pueblos Indígenas.

A la luz del principio de proporcionalidad, la consulta previa presenta en diferentes niveles: participación básica, consulta previa y consentimiento previo, libre e informado. Una afectación intensa requiere del consentimiento previo, libre e informado y procede ante: el traslado o reubicación del pueblo indígena de su lugar de asentamiento; medidas que implican un alto impacto social, cultural y ambiental que ponga en riesgo su subsistencia; o las relacionadas con el almacenamiento y eliminación de materiales peligrosos en sus tierras y territorios. En los demás casos procederá, por regla general, la consulta previa, salvo en el caso en el que se evidencia que no existe afectación directa de la comunidad, situación en la que se deberá aplicar el estándar básico de participación.

En este punto se pregunta entonces cuál es el efecto positivo de la consulta previa, es decir, si solo se necesita consentimiento en los tres casos extremos mencionados, y en los demás basta hacer la consulta y al final aunque no se logre el acuerdo se puede implementar la medida, entonces ¿cuál sería la utilidad de este mecanismo? ¿No sería más afortunado exigir siempre el consentimiento?

Al respecto valga decir que, en efecto, la tendencia del derecho internacional es aquella de propender cada vez más a la obtención del consentimiento de la comunidad y no quedarse en la sola consulta. Sin embargo, por ahora esta es solo la tendencia y el agotamiento de la consulta ya garantiza, por lo menos en teoría, que la comunidad participe, se informe y exija medidas de prevención y reparación cuando sean necesarias. Además garantiza que en muchos casos se logre el acuerdo y solo en aquellos que no, igual se propenda a garantizar las mejores condiciones para la comunidad en la implementación de la respectiva medida o proyecto.

En relación con la operatividad de la consulta previa y su aplicabilidad en el tiempo, la jurisprudencia constitucional ha indicado que la consulta debe ser previa, por lo cual debe existir una preconsulta en la que se fijarán los términos y trámites de la consulta como tal, pero que en todo caso opera en todas las fases del proyecto, obra o actividad. En este sentido, todo cambio sustancial en las condiciones del proyecto que implique la adopción de nuevas medidas o altere significativamente el sentido de las medidas ya tomadas renueva el deber de consulta previa.

De manera especial, la consulta procede aun cuando el proyecto esté en marcha, e incluso, cuando haya finalizado. En este caso, se dirige a la adopción de actividades, obras o medidas de contingencia para reparar, recomponer, restaurar

o recuperar la afectación al tejido cultural, social, económico o ambiental, según el daño sufrido por la comunidad étnica.

En cuanto a la validez de la certificación que expide el Ministerio del Interior sobre la ausencia de comunidades indígenas y tribales en el área de influencia de un proyecto, esta sentencia precisa que esta no es válida para eximirse de la consulta previa cuando se advierta o acredite una afectación directa a un pueblo étnico.

Por último, a la hora de determinar el remedio judicial correspondiente y valorar las actuaciones que se desarrollan en el marco de la consulta previa, solo se pueden permitir limitaciones que sean constitucionalmente legítimas, es decir, que se trate de una medida necesaria para salvaguardar un interés de superior jerarquía y que se trate de la medida menos gravosa para la autonomía que se les reconoce a las comunidades étnicas.

Ésta ha sido la evolución que se presentado en la jurisprudencia constitucional tanto en materia de derechos territoriales como en materia de consulta previa. Sin embargo, se han presentado algunas excepciones que si bien deben mencionarse no pueden entenderse como constitutivas de una línea jurisprudencial diferente. Dentro de ellas encontramos en orden cronológico, la sentencia T-405 de 1993, en la que la Corte Constitucional consideró que debían prevalecer el interés general y el derecho a la seguridad nacional sobre los derechos de las comunidades indígenas, tras la instalación de un radar estadounidense y de una base militar en sus territorios, conceptos que fueron revisados en la sentencia T-005 de 2016, como se verá más adelante.

En segundo lugar, la sentencia T-634 de 1999, que negó la acción de tutela interpuesta tras la creación del municipio de Pueblo Bello, en la que se consideró que existían otros medios para proteger el derecho (la jurisdicción contenciosa o la acción popular), puesto que se trataba de la violación de un "derecho colectivo que excluye motivaciones meramente subjetivas o particulares". Esta sentencia se separó ampliamente de la línea jurisprudencial trazada hasta el momento, pues no se le dio a la consulta previa el carácter de derecho fundamental ya que ni siquiera se mencionó en la parte motiva de ella. Afortunadamente esta providencia no tuvo acogida y no volvió a reiterarse.

En tercer lugar, la sentencia C-169 de 2001 indicó que la consulta previa debía llevarse a cabo solo en los casos de explotación de recursos naturales consagrados en el artículo 330 de la Constitución y no ante medidas legislativas. Sin embargo, la sentencia SU-383 de 2003 corrigió esta afirmación e indicó que la consulta previa debía llevarse a cabo también ante cualquier tipo de medida administrativa y legislativa.

Por último, la sentencia T-154 de 2009 negó la protección de los derechos fundamentales de las comunidades de la Sierra Nevada de Santa Marta, ante

la desviación del cauce del río Ranchería sin haberse llevado a cabo un proceso de consulta previa, por considerarse que no se cumplía con el requisito de inmediatez. Posteriormente, la sentencia T-436 de 2016 indicó que dicha posición había sido demasiado restrictiva, de manera que no volvería a adoptarse.

Por otra parte, de los avances normativos y jurisprudenciales nacionales e internacionales mencionados puede concluirse, por un lado, que es evidente que tanto en el plano internacional como en el colombiano el derecho a la consulta previa y los derechos territoriales de las comunidades indígenas han tenido un desarrollo prevalentemente jurisprudencial. En el derecho internacional existen algunos tratados que los consagran, pero ha sido la Corte Interamericana la que ha fijado su verdadero alcance y sus características principales; y en Colombia si bien la Constitución Política de 1991 protege estos derechos y existen leyes, decretos y directivas presidenciales que los desarrollan, aún no se ha expedido la ley estatutaria que regule la consulta previa a cabalidad, de modo que ha sido la Corte Constitucional la encargada de fijar sus características, alcance, requisitos, ámbito de aplicación, etc. Esto hace que a la hora de defender este derecho e incluso a la hora de adelantar consultas exista aún mucha confusión al respecto, ya que no existe un texto unificado al que pueda acudirse en caso de necesidad.

Además, el análisis completo de la normatividad existente en esta materia permite inferir que los avances de los últimos tiempos han abierto el camino hacia el abandono del monismo jurídico. Hasta 1991 se aplicó el derecho no indígena a estos pueblos, se les impusieron los principios, las formas de organización de la vida social, el manejo de los recursos públicos y el control y la solución de conflictos, sin pensar que estos enfoques y estructuras no necesariamente coincidían con las visiones y los derechos propios de estas comunidades. Los indígenas no solo eran juzgados y castigados a partir de valores jurídicos y culturales ajenos, sino que además, al momento de valorar los daños que se les hubieran causado y las respectivas indemnizaciones a que tenían derecho, se tenía en cuenta el ordenamiento jurídico estatal y nunca su propia percepción al respecto.

Sólo en los últimos años se ha empezado a aceptar que únicamente a través de la comprensión y el respeto de la diversidad podrá garantizarse su supervivencia dentro del marco del reconocimiento de la existencia de realidades, derechos y visiones que aunque desconocidas para muchos son igualmente válidas. Si bien puede resultar difícil valorar afectaciones causadas a pueblos indígenas que perciben realidades distintas, se debe comprender que las soluciones que ofrece el ordenamiento oficial no necesariamente serán suficientes para repararlas, y los operadores jurídicos deberán estar abiertos a reconocer formas alternas de indemnización en estos casos, para así poder garantizar realmente los derechos

de aquellas comunidades o poblaciones diferentes a aquella mayoritaria, aspectos sobre los que se profundizará en el siguiente capítulo.

Vale la pena mencionar además que precisamente por esta razón la Corte Constitucional, ante la necesidad de proteger los derechos de las diferentes comunidades étnicas del país, en los casos que ha tenido que resolver se ha esforzado por comprender sus costumbres y cosmovisiones. De este modo, cuando se trata de comunidades indígenas dicha entidad recurre a diferentes métodos para recopilar la información necesaria que le permita fallar no solo en derecho, sino además teniendo en cuenta el punto de vista de las víctimas. Para esto se ha valido, por ejemplo, de peritajes antropológicos, inspecciones judiciales, visitas de campo, entrevistas a los líderes y autoridades indígenas de las comunidades afectadas, así como de informes solicitados al Instituto Colombiano de Antropología e Historia, a los departamentos de Antropología de las diferentes universidades del país y otros expertos, y de la doctrina existente al respecto[210].

Visto el panorama nacional e internacional, legal y jurisprudencial relativo a la regulación de los derechos territoriales indígenas y de la consulta previa, así como su funcionamiento y aplicación en los diferentes casos que se han presentado, no es posible concluir este capítulo sin hacer una aproximación a estos temas ahora desde el punto de vista y la cosmovisión indígena iku. La concepción territorial y de sus derechos sobre el territorio ancestral así como el manejo de este quedaron explicados en el capítulo primero, de manera que se procederá a analizar a continuación el tema de la consulta previa a la luz de la concepción arhuaca.

---

210 Algunos ejemplos de la utilización de dichos métodos pueden encontrarse en las sentencias: T-428 de 1992 (inspección ocular, entrevistas a los dirigentes de la comunidad, informes de universidades y expertos en la materia); T-405 de 1993 (inspección ocular y judicial y entrevistas y declaraciones de las partes); SU-510 de 1998 (inspección ocular y judicial, peritaje antropológico, entrevistas y declaraciones de las autoridades del pueblo arhuaco, conceptos rendidos por expertos como Esther Sánchez y Carlos Alberto Uribe, conceptos del Instituto Colombiano de Antropología e Historia, doctrina de Gerardo Reichel-Dolmatoff y Clifford Geertz, entre otros); T-634 de 1999 (conceptos y documentos del pueblo Iku); T-129 de 2011 (Inspección judicial, conceptos del Centro de Estudios de Derecho Justicia y Sociedad [DeJusticia], del Centro de Investigación y Educación Popular, de la Línea de Investigación en Derecho Ambiental y del Proyecto Cátedra Viva Intercultural de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario, de la Comisión Colombiana de juristas, del Instituto Colombiano de Antropología e Historia, del Departamento de Antropología de la Universidad de los Andes, del Departamento de Antropología de la Universidad Javeriana, de la Asociación Nacional de Industriales (Andi) y del Departamento de Antropología de la Universidad de Antioquia); T-387 de 2013 (concepto del Instituto Colombiano de Antropología e Historia y de varias universidades); T-384 A de 2014 (intervenciones de varias autoridades e integrantes de la comunidad indígena, audiencia pública con las partes e inspección judicial); T-256 de 2015 (conceptos de las facultades de Medicina de la Universidad de los Andes y la Universidad del Magdalena e inspección judicial *in situ*); T-605 de 2016 (inspección judicial y entrevistas); entre muchas otras. Por otra parte, en las sentencias de constitucionalidad suelen intervenir las universidades, la Procuraduría General de la Nación y la Organización Nacional Indígena de Colombia.

V. El concepto y significado de la consulta previa para la comunidad iku

Si bien la consulta previa es un derecho-herramienta ampliamente conocido nacional e internacionalmente en la comunidad jurídica y ha sido objeto de numerosos análisis, estudios, investigaciones y escritos, no debe darse por sentado su conocimiento ni su reconocimiento dentro de las comunidades indígenas. En unas más que en otras se conoce su existencia, pero en casi ninguna se sabe realmente en qué consiste, cuáles son su naturaleza y alcance y cómo debe operar según los estándares internacionales. En esta materia suele incurrirse en una grave equivocación y es dar por sentado que al ser la consulta previa un derecho fundamental de las comunidades indígenas, éstas tienen claro que son titulares de él y que éste tiene unas reglas y un alcance específicos. Por el contrario, existe tal desconocimiento al respecto en su interior que es por esto por lo que la consulta se ha convertido en un mero trámite muy fácil de agotar para el Estado.

En el caso específico de la comunidad iku, además de que ocurre todo lo anterior, debe quedar muy claro que existen tres percepciones muy diferentes dentro de la comunidad sobre la consulta previa, por una parte aquella de la colectividad en general, es decir, aquella de la mayoría de las mujeres, de quienes trabajan la tierra y cuidan de los cultivos y de los animales, de los jóvenes y de todos los que no forman parte de la vida política; en segundo lugar, aquella de los mamos, de los ancianos, de los dirigentes y de los demás líderes que integran esta última; y, por último, aquella de los líderes que se encuentran en las grandes ciudades como Valledupar y Bogotá, trabajando con el Gobierno o representando a la comunidad en la Mesa Permanente de Concertación.

Si bien dentro de la comunidad existen permanentes canales de comunicación y sus integrantes son, en general, elocuentes y participativos, lo cierto es que aún existe una brecha grande ente los líderes políticos y religiosos y la colectividad. Los líderes son casi siempre hombres que se han preparado para ejercer esas actividades y ese tipo de información tan específica suele quedarse en sus esferas y no se transmite de manera pedagógica al resto de la población.

A. Percepción de la comunidad en general

En cuanto a la primera, es decir, aquella de la colectividad en general, ésta es casi inexistente. En realidad es mínimo, por no decir que nulo, el conocimiento que se tiene al respecto; cuando se le pregunta a alguien si sabe qué es la consulta previa, generalmente la respuesta es una expresión de curiosidad y sorpresa al oír hablar de algo que suena interesante e importante pero que es desconocido.

Durante el trabajo de campo se realizaron varias entrevistas sobre el tema, de las que no se obtuvo, salvo escasas situaciones, ningún tipo de respuesta, lo cual demostró que la mayoría del común de la gente no sabe que tiene un derecho fundamental a ser consultado de manera previa al inicio de cualquier proyecto o actividad o a la expedición de cualquier tipo de norma que pueda generarle una afectación.

Si bien es cierto que durante el transcurso de los últimos años esta situación ha mejorado levemente, aún no es posible afirmar que el pueblo arhuaco conoce la existencia de un derecho/herramienta que le permite defender y conservar su territorio ancestral y sus otros derechos fundamentales. La comunidad en general desconoce no solo este derecho sino la mayoría de ellos y depende y confía en sus dirigentes, no existe educación al respecto, no se difunden los recursos jurídicos con los que cuentan ni los avances nacionales e internacionales en la materia.

Tal y como se relató en el primer capítulo, los integrantes del pueblo arhuaco que no están involucrados en actividades específicas, transcurren sus días dedicados a trabajar la tierra, a cuidar de los animales, a la preparación de los alimentos y a la elaboración de sus mochilas e instrumentos de trabajo; algunos, ocasionalmente se trasladan a Pueblo Bello para comerciar; otros, la mayoría, recorren la Sierra pero evitan el contacto con los *bunachi* y realizan sus actividades de subsistencia en la tranquilidad del campo.

Para esta mayoría, la información del exterior llega a través de los líderes y de los mamos, pero, en general, por no ser de su interés particular, no se hacen preguntas y nunca se tiene contacto con estas materias, salvo en aquellos casos en que directamente se inicia la implementación de una medida justo en el lugar donde se encuentran, caso en el cual, como es obvio, se enteran de la invasión como tal pero no necesariamente de los efectos de ella y mucho menos de los derechos que tienen al respecto.

Así mismo, tampoco suelen tener participación alguna en los procesos de consulta ni en los beneficios que puedan derivarse de ellos. Normalmente tanto la participación en los procesos como en los beneficios están reservados a unos pocos, mientras que los efectos adversos sí van a repercutir principalmente en ellos.

B. Percepción de los mamos y líderes

En cuanto a la segunda y a la tercera, es decir aquella de los mamos, los ancianos, los dirigentes y los líderes de la comunidad, el panorama es completamente diferente. Por una parte, en lo que tiene que ver con los mamos y líderes que se encuentran en la Sierra y sus alrededores, ellos conocen bien la Ley de Origen y se han informado sobre la normatividad nacional e internacional sobre consulta

previa de manera que cuentan con conocimientos muchos más fundamentados. Vale la pena recordar que para los iku cada elemento de la naturaleza tiene en sí mismo un orden, tiene su sitio y su propósito específico, y debe cumplir con la función para la cual fue materializado; cada elemento de la naturaleza tiene un dueño en el plano no físico y tiene un padre y una madre en el mundo espiritual con los cuales tiene comunicación permanente. Por esta razón, la consulta previa se ha vuelto fundamental para ellos y ha sido incluida en sus agendas de trabajo con el propósito de incluir en su regulación su propia cosmovisión, ya que según ésta todo lo que se obtiene de la naturaleza genera un desequilibrio, de manera que ante cualquier interferencia se deben realizar los respectivos "pagamentos" para restablecer el equilibrio y la armonía entre los humanos y la naturaleza.

A raíz de lo anterior y de los múltiples proyectos estatales y privados que se han llevado a cabo en la Sierra y de aquellos que pretenden realizarse, las autoridades de los cuatro pueblos que allí habitan están trabajando en dos frentes. Por una parte, están creando programas para formar y fortalecer a los líderes y autoridades en cuanto a la normatividad referente a la consulta previa mediante capacitaciones, grupos de evaluación y análisis de los procesos de consulta previa realizados hasta ahora con el fin de construir criterios de selección para evaluar las propuestas futuras, y están realizando diferentes gestiones de acompañamiento internacional para garantizar la obtención del consentimiento previo, libre e informado y el respeto por la integridad social y cultural de la comunidad; lo anterior, con el objetivo final de aplicar en los procesos de consulta previa su propia Ley Territorial y así asegurar la preservación de la identidad cultural y ambiental en un modelo de desarrollo social y económico sostenible.

Por otra parte, tal y como se mencionó en el primer capítulo, de la mano con la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior, están elaborando un Protocolo de Consulta Previa cuyo propósito es establecer una regulación precisa para todas las consultas que de aquí en adelante vayan a realizarse en la Sierra Nevada de Santa Marta. En diciembre del 2015 se firmó un contrato de prestación de servicios entre el Resguardo Arhuaco y el Fondo Financiero de Proyectos de Desarrollo, con el propósito de financiar su elaboración y así poder darle aplicación efectiva a la sentencia T-849 de 14 de la Corte Constitucional, que ordenó que cualquier proyecto o iniciativa que pueda afectar la naturaleza comprendida dentro de la frontera simbólica denominada Línea Negra tienen que ser previamente consultados con los cuatro pueblos.

La elaboración de este protocolo ha requerido la creación de varios grupos de trabajo, uno por cada pueblo, bajo la coordinación general de Rogelio Mejía, ex cabildo gobernador arhuaco, y se han llevado a cabo talleres, reuniones y discusiones en diferentes lugares de la Sierra, con el ánimo de establecer las

posibles rutas y características que este protocolo debe tener, ya que actualmente la Sierra se encuentra gravemente amenazada por la cantidad de megaproyectos como puertos, carreteras, vías férreas, represas e infraestructuras turísticas, y por los más de 400 títulos mineros en trámite, de los cuales ya han sido concedidos 165 sin que se llevara a cabo la respectiva consulta previa.

El mencionado contrato contempla la elaboración de tres documentos: un documento base que contenga los lineamientos, principios, procedimientos y criterios necesarios para que el protocolo garantice la protección del territorio ancestral (doc. 1); una propuesta preliminar sobre el análisis cultural y el estudio de diagnóstico relativo al territorio ancestral, a la cultura propia y al gobierno propio (doc. 2); y un documento sobre las afectaciones culturales, materiales, espirituales y ambientales derivadas de la intervención pública y privada en la Sierra Nevada de Santa Marta (doc. 3).

El reto del Protocolo es lograr la participación de los cuatro pueblos en la regulación de los procesos de consulta y lograr que la población no indígena comprenda la importancia de los esfuerzos que han realizado los pueblos indígenas de la Sierra en la defensa de esta y en la protección de sus recursos, que son la base de la vida humana. La idea es crear una cartilla didáctica que explique tanto a los indígenas como a la población no indígena la importancia de la consulta previa como mecanismo para la protección de la Sierra Nevada de Santa Marta y como garantía de sostenibilidad de ella, que obligue tanto al Estado como a los particulares a realizar consulta previa antes del inicio de cualquier iniciativa externa con capacidad de afectar la cultura, la ecología o el medio ambiente, y que aclare que los pueblos indígenas no son un obstáculo para el desarrollo sino que buscan acordar un modelo conjunto de desarrollo sostenible para este ecosistema.

Si bien los cuatro pueblos de la Sierra llevan años trabajando de la mano con el Gobierno Nacional para concretar la expedición de este protocolo y así facilitar las vías de comunicación y los acuerdos al momento de implementar proyectos y medidas en su territorio ancestral, hoy, casi cinco años después de que se firmó el convenio, no se ha podido llegar a los resultados esperados y se sigue trabajando en la construcción de este documento guía.

Por otra parte, se encuentra la percepción sobre la consulta previa que tienen los líderes que se hallan en la ciudad velando por los intereses de su comunidad, principalmente en el Mesa Permanente de Concertación para las consultas de las medidas legislativas nacionales que pueden tener impacto directo sobre las comunidades, o en algunas carteras del Gobierno Nacional apoyando los asuntos que les conciernen. En este caso, la percepción en materia de consulta previa se aleja muchísimo de aquella que tienen los líderes en campo, fundamentalmente porque está ya permeada por una visión occidentalizada que aleja la figura de

la naturaleza esencial que tiene como derecho, y la acerca más a la concepción de herramienta o trámite necesario para la implementación de una medida de la que pueden derivarse además algunos beneficios principalmente económicos para la comunidad.

C. UNA CONCEPCIÓN DISTINTA DE LA CONSULTA PREVIA

Habiendo dejado clara la visión existente en la comunidad frente al tema de la consulta previa desde la óptica práctica, vale la pena ahondar un poco en aquella percepción que tienen los mamos y líderes políticos dentro del territorio, por ser aquella que realmente permite ilustrar lo que es para la comunidad este derecho-herramienta y cuáles son sus diferencias de fondo con la concepción *bunachi*.

Según los documentos *Fundamentos y lineamientos ancestrales de los cuatro pueblos indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta para la construcción de un protocolo de consulta ancestral* de 2015 y *Análisis cultural de los principios, del territorio ancestral, del gobierno y la consulta ancestral, como insumo para construir la propuesta del protocolo de consulta previa de los pueblos indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta* del 2016 (docs. 1 y 2), elaborados por el Consejo Territorial de Cabildos, la Ley de Origen se encuentra plasmada en los cerros, las piedras, las lagunas, los ríos, los árboles y todos los demás elementos de la naturaleza incluyendo el suelo, el subsuelo, las aguas, los vientos y todo lo que hay en ellos, razón por la cual no se pueden desarrollar actividades que afecten su integridad sin un debido proceso de consulta previa y concertación; el territorio es un cuerpo vivo integrado por espacios sagrados interconectados que sustentan y armonizan la existencia material de todo lo que en él está presente, no solamente en la superficie sino desde el centro de la Tierra que está conectado con el universo[211].

---

211 Consejo Territorial de Cabildos, *Análisis cultural de los principios, del territorio ancestral, del gobierno y la consulta ancestral, como insumo para construir la propuesta del protocolo de consulta previa de los pueblos indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta*, Valledupar, 2016: "Las aguas de la SNSM son parte integrante de la territorialidad y no pueden ser tratadas como objetos aislados con leyes independientes. El cumplimiento de las funciones vitales de refrescamiento a los causes, de comunicación de las fuerzas positivas y negativas necesarias para el equilibrio natural, al enfriamiento y calentamiento necesario para la tierra y la lluvia, equilibrio que cumple el agua en su natural fluir, son fundamentales para el territorio y la vida. Afectar este elemento (madre) es imposibilitar su fluido desde su nacimiento hasta las aguas de Yiwu (el mar) que en consecuencia es no permitir el desarrollo positivo a la cultura en su actuación espiritual y la traída de su vida negativa al mar. El represamiento o la desviación del cauce natural de las aguas constituye una grave transgresión a los principios fundamentes de la cultura de los cuatro pueblos. Los ríos que hacen conexión con el mar, los nacederos, manantiales, madreviejas, lagunas, manglares y el hielo de las montañas, requieren su protección.

La Madre espiritual para arreglar la tierra, para darle la energía que la va hacer mover y generar vida se estuvo organizando durante mucho tiempo en diferentes niveles al interior de la tierra, cada capa con funciones espirituales y materiales para poder sostenerse en equilibrio. Y así fue como nosotros la recibimos, con un orden, con unas normas y procedimientos para que viviéramos bien, por eso no deberíamos estar discutiendo cómo manejar la tierra, de quién es la tierra, etc., solo debemos basarnos en las normas dejados por nuestros Padres y Madres espirituales, que se leen en el orden y función natural de cada una de las capas del interior de la Tierra[212].

"La SNSM, como los demás entornos territoriales, tiene la capacidad de dar vida a una amplia gama de especies vegetales de variados colores, textura, tamaños y propiedades específicas, con las cuales los cuatro pueblos indígenas de la SNSM convivimos y armonizamos nuestras vidas por mandato de la Ley de Origen. Pues estas se desarrollan a través de los Padres y Madres en los espacios sagrados, y requieren hacer sus propios trabajos tradicionales para acompañar la existencia de los pueblos indígenas de la SNSM y de la humanidad, de estos recibimos los materiales para nuestros trabajos tradicionales, en el ejercicio de equilibrar las cargas y el bienestar. El potencial de desarrollo cognitivo, especialmente en lo referente a la salud física y energética del ser humano y su entorno, depende de la conservación de tal diversidad. En resumen, las especies nativas del entorno territorial hacen parte de la esencia del ser de los cuatro pueblos y como tal representan un bien inalienable, inajenable sobre el cual debe mantenerse el cuidado, protección y uso racional dentro de los parámetros de la Ley de Origen.

"Atentar contra ellos significa la desaparición de especies localizados en los espacios y tejidos sagrados del territorio: de los ríos, de las lagunas, de las montañas, significa entonces la desaparición de la vida, no solo de los humanos sino también de toda clase de vida del orden natural y de su espiritualidad. La implantación de especies no nativas, si bien puede permitir soluciones y ventajas visibles, no garantiza una permanencia a largo plazo, ni permite mantener el equilibrio natural y el orden alcanzado a través de siglos, generando fenómenos imprevisibles e incontrolables por el hombre.

"El primer animal en aparecer sobre la faz del planeta fue el Kuneyru (Pescadito de los riachuelos) que apareció coetáneamente con la formación de pequeños pozos de agua entre las rocas, antes de la formación misma de la tierra como capa exterior.

"En la SNSM pervive la fuerza primaria que dio origen a las especies animales de todo el mundo. El territorio tradicional no desconoce ningún ser viviente del mundo. El cuidado de éstas, como es todo principio de la Ley de Origen, fue encargado a los mamos, a través de su lectura de los códigos en el territorio.

"La conservación de los bosques, por ejemplo, que constituyen la granja natural perteneciente a cada cerro y los lugares donde los animales pueden, al igual que las culturas de la sierra, desarrollar su vida espiritual y material (los Padres y Madres de cada uno de los animales), ellos igual cumplen la norma de la Ley de Origen y se encuentran representados, en los espacios sagrados, como ríos, arroyos, Jwikunumas desde donde imparten la misión de conservarse en la vida material, para complementarse con el resto de seres naturales.

"Cada una de las especies posee virtudes, funciones y reglas de manejo de origen ancestral, y en su conjunto forman parte de los bienes naturales de los indígenas de la SNSM, representando un elemento indispensable para la preservación y desarrollo de sus culturas. Atentar contra ellos significa atentar contra los cerros que los representan y la desaparición forzada de los animales del mundo, que requiere la cultura y la humanidad para mantener la vida universal, por eso debemos salvaguardar su habitat dado desde el origen.

"El mar es la fuente primaria de los conocimientos de las culturas de los cuatro pueblos hijos de Seynekun y Serankwa. El poporo como símbolo de la congregación de fuentes de vida, lleva las conchas marinas pulverizadas en representación del mar. Ese es título de nuestro derecho al mar para el cumplimiento de nuestra misión de velar por el equilibrio energético en el planeta. A lo largo de la Costa

Sin embargo, para los mamos y líderes políticos iku los proyectos que hasta ahora se han autorizado y aquellos que aún pretenden ejecutarse en el territorio de la Sierra no han sido consultados de manera adecuada con las autoridades de los cuatro pueblos que habitan la Sierra, vulnerándose así sus derechos fundamentales[213]. Esto por cuanto lo que ellos entienden por *consulta previa* no se refiere simplemente a que se le pregunte a la comunidad y se intente llegar a un acuerdo con ella: se refiere a que se le consulte a la Madre Tierra es sí misma a través de sus procedimientos tradicionales especiales, para lo cual se requiere mucho más que la realización de las actividades que contemplan los decretos y directivas nacionales como pasos de la consulta previa.

Caribe que baña las estribaciones de la vertiente norte de la SNSM, están los espacios sagrados donde se recogen los materiales de origen marino usados para los trabajos tradicionales de restablecimiento constante del equilibrio y los espacios sagrados donde se retribuye con materiales procedentes de las partes altas de las montañas de la SNSM.

"En consecuencia, cualquier perturbación en el orden o restricción de espacios en las aguas costeras representa una disminución de las posibilidades de desarrollo y de mantenimiento del potencial de vida de todo el espacio territorial. Igual que cualquier elemento, el mar puede considerarse importante. Su importancia es de complementariedad, pues las fortalezas de Zaku Jiwu, requiere de todos los elementos. En el mar también encontramos mamos de todo los seres marinos, y cada uno de ellos, los caballitos de mar, las estrellas, las ballenas, los peces todos en su mundo también tienen una réplica del universo, el cual está dado para su protección.

"Las corrientes de aire, portan energías propias de fuerzas del bien y del mal, pureza y enfermedad, todo dependiendo de lo que el hombre mismo libere o provoque en el ambiente, teniendo rutas de desplazamiento que rebasan cualquier división territorial; razón por la cual se requiere del establecimiento de pactos de no contaminación entre pueblos, a fin de evitar afectaciones y perjuicios a los seres vivientes del propio entorno y del ajeno. Las intervenciones externas a los elementos, agua, vegetación, animales, mar están íntimamente ligadas a las fuerzas (negativas y positivas).

"Estas fuerzas, en la situación actual, están relacionadas en el lenguaje de los aires, los vientos y el comportamiento de la población. Nuestro cambio, nuestro comportamiento, nuestra falta de cumplimiento a la Ley de Origen por la ausencia forzada de los espacios, la destrucción de las montañas, la remoción de las piedras, se revierten en fuerzas negativas y llevan enfermedades a las personas y a todos los seres naturales.

"Hay numerosas clases de fuego; como clases de tierra, de agua y de aire; cada una con fuerza vital y funciones específicas. Al lugar común de origen (Seyrérigun) se deben dirigir las compensaciones por el uso y, de ese modo, propiciar su sana perdurabilidad y el equilibrio.

"El fuego como elemento se encuentra en las profundidades del Anugwe de los seres naturales, en la práctica y las relaciones sexuales, en las piedras y en todo aquello que tiene que ver con la réplica de vida, la Madre Tierra al igual que las nubes son portadores de este elemento y se requiere que las condiciones de vida se mantengan en función del cumplimiento de la Ley de Origen, de manera efectiva.

"No lograr los pagamentos al fuego genera las manifestaciones volcánicas, los maremotos y otras manifestaciones del cosmos que también están ligados a estas complejidades, de ahí que la cultura y su recrear integral requieren del esfuerzo y lo misional de preservar el territorio y los elementos".

212 Organización Indígena Gonawindwa Tayrona, *Documento Madre*, 2015, p. 10.

213 Consejo Territorial de Cabildos, *Fundamentos y lineamientos ancestrales de los cuatro pueblos indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta para la construcción de un protocolo de consulta ancestral, documento preliminar*, Valledupar, 2015.

Consideran los mamos y líderes políticos iku que es necesario que la realización de cualquier consulta previa dentro del territorio ancestral, además de cumplir con los estándares nacionales e internacionales de protección de derechos humanos fundamentales de los pueblos indígenas, sigan los lineamientos de la "consulta ancestral" y respetar sus resultados. Ante la realización de cualquier proyecto o actividad, deben realizarse las respectivas consultas ancestrales dentro del marco de la consulta previa, es decir, las consultas que hacen los mamos a la Madre Tierra y a los ancestros y seres espirituales para saber qué tipo de intervenciones pueden realizarse y cómo sanear las posibles afectaciones que éstas generen.

Todos los procesos internos que se adelantan en la comunidad se basan en consultas ancestrales, y así mismo, toda política, decisión administrativa o legislativa y toda medida o proyecto también deben hacerlo para garantizar el cumplimiento de la Ley de Origen. Es así como aquellos proyectos que implican intervenciones en los espacios sagrados y alteraciones significativas en el tejido del territorio no serán admitidos ya que dicha ley no establece compensaciones para reparar daños al tejido ancestral, se trata de daños irreparables[214].

> Los daños y afectaciones han causado impactos en la integralidad del territorio, en la naturaleza y en la cultura. Por eso, la identificación y descripción de los daños y afectaciones derivados de la intromisión externa, nos permite mostrar que el derecho fundamental de consulta previa requiere del reconocimiento y legitimidad de los fundamentos de la Ley de Origen como única garantía para la permanencia de la cultura[215].

Para los pueblos indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta, la consulta ancestral quiere decir "leer o interpretar los códigos", es un procedimiento que emplean los mamos y autoridades tradicionales para expresar e interpretar la Ley de Origen tal y como fue concebida desde los padres y las madres. Toda persona con sus actividades diarias causa desequilibrio y afectación al orden natural, y por eso hay que hacer retribuciones a cada uno de los padres ancestrales o dueños de los elementos naturales, como los alimentos, el agua, el aire o los animales. El "pagamento" tradicional indígena consiste en sanear los daños o desequilibrios causados, en un proceso de reciprocidad y retribución a los Padres Espirituales para que se restablezca el orden de las cosas desde el nivel

---

214 Cit. ibídem.

215 Consejo Territorial de Cabildos, *Análisis cultural de los principios, del territorio ancestral, del gobierno y la consulta ancestral, como insumo para construir la propuesta del protocolo de consulta previa de los pueblos indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta*, Valledupar, 2016.

espiritual y así se materialice en el mundo físico[216]. Esto mismo, en su opinión, debe hacerse siempre dentro del marco de las consultas previas y debe respetarse.

> El mantener el equilibrio de la tierra, la preservación de la vida y haya una verdadera armonía entre el frío y el calor; el día y la noche; el invierno y el verano; la vida y la muerte, el hombre y la naturaleza y el hombre con el hombre, hay que cumplir con la Ley de Origen, principio y orden de todos los seres. Los cambios que impone la visión externa del desarrollo sobre el territorio ancestral están alterando nuestra visión del ordenamiento propio. La intervención estatal en la sierra nos habla de educación, salud, de calidad de vida, de conservación, de turismo, de equidad, marcos jurídicos, pero se desconoce el carácter sagrado de nuestro territorio y de los procesos de relación cultural que tenemos con el mismo[217].

Queda claro entonces que desde el punto de vista de la comunidad iku y los demás pueblos indígenas de la Sierra la consulta no puede ser un simple procedimiento para obtener permiso con base en el agotamiento de un cronograma elaborado y dirigido por el Gobierno, ésta debe basarse en los principios de la consulta ancestral para así poder respetar y conservar verdaderamente e territorio. Toda intervención que pueda sanearse y repararse, será permitida, mientras que aquellas que generen afectaciones irreparables según la Ley de Origen, como por ejemplo aquellas que se efectúan en lugares sagrados no serán autorizadas.

La diferencia en la concepción de la figura de la consulta previa desde los puntos de vista *bunachi* y arhuaco es mucho más profunda de lo que parece a simple vista. No solo no se concibe jamás como un mero trámite sino que no basta con reconocerla como derecho fundamental: además de ello, debe ser vista como un instrumento espiritual de relación directa con la Ley de Origen y la Madre Tierra, pilares fundamentales de su existencia, cultura y cosmovisión.

Con base en esto además es posible comprender que, si las consultas se realizaran teniendo en cuenta la verdadera importancia que tienen para los iku sería más fácil llegar a los acuerdos e incluso al consentimiento. Existe una percepción errónea de que las comunidades se oponen de plano a cualquier intervención en su territorio de manera que la consulta previa termina siendo inútil, esto no es cierto, la oposición se da cuando la comunidad se siente atacada e irrespetada, pero ante la posibilidad de un diálogo real se logran los acuerdos tal y como se verá a continuación en el caso de la subestación eléctrica de El Copey.

---

216 Cit. ibídem.
217 Cit. ibídem.

Nuestros mamos coinciden en afirmar que la consulta ha existido desde siempre, desde antes de amanecer. Antes para todo se pedía permiso, para cazar, sembrar, socolar, talar. Los sabios y conocedores, antes de pedir algo a la naturaleza, a sus dueños o a los seres espirituales o antes de iniciar un acuerdo con sus pueblos, seguían unos procedimientos especiales y específicos de obligatorio cumplimiento con el fin de evitar el desequilibrio del orden natural (conflicto, enfermedad, desastres naturales, sequias, calentamiento global etc.)[218].

218 Cit. ibídem.

CAPÍTULO TERCERO

*El nudo duro de la responsabilidad en el caso de la comunidad iku: su reconocimiento como víctima de daños y la reparación integral de ellos**

El manejo real de estos espacios es nuestra responsabilidad que ha sido dictada desde la Ley de Origen. Ley, que como se ha explicado en múltiples ocasiones, no es una ley creada por los seres humanos, sino es la Ley del principio natural, la dada por la Madre para ordenar el mundo y todo lo que en él habita de una manera natural.

Hemos sabido cuidar este espacio que ha sido dejado a nosotros y como lo reiteraron los mamos en varias ocasiones, es nuestro deber seguir cuidándolo y protegiéndolo. Vemos que hay sitios a los que se les ha cambiado su naturaleza, su ser, su función al haberlos manipulado también se violentaron, esto significa un atropello grande a la vida y a la función que cada padre debe cumplir[1].

En los capítulos anteriores se explicaron tanto las características principales de la comunidad indígena iku como aquellas de su derecho fundamental a la consulta previa, con el fin de comprender la importancia y actualidad de este último, teniendo en cuenta la especial relación que los indígenas tienen con la tierra. Se hace necesario, entonces, aterrizar a continuación todos los argumentos planteados previamente, es decir, ensamblar la antropología con el derecho, y determinar de qué manera la deficiente aplicación de éste (específicamente en materia de consulta previa) ha generado consecuencias que aún no han podido repararse.

Se pretende entonces, en este capítulo, tras exponer algunos casos emblemáticos de consultas no hechas o hechas sin el entero cumplimiento de los requisitos legales y constitucionales en la Sierra Nevada de Santa Marta, establecer y explicar, a través de estos ejemplos, qué es para la comunidad iku el daño inmaterial y qué daños inmateriales se le han causado con ocasión de la no realización o de la defectuosa realización de la consulta previa o de la violación de sus derechos territoriales, y de qué modo éstos han sido reparados hasta el momento.

Con fundamento en lo anterior, se analizarán estos aspectos (daño inmaterial y reparación de este en el caso de la comunidad iku) a la luz del sistema de responsabilidad civil consagrado en el ordenamiento jurídico colombiano, bajo la premisa de que para la Corte Constitucional colombiana toda comunidad indígena es un sujeto de derecho distinto de la persona natural y de la persona jurídica, que tiene derecho a la pervivencia, a la autonomía, a la identidad, a la libre determinación, a la participación y a la propiedad colectiva de su territorio[2].

---

* Se aclara que en el presente capítulo cuando se habla de *daño* se hace referencia al daño inmaterial ya que frente al daño material no existe mayor discusión.

1 Cita tomada del documento denominado *Diagnóstico de las Afectaciones del Área del Parque Tayrona desde la visión cultural indígena en el marco de consulta previa derivada del fallo de tutela, RAD-2013-09 del Tribunal Administrativo del Magdalena*, elaborado por el Consejo Territorial de Cabildos de la Sierra Nevada de Santa Marta, en el Parque Tayrona, el 8 y 9 de abril de 2014.

2 La primera sentencia que así lo indicó fue la ya mencionada T-308 de 1993 de la Corte Constitucional y de allí en adelante ésta ha reiterado su jurisprudencia hasta el presente, como se vio en el capítulo anterior.

Por último, se harán algunas críticas al sistema existente, desde el punto de vista de su insuficiencia en materia reconocimiento de los derechos indígenas a la reparación integral por falta de tipologías en materia de daño y se explicará el por qué se considera que en la tipología de daño inmaterial existente en Colombia no encajan los daños causados a las comunidades indígenas, en especial a la comunidad iku, con ocasión de la consulta previa y de la violación de sus derechos territoriales.

La consulta previa es indispensable porque además de contribuir a asegurar los derechos a la autodeterminación y participación de los pueblos indígenas, permite visibilizar e identificar los daños e impactos ambientales, sociales, económicos y culturales que pueden causarse por la realización de obras y proyectos en sus territorios. En un reporte presentado a la Corte Constitucional por la Comisión Mundial de Represas, en el marco de la sentencia T-135 de 2013, se indicó que muchas de las intervenciones de desarrollo para transformar recursos naturales, en particular los proyectos de infraestructura a gran escala, implican alguna forma de desplazamiento de las personas de sus formas de sustento y de sus hogares, lo cual demuestra la importancia de este derecho.

Así mismo, el relator especial de la ONU sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas, James Anaya, en los informes presentados en 2009 y 2013, observó que siempre que se lleven a cabo proyectos a gran escala en áreas ocupadas por pueblos indígenas es probable que estas comunidades tengan que atravesar cambios sociales y económicos profundos que las autoridades competentes no son capaces de entender y mucho menos anticipar. Las consecuencias más graves comprenden la pérdida de territorios y tierras tradicionales, el desalojo, la migración, el agotamiento de recursos necesarios para la subsistencia física y cultural, la destrucción y contaminación del ambiente tradicional, la desorganización social y comunitaria, y los impactos sanitarios y nutricionales negativos de larga duración.

Por estas y muchas otras razones la consulta previa es tan importante, ya que con ella pueden adoptarse medidas de mitigación de los impactos de los proyectos y evitar un posterior resarcimiento del daño que incluso podría ser inocuo si éste ha sido demasiado grave.

I. Los daños inmateriales sufridos por la comunidad iku por falta de consulta previa o por la realización de esta sin el cumplimiento de los requisitos legales: algunos casos emblemáticos

La Sierra Nevada de Santa Marta ha sido escenario de múltiples intervenciones tanto del Estado como de particulares, ambos interesados en la explotación de

recursos naturales y en la realización de grandes proyectos de diferentes tipos (minería, electricidad, hotelería, extracción de agua, construcción de carreteras, entre muchos otros); sin embargo, pese a que desde la expedición de la Constitución Política de 1991 las comunidades indígenas, incluidas aquellas que habitan la Sierra, cuentan con el derecho a ser consultadas antes de cualquier actividad o proyecto que pretenda realizarse en sus territorios y que pueda afectarlas directamente, éste derecho no siempre se ha visto respetado. En el caso de la Sierra Nevada de Santa Marta y, en particular, de la comunidad indígena arhuaca, la primera consulta previa que se realizó con ésta fue en el 2005, es decir 14 años después de que el derecho hubiera sido reconocido constitucionalmente y de que el Convenio 169 de la OIT hubiera sido incorporado al ordenamiento jurídico colombiano. Antes de esta fecha prácticamente se actuaba sin tener en cuenta los derechos indígenas y por ello las múltiples acciones de tutela interpuestas con posterioridad por consultas previas no hechas.

Con el fin de reconstruir el panorama referente a las consultas ya realizadas en la Sierra y a aquellas que aún se encuentran en curso, dentro de las cuales haya tenido o tenga participación la comunidad iku, se les solicitó una lista de éstas a la Oficina de Consulta Previa del Ministerio del Interior y a la Oficina de Asuntos Indígenas, ROM y Minorías de la misma entidad, a efectos de conocer los resultados de ellas, tanto de en el ámbito administrativo como en el legislativo, para así identificar cuáles son los ámbitos de intervención más comunes y, así mismo, los daños que con más frecuencia se causan a las comunidades. De la respuesta obtenida se pudieron extraer los siguientes resultados:

Efectivamente, la primera consulta administrativa que se reporta corresponde a aquella realizada en el 2005 por la empresa ISA Intercolombia para la construcción de una subestación eléctrica en El Copey (Cesar)[3], la cual concluyó con resultados satisfactorios para ambas partes. De allí en adelante se reportaron tres más durante ese mismo año, una realizada por iniciativa de Promigas S. A. para la construcción de la línea de gas Mami-Loop-Palomino, que para el año 2016 se encontraba en fase de protocolización; otra realizada por iniciativa de la Dirección Nacional de Estupefacientes para la erradicación de cultivos ilícitos ya concluida; y una realizada por iniciativa de la Gobernación del Magdalena para el diseño y construcción de estructuras de protección costera, para controlar

3 Esta consulta será explicada a profundidad en las páginas siguientes porque además de haber sido la primera hecha en la Sierra y con la comunidad arhuaca, representa el mejor ejemplo de una consulta adelantada con el cumplimiento de todos los requisitos legales y constitucionales, de buena fe y con óptimos resultados.

los procesos erosivos que afectaban la línea de la costa entre Bocas de Ceniza y Puntas de Betín, también ya concluida[4].

Entre el año 2005 y el año 2010 la Oficina de Consulta Previa del Ministerio del Interior no reportó ningún proceso de consulta previa realizado en la Sierra Nevada de Santa Marta, lo cual demuestra que la lista que maneja, o al menos la que fue enviada para efectos de esta investigación, no está completa[5]; sin embargo, se mencionarán aquellas consultas que están allí incluidas sin pretender mencionarlas todas, ya que puede haber fallas en la fuente obtenida del Ministerio.

Para el año 2010 se reportaron cuatro consultas previas realizadas con el pueblo arhuaco. En primer lugar, aquella relativa a la construcción de la carretera denominada Ruta del Sol sector 3, que se encuentra aún en fase de apertura y en la que no ha podido llegarse a ningún acuerdo; en segundo lugar, aquella relativa a la segunda fase de diseño y construcción de estructuras de protección costera, para controlar los procesos erosivos que afectan la línea de la costa entre Bocas de Ceniza y Puntas de Betín, que se encuentra ya en fase de cierre; en tercer lugar, una consulta realizada para la construcción de obras de protección marina en el sector denominado Los Muchachitos en la carretera Santa Marta-Paraguachón, en fase de cierre; y, por último, la segunda fase de erradicación de cultivos ilícitos también en fase de cierre.

En lo que se refiere a los años 2011 y 2012, se iniciaron siete consultas previas. La primera para la concertación del ordenamiento y fortalecimiento de la actividad turística en el Camino a Teyuna o Ciudad Perdida, que se encuentra aún en fase de apertura; y la referente a la modificación de la delimitación del humedal Ramsar delta estuarino del río Magdalena, también en fase de apertura, ambos temas de altísimo impacto para la naturaleza; en tercer lugar, tres consultas iniciadas por particulares con propósitos de excavación minera aún en fase de preconsulta; posteriormente, aquella realizada por iniciativa de Promigas S. A. E. S. P. para construir dos variantes del gasoducto troncal, que a mediados de 2016 estaba aún por iniciar; aquella para determinar los daños y posibles medidas de

---

4 Información recabada del Oficio 16-000011185-DCP-2500 recibido de parte de la Oficina de Consulta previa del Ministerio del Interior, en respuesta al derecho de petición enviado solicitando el listado de procesos de consulta previa administrativa ya concluidos adelantados con la comunidad arhuaca de la Sierra Nevada de Santa Marta, así como el listado de los procesos de consulta en curso con la misma comunidad.

5 Existen procesos de consulta previa realizados con la comunidad arhuaca que el Ministerio del Interior no reportó, tal es el caso de la consulta realizada para a la construcción de la presa del cercado y el distrito de riego del río Ranchería en el año 2005 y del proceso de concertación iniciado en el año 2006 para la construcción y operación de la fase 1 del Puerto Multipropósito de Brisa, de los que se tiene conocimiento porque fueron demandados ante la Corte Constitucional.

reparación por la construcción y operación inconsulta de Puerto Brisa, ordenada por la Corte Constitucional en la sentencia T-547 de 2011; y, por último, la solicitada por el grupo Elemental S. A. S. para realizar un proyecto hidroeléctrico en el río Don Diego, que implicaría el desvío de su cauce, que se encuentra en etapa de preconsulta. Esta última ha generado enorme preocupación en los cuatro pueblos que habitan la Sierra y en la comunidad indígena wayúu, ya que el desvío del cauce de un río tiene consecuencias graves para el ecosistema y la perviviencia de comunidades.

En el 2013 se iniciaron dos procesos de consulta para excavación minera por parte de particulares, ambos aún en fase de preconsulta; se iniciaron también dos procesos ordenados por jueces de tutela por haberse incumplido el deber de consultar, ambos relativos a la prestación de servicios turísticos en el parque Tayrona, uno por parte de Aviatur, que se encuentra en fase de protocolización, y el otro por parte de la empresa Reserva Los Ciruelos, que se encuentra suspendido. Además de dos consultas relacionadas con proyectos eléctricos, una por Latinco S. A., para el aprovechamiento hidroeléctrico del río Ariguaní, aún por iniciar, y la otra por parte de ISA Intercolombia para la ampliación de la subestación de El Copey, ya concluida, como se verá más adelante. Por su parte, en el 2014 únicamente se dio inicio al proceso de consulta para la formulación del plan de ordenación y manejo de la cuenca hidrográfica del río Guatapurí, aún en fase inicial, y a un proyecto de construcción de vivienda en Pueblo Bello también en fase de apertura.

En el año 2015, tal vez gracias a la influencia de la Corte Constitucional y a la presión internacional, la actividad en materia de consultas administrativas iniciadas en la Sierra aumentó ostensiblemente en consideración con los años anteriores. El Ministerio del Interior reportó el inicio de 15 consultas previas durante dicho año: nuevamente una relacionada con la actividad turística en el Parque Tayrona en fase de apertura; cinco promovidas por Sowitec Energías Renovables de Colombia S. A. S. y por Technoelite Green Energy S. A. S., para la instalación de parques eólicos, fotovoltaicos y torres de medición de vientos, que se encuentran suspendidas o en fase inicial; aquella concebida para establecer la reparación del daño causado por la instalación y operación del batallón de la Décima Brigada del Ejército Nacional y de varias antenas públicas y de particulares en el cerro Inarwa, ordenada por la Corte Constitucional en sentencia 005 de 2016, en fase de preconsulta[6]; siete relacionadas con exploración y

6 Este caso particular también será tratado a profundidad más adelante por tratarse de un caso emblemático de consulta previa no realizada y por ende de daños para la comunidad arhuaca que actualmente deben repararse.

explotación minera todas en fase inicial; y una para la instalación de una planta solar fotovoltaica en la ciudad de Valledupar, que aún está por iniciar.

En el 2016 fueron reportadas dos solicitudes de consulta para realizar actividades mineras por parte de particulares, que aún no han empezado[7], y desde entonces hasta hoy el volumen de consultas por realizar sigue en aumento: actualmente se encuentran en curso y por iniciar entre 400 y 500, lo cual claramente es un despropósito y desborda desde todo punto de vista la naturaleza de la figura[8].

En materia de consultas legislativas, se han realizado muchas menos, y en general se ha avanzado en casi todas ellas con resultados positivos. Se han consultado con los pueblos indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta las disposiciones que se mencionan a continuación.

En primer lugar se encuentran aquellos procesos de consulta que no han culminado, como el Proyecto de Ley por medio del cual se modifica parcialmente los títulos II, VI, VII, IX y XVI de la Ley 99 de 1993; el Proyecto de Ley de Tierras y Desarrollo Rural; el proyecto que se refiere al Sistema de Educación Indígena Propio (SEIP); y el proyecto de ley sobre entidades territoriales indígenas. Estos procesos de consulta siguen en curso y sus actas no pudieron conocerse ya que el pueblo arhuaco solicitó que fueran reservadas[9].

En segundo lugar, se encuentran el Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014, el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018, el Plan Nacional de Desarrollo 2018-2022, el proyecto sobre el XVIII Censo Nacional de Población y VII de Vivienda, aquel relativo al Decreto-Ley 4633 de 2011 por medio del cual "se dictan medidas de asistencia, atención, reparación integral y restitución de derechos territoriales a las víctimas pertenecientes a los pueblos y comunidades indígenas", el Decreto Ley 902 de 2017, por el cual se implementa la Reforma Rural Integral, el Decreto Ley 893 de 2017, por el cual se implementan los Programas de Desarrollo con Enfoque Territorial, así como todos los demás relacionados con el implementación del Acuerdo de Paz, la Ley 1922 de 2019 sobre Administración de

---

7 Información recabada del Oficio 16-000011185-DCP-2500 recibido de parte de la Oficina de Consulta Previa del Ministerio del Interior, en respuesta al derecho de petición enviado solicitando el listado de procesos de consulta previa ya concluidos adelantados con la comunidad arhuaca de la Sierra Nevada de Santa Marta, así como el listado de los procesos de consulta administrativa en curso con la misma comunidad.

8 En el mes de junio de 2019 se solicitó la lista actualizada de las consultas actualmente en curso al Ministerio del Interior pero no se obtuvo respuesta.

9 Información recabada del oficio EXTIM16-0008327 recibido en respuesta al derecho de petición enviado a la Oficina de Asuntos Indígenas, ROM y Minorías del ministerio del Interior, solicitándole la lista y los avances de los procesos de consulta previa legislativa llevados a cabo con las comunidades indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta.

Justicia en la Jurisdicción Especial para la Paz, las normas y los procedimientos del Sistema de Verdad, Justicia, Reparación y no Repetición, los cuales ya se encuentran culminados.

En el caso del Plan Nacional de Desarrollo 2010-1014, la Oficina de Asuntos Indígenas ROM y Minorías consideró que se trató de un proceso histórico en el país, ya que tuvieron que establecerse tiempos y procedimientos excepcionales para poder aprobarlo, garantizando la participación de los pueblos y comunidades indígenas por primera vez en este tipo de medidas. Afirmó también que algo similar ocurrió con el Decreto Ley 4633 de 2011 y con el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018[10].

Del análisis de las consultas administrativas reportadas desde el 2005 hasta hoy puede concluirse que la gran mayoría de ellas no ha llegado a la fase de cierre, solo ocho de las 41 mencionadas han logrado llegar hasta el final, mientras que las demás siguen en fase de preconsulta, o se encuentran en las primeras etapas de la consulta o ni siquiera se han iniciado. Estos resultados demuestran que algo está fallando en la aplicación de estos procesos, y ello implica que el derecho protegido esté siendo vulnerado, y aunque la resistencia de las comunidades ha logrado frenar y suspender algunas de las iniciativas, muchas otras se han emprendido sin haberse realizado la respectiva consulta, sobre todo en materia de minería. La inexistencia de una ley que regule los procesos de consulta previa, la ineficiencia del Ministerio del Interior y el aprovechamiento de las diferencias existentes entre los indígenas y los no indígenas son solo algunos de los factores que hacen que aún hoy se sigan causando daños por vía de la no aplicación o de la deficiente aplicación de este mecanismo, que además es un derecho fundamental de todas las comunidades.

En cuanto a las consultas legislativas, si bien este no es el escenario para describir cada uno de los acuerdos a los que llegó el gobierno con las comunidades indígenas interesadas en los procesos de consulta ya concluidos, sí vale la pena resaltar que en este ámbito, generalmente, se logra de manera más sencilla el consenso y se cumple a cabalidad con la participación de las minorías. Probablemente ello es así porque se trata de asuntos de interés nacional que requieren ser decididos con mayor celeridad, y porque no implican afectaciones inmediatas en la cotidianidad de las comunidades como sí lo hacen las medidas administrativas

---

10 Información obtenida del oficio OFI15-000019387-DAI-2200 de la Oficina de Asuntos Indígenas, ROM y Minorías del Ministerio del Interior, como respuesta al derecho de petición enviado solicitando las actas de las reuniones llevadas a cabo con el pueblo arhuaco en el ámbito de la consulta previa del Plan Nacional de Desarrollo 2010-2014, 2014-2018 y del Decreto Ley 4633 de 2011.

relacionadas con explotación de recursos naturales o con intervenciones directas en los territorios ocupados por éstas.

Con un panorama más o menos general del tipo de intervenciones que se realizan en la Sierra Nevada de Santa Marta, se ilustrarán a continuación algunos casos emblemáticos que permitirán la comprensión de los daños que allí se han causado, afectando directamente a los iku y a las demás comunidades indígenas que allí habitan. Tal y como lo diría Esther Sánchez Botero, "los casos son una fuente de conocimiento que permite inspeccionar a fondo los conflictos aportando elementos complementarios que muestran la riqueza y complejidad de la realidad; a través de ellos se puede descubrir el ámbito cultural y étnico en el que se desarrolla una situación, y, confrontar la diversidad de los principios y normas que rigen internamente en cada una de las comunidades con los principios y normas del derecho positivo estatal. La particularidad de cada caso logra mostrar la dependencia entre derecho y cultura y, por lo tanto, las dificultades que se presentan cuando son examinados desde un sistema de derecho distinto del que hacen parte los implicados"[11].

A. CERRO INARWA O ALGUACIL[12]

En 1962 se construyó una torre de televisión y el Ejército Nacional ocupó el cerro Alguacil o Inarwa, ubicado en el municipio de Pueblo Bello, en el departamento del Cesar, sin tener en cuenta que éste formaba parte del territorio ancestral del pueblo arhuaco. Inicialmente se trató de una ocupación de hecho, pero luego el personero municipal de Valledupar le otorgó la titularidad del derecho de dominio sobre el cerro al Ministerio de Guerra (actual Ministerio de Defensa) mediante escritura pública 104 del 25 de febrero de 1965. A partir de ese momento empezaron a desconocerse los derechos de la comunidad y a limitarse su acceso a uno de los principales centros de pagamento de ella. Debe tenerse en cuenta que si bien en ese momento no existían la Constitución de 1991 ni el Convenio 169 de la OIT, sí había una norma que los protegía y que no se tuvo en cuenta: se trata de la Ley 135 de 1961 sobre reforma social agraria, que en

---

11 SÁNCHEZ, ESTHER, *Peritazgo antropológico. Una forma de conocimiento*, en El otro Derecho, ILSA, Bogotá, 1985.

12 Los hechos que se narran a continuación fueron tomados tanto de la sentencia T-005 de 2016 de la Corte Constitucional como del informe presentado a la Corte Constitucional por parte de la Confederación Indígena Tayrona en el año 2012 y de las entrevistas realizadas a algunos líderes arhuacos como Gelver Zapata y Rogelio Torres durante el trabajo de campo llevado a cabo a finales del mes de abril de 2016. Algunas anotaciones sobre este caso fueron presentadas entes, en las páginas 29, 63, 236 y 266.

su artículo 29 establecía que no podrían hacerse adjudicaciones de baldíos que estuvieran ocupados por indígenas sin el concepto favorable de la División de Asuntos Indígenas del Ministerio del Interior.

Sin embargo, el 13 de enero de 1978 se registró ante la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos la mencionada escritura, sin tenerse en cuenta que para ese momento el Estado colombiano ya había reconocido que el cerro Alguacil formaba parte del territorio sagrado de las comunidades nativas de la Sierra Nevada de Santa Marta, al estar ubicado dentro de su Reserva Indígena según las resoluciones 002 del 4 de enero de 1973 y 113 del 4 de noviembre de 1974 del Ministerio de Gobierno (hoy Ministerio del Interior), que demarcaron simbólica y radialmente los hitos periféricos de la Línea Negra y de la Reserva Indígena Arhuaca.

Posteriormente, mediante la escritura pública 4549 de octubre 23 de 2006, se registró una anotación en el folio de matrícula inmobiliaria original que, indicaba: "[…] la construcción conformados [*sic*] por la construcción tradicional de un piso, con un área aproximada de 195 m², una estructura en muro de carga, mampostería en ladrillo, paredes en pañete estuco vinilo, pisos en cemento mineral, cubierta en teja eternit sobre estructura metálica, carpintería puertas en madera, con distribución de tres habitaciones grandes, dos habitaciones pequeñas, comando y cocina, baños sencillos con sus inmobiliario [*sic*] en mal estado, con destino a las instalaciones del Batallón de Artillería n.º 2 La Popa: Comando base militar".

Debe indicarse que en ningún momento durante todo el tiempo transcurrido entre 1962 y 2016 se intentó realizar ningún tipo de consulta con la comunidad afectada ni llegar a ningún acuerdo, simplemente el Ejército se instaló en el cerro, construyó una estructura desde donde se dirigían operaciones e impedía el paso a los indígenas sin consideración alguna, por más que con el paso del tiempo se fueron reconociendo cada vez más derechos para estas minorías y se reiteraba la existencia de la Línea Negra y la necesidad de consultar todo aquello que decidiera hacerse dentro de sus límites.

Por otra parte, además de operar desde allí, el Ejército permitió la explotación del cerro por parte de terceros, quienes instalaron más de 480 antenas de comunicación y datos, igualmente, sin llevarse a cabo ningún tipo de concertación ni consulta. Por ejemplo, Electricaribe S. A. E. S. P. y Movistar S. A. instalaron redes eléctricas y antenas de comunicación y datos, sin consulta previa, así como también lo hicieron Telecaribe y muchas otras empresas.

En el año 2009, con ocasión de la expedición del auto 04, la Corte Constitucional se refirió a las vulneraciones de las que habían sido objeto los arhuacos en el cerro Alguacil y ante el silencio del Gobierno, dio traslado al Ministerio

del Interior para que dispusiera las medidas de protección necesarias, sin que se obtuviera resultado alguno.

En el 2012 la comunidad arhuaca elaboró un informe destinado a la Corte Constitucional en el que indicó que llevaba 50 años soportando la ocupación de sus territorios ancestrales por parte de las Fuerzas Militares de Colombia, sin que el Estado Colombiano le hubiera garantizado el respeto por sus derechos fundamentales amparados por la Constitución colombiana y por los tratados internacionales (pese a haberse quejado en repetidas oportunidades frente a la Defensoría del Pueblo, la Procuraduría General de la Nación, el Ejército Nacional e incluso frente a la misma Corte Constitucional). Indicaron entonces que parte de sus territorios sagrados habían sido entregados al Ministerio de Defensa, desconociendo normas legales vigentes que así lo prohibían, y que allí se desplegaban actividades propias de la táctica y la estrategia militares sin su consentimiento, lo cual atentaba incluso contra su propia integridad física, ancestral y cultural. Por lo anterior, solicitaron expresamente que se adoptaran las medidas necesarias para investigar y juzgar a los responsables y para reparar los daños causados a su territorios ancestrales y sagrados representados en el cerro Alguacil o Inarwa ocupado de forma inconsulta y sin acuerdo previo.

Finalmente, en el 2015, tras haber luchado incansablemente por recuperar este lugar sagrado, la comunidad, por medio de representante legal, interpuso una acción de tutela contra la Nación, el Ministerio de Defensa Nacional, el Ejército Nacional, la Décima Brigada Blindada de Valledupar, el Ministerio del Interior, el Ministerio de Cultura, el Ministerio de Tecnologías de la Información y Comunicaciones y el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, por considerar vulnerados sus derechos fundamentales a la consulta previa, y al territorio y conexos, en el marco de la protección de su integridad cultural, económica y social. Sin embargo, antes de indicar los resultados de la acción, vale la pena mencionar exactamente, cuáles fueron las afectaciones concretas o daños que la comunidad arhuaca consideraba haber padecido con ocasión de la ocupación militar y la presencia de múltiples antenas de comunicaciones y datos en un cerro que para ellos es sagrado.

La afectación de los lugares sagrados de los iku genera la imposibilidad de realizar pagamentos y ello tiene implicaciones muy graves dentro de su cosmovisión, para su estructura e integridad cultural; además, la presencia de terceros no indígenas y de estructuras materiales ajenas a la naturaleza genera la ruptura del equilibrio que debe mantenerse entre el hombre y la Madre Tierra según la Ley de Origen; la profanación y el robo de objetos sagrados genera el mismo tipo de consecuencias y, por ende, la necesidad de realizar una actividad espiritual mucho más intensa, entre otras afectaciones.

Nujuákala significa sitio sagrado, y tal y como se vio en el capítulo primero, cada sitio sagrado representa una parte de la Ley de Origen y contiene normas para el manejo y uso del territorio. Las normas que se encuentran en cada sitio sagrado son también sagradas e inmutables porque fueron dictadas por los Padres Espirituales para conservar el ambiente y todos sus componentes, y constituyen las directrices para vigilar, cuidar y proteger el espacio; por eso deben ser consultadas e interpretadas permanentemente.

Cada sitio sagrado además tiene una función especial, y de su correcta articulación depende el buen funcionamiento de todos los aspectos de la vida ambiental, cultural, política, social y económica de la comunidad. Entre las distintas funciones que tienen los diferentes sitios sagrados están: el mantenimiento de todas las especies animales y vegetales, la producción y conservación del agua y de la lluvia, la prevención o cura de las enfermedades tanto de los humanos como de la naturaleza, el empoderamiento de cada una de las autoridades y la repartición de funciones entre los líderes como la enseñanza, el mantenimiento de la cultura y la solución de conflictos. Por eso, cada vez que se va a ejecutar una actividad que incida sobre el territorio, por ejemplo, construir tumbas, preparar el terreno para las siembras, cazar, construir viviendas, caminos o puentes, es requisito fundamental hacer rituales de pagamento en el sitio sagrado correspondiente, para pedirles permiso a los dueños de cada una de ellas o de los seres o semillas que van a ser utilizados, y así mitigar los desequilibrios e impedir las consecuencias negativas que puedan producirse[13].

El cerro Inarwa en particular es un lugar sagrado que representa para los iku al dios o padre de los alimentos.

> Desde hace siglos los indígenas de la Sierra Nevada se comunican con sus dioses haciendo una ofrenda con semillas en el cerro Inarwua, una de sus montañas sagradas. Cuentan los mamos que sus abuelos subían hasta el cerro para ofrendar las semillas y los frutos a sus dioses, porque Inarwa había sido creado por la madre naturaleza para proveerles el alimento y para establecer comunicación con sus deidades. Inarwa era como el padre de todas las semillas que existen actualmente, aquí en nuestro territorio indígena. Todos nuestros abuelos, nuestros ancestros han ido a pagar allá. Pero por falta de claridad en el registro de estas tierras, no pudieron volver ni a Inarwa ni a comunicarse con sus dioses, la comunicación con el más allá está cada vez más difícil porque entre los mamos y los dioses se interponen 480 antenas y una base militar, que causan interferencia. Muchas enfermedades que están existiendo es porque nosotros no nos

13 Documento Madre de la Línea Negra –Jaba Séshizha– de los cuatro pueblos indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta, Consejo Territorial de Cabildos Indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta, diciembre de 2015, pp. 6-34.

> hemos ido a allá a pagar, es por eso. Muchos veranos, muchas lluvias. La comunicación espiritual de los Indígenas con sus dioses fue interrumpida[14].
>
> El pagamento o retribución del padre Inarwa es el ejercicio, ritual que hace posible las condiciones óptimas biofísicas del suelo, la germinación de las semillas, la reproducción de elementos en función de lograr su conservación, la reproducción de las semillas, y en general el aseguramiento de la alimentación propia de la población indígena de la sierra nevada. Consistente este "pagamento" en rituales, bailes y conversación directa con los Padres y Madres a fin de obtener de ellos la correspondencia en la solución que aqueja la comunidad en materia de alimentación física y espiritual[15].

La construcción de la base militar, la presencia de las antenas y la operación del Ejército desde el cerro le han causado a la comunidad daños muy graves desde su punto de vista, por ejemplo, la incomunicación con el padre de los alimentos, que ha degenerado en enfermedades, desnutrición, sequías e inundaciones que han arruinado las cosechas, además de la imposibilidad de acceder a su territorio ancestral para realizar sus pagamentos lo cual implica un fuerte debilitamiento de su cultura e identidad[16].

Por este motivo, la razón principal de la acción de tutela interpuesta en el año 2015 era solicitarle a la Corte que ordenara la realización de un proceso de consulta, ya no previa porque las actividades y los daños estaban hechos, pero sí para determinar los impactos de la instalación y operación de la base militar, y las antenas de comunicaciones y datos, y para precisar los mecanismos de reparación o mitigación del daño para el pueblo arhuaco por las afectaciones causadas. En palabras del Instituto Colombiano de Antropología e Historia, la presencia de la base militar "no solo afecta la autonomía indígena como derecho fundamental a la autodeterminación, sino también los modos de transmisión y reproducción de la estructura de organización social, política y territorial, representada en el mapa simbólico de cadenas montañosas jerarquizadas de la Sierra Nevada de Santa Marta, siendo posible identificar algunos impactos

---

14 [http://noticiasunolaredindependiente.com/2012/06/30/secciones/que-tal-esto/que-tal-esto-antenas-kogui/].

15 Intervención de la Onic ante la Corte Constitucional, tomada de la sentencia T-005 de 2016.

16 Cit. ibídem: "[…] vemos entonces un impacto negativo de como los alimentos propios desaparecen, las pestes de los suelos se vuelven incontrolables, y las semillas dejan de germinar, queriendo decir que en tiempos anteriores a la ocupación del cerro o padre Inarwa no sucedía esto, y que para seguir viviendo y manteniendo la cultura y por ende la humanidad se requiere su recuperación y restablecer el orden natural la contribución a la pervivencia radica, en el ejercicio cultural y espiritual que es mandato de origen, de las retribuciones que aseguran el funcionamiento energético para la alimentación de la población y en el goce efectivo de las respuestas de los Padres y Madres de los alimentos".

culturales sobre el territorio indígena arhuaco relacionados con el ecosistema –flora y fauna–, el riesgo de pérdida de saberes ambientales y la no realización de pagamentos al limitar el acceso de la comunidad al lugar"[17]; afectaciones e impactos que deben ser reparados a través de un proceso de consulta y concertación con la comunidad afectada.

La acción de tutela fue resuelta en primera instancia por el Tribunal Administrativo del Cesar, que protegió los derechos de la comunidad arhuaca y, como consecuencia, les ordenó a la Nación, al Ministerio de Defensa Nacional, al Ejército Nacional y a la Décima Brigada Blindada de Valledupar realizar el proceso de consulta con los representantes de la comunidad, orientado a determinar el impacto que les ha causado y pueda llegarles a causar la construcción y operación de la base militar ubicada en el cerro Alguacil, en un periodo de 30 días hábiles a partir de la notificación de la sentencia; además, exhortó al Ministerio de Defensa Nacional para que, de haber autorizado la construcción y operación de estaciones de comunicación en el cerro Alguacil sin agotar el requisito de consulta previa, procediera a cumplir dicho trámite con las mismas finalidades de determinación de impactos; previno al mismo ministerio de abstenerse de autorizar construcciones o cualquier tipo de actividad sobre el cerro Alguacil; y exhortó a la Dirección de Asuntos Étnicos del Incoder para que revisara las irregularidades del proceso de titulación de tierras en el municipio de Valledupar y adoptara las medidas necesarias para formalizar la titularidad de los predios que las comunidades indígenas reconocen como ancestrales.

Dicho tribunal consideró que la acción de tutela era el único mecanismo jurídico con que contaba el pueblo arhuaco para reclamar la protección de su derecho a ser consultado. Respecto al principio de la inmediatez, indicó que si bien había transcurrido un tiempo prolongado desde la ocurrencia del primer hecho lesivo, la tutela era procedente ante la afectación actual de las garantías fundamentales de la comunidad, que se seguía produciendo por los actos de operación de la base militar y de las antenas cuya construcción no fue objeto de consulta previa, por lo cual podía predicarse la existencia de un daño actual susceptible de amparo.

Explicó que el deber de realizar la consulta previa no solo comprendía las áreas establecidas como resguardo indígena o territorio colectivo de comunidades étnicas, sino que también incluía aquellas efectivamente habitadas por la comunidad, y los lugares con los cuales guardaba una estrecha relación espiritual o cultural aunque estuvieran por fuera del territorio demarcado. De modo que la

---

17 Intervención del instituto Colombiano de Antropología e Historia ante la Corte Constitucional, tomada de la sentencia T-005 de 2016.

existencia o no de un título de propiedad no descartaba, de suyo, la realización de la consulta.

Este fallo fue impugnado por los demandados y la Subsección "B" de la Sección Segunda del Consejo de Estado revocó el amparo del derecho a la consulta previa. La decisión se sustentó en que, en opinión del *a quem*, el cerro Alguacil no estaba dentro de la delimitación de la Línea Negra, por lo cual no habría evidencia de que pertenecía al territorio ancestral de la comunidad arhuaca. Además, consideró que la existencia de una base militar por sí misma no representaba un riesgo para la población, a menos que se demostrara que había una amenaza grave e inminente para la vida o integridad de los demandantes; y concluyó que debía tenerse en cuenta además que el cerro Alguacil era un punto de gran importancia táctica y estratégica, a través del cual se brindaban comunicaciones a gran parte de los departamentos de César, La Guajira y Magdalena, y era un punto en el que se coordinaba el sobrevuelo de aeronaves, operaciones militares, señal para televisión, radio, telefonía celular y seguridad para los habitantes de esta zona del país.

La tutela llegó en sede de revisión a la Corte Constitucional y fue resuelta mediante sentencia T-005 de 2016, sentencia histórica para la comunidad arhuaca y para los pueblos indígenas de Colombia en general. En este caso la Corte reiteró su jurisprudencia sobre el principio constitucional de diversidad étnica y cultural como expresión del carácter democrático, participativo y pluralista del Estado colombiano, a través del reconocimiento de la diversidad y la aceptación de la multiplicidad de formas de vida y cosmovisiones. Indicó que como parte de su reconocimiento se encontraban disposiciones constitucionales como el derecho de propiedad de resguardos y tierras colectivas inalienables, imprescriptibles e inembargables, la jurisdicción especial para los pueblos indígenas, el derecho a gobernarse por sus propias autoridades según sus usos y costumbres, y un régimen especial de representación en el Congreso para las comunidades indígenas y los grupos étnicos, y que el amparo de los derechos fundamentales de las comunidades indígenas era indispensable para garantizar su supervivencia, lo cual implicaba la conservación de su cultura, tradiciones ancestrales, valores, cosmovisión e identidad social, religiosa y jurídica, entre otros. Además, el tribunal constitucional resaltó que la existencia física de los pueblos étnicos estaba íntimamente relacionada con el lugar donde se asientan porque allí desarrollan y expresan su identidad y cultura diferenciada, de lo cual también se deriva el derecho fundamental a la tierra y el territorio.

En cuanto a la consulta previa, luego de mencionar los avances nacionales e internacionales al respecto, y de reiterar su carácter de derecho fundamental, hizo nuevamente un recuento de sus características, funciones, ámbito de aplicación y requisitos y agregó un aspecto fundamental al indicar que "de manera excep-

cional procede como mecanismo de compensación e indemnización de daños ya causados, porque a pesar del carácter preventivo, existen casos en que la medida fue adoptada y ejecutada de manera inconsulta, produciendo el impacto negativo en la comunidad, lo cual no significa que no deba agotarse el procedimiento, sino que este debe encaminarse a corregir los perjuicios ocasionados". Y reiteró que la acción de tutela no perdía alcance o vigencia para proteger este derecho cuando la obra que afectaba a la población ya se había ejecutado, o cuando las decisiones que perjudican a una comunidad estaban implementándose, si el daño se seguía causando.

En cuanto al derecho fundamental a la propiedad colectiva de sus territorios en cabeza de las comunidades indígenas, la Corte indicó que se trata de un derecho esencial para la supervivencia de su cultura y valores espirituales. El territorio no solo es su principal medio de subsistencia sino que además constituye un elemento integrante de su cosmovisión y religiosidad, que comprende tanto la superficie como los recursos naturales no renovables allí existentes. Recordó también que últimamente la jurisprudencia había establecido que este derecho estaba ligado a la noción de posesión ancestral, lo cual permitía desvincularlo de los requisitos de titulación exigidos por la regulación civil al interpretarlo como una protección derivada del bloque de constitucionalidad, de manera que se entendía por territorio ancestral indígena digno de protección como derecho fundamental no solo aquél sobre el que se tiene un título, sino todo aquel sobre el que una comunidad se desarrolle física, cultural y espiritualmente.

Sobre el reconocimiento estatal de la denominada Línea Negra, la Corte reiteró que el compromiso asumido por el Estado no se limitaba a la garantía de proteger algunos sitios dentro de aquella, sino a la totalidad del territorio que se encuentra dentro de sus límites, sin que ello significara que no puedan ejecutarse contratos de concesión en su interior, sino que sobre ellos debería informarse a las comunidades indígenas que habitan la Sierra Nevada de Santa Marta, con el propósito de agotar el derecho a la consulta previa. Sostuvo que no es suficiente que el Ministerio del Interior certifique que en el área en la cual se efectuará un determinado proyecto no hay presencia de comunidades indígenas, cuando el territorio que se va a afectar se encuentre dentro del espacio delimitado por la Línea Negra, ya que el espacio protegido no lo es con ocasión a la cercanía de la comunidad, sino por el carácter sagrado que involucra su totalidad. Y agregó que todos los actos administrativos por medio de los cuales se hayan concedido permisos para la explotación dentro de la Línea Negra, con posterioridad a la ratificación del convenio 169 de la OIT por Colombia, sin realizar el procedimiento de consulta previa, vulneraban los derechos fundamentales de las comunidades indígenas que allí habitan y por ello, aunque se presuman

legales, son susceptibles de perder sus atributos de ejecutividad y ejecutoriedad, toda vez que su expedición fue contraria a la Constitución.

Finalmente, la Corte procedió a resolver el caso concreto e indicó que si bien había trascurrido un lapso más que razonable desde la construcción de la base militar y la instalación de las diferentes antenas, la vulneración de los derechos no solo seguía siendo actual, sino que se había agravado con el paso del tiempo. Se dio por probado, entonces, que el cerro Inarwa se encontraba dentro de los límites de la Línea Negra y que a raíz de la instalación de la base militar y de las múltiples antenas la comunidad había perdido el libre acceso a dicho territorio y por ende le había sido imposible acudir allí a realizar sus pagamentos, pese a que desde el principio se había manifestado con el fin de llamar la atención del Gobierno y lograr el reconocimiento y protección de su territorio ancestral, desatacando la importancia de la realización de las actividades de pagamento por las semillas y los alimentos al padre Inarwa en el cerro Alguacil, y que estas vulneraciones le habían ocasionado graves daños.

Así mismo, se probó que desde tiempos inmemoriales los indígenas habían estado asentados en el lugar que en su cosmovisión es el corazón del mundo, que éstos explicaban su presencia en la Sierra Nevada de Santa Marta no como algo casual sino como parte de la misión que les fue encomendada por la Madre en la Ley de Origen, que consiste en mantener el equilibrio de la naturaleza; de ahí la importancia de sus prácticas tradicionales, ceremonias y rituales. En este contexto, la Sierra Nevada de Santa Marta y sus zonas aledañas, como el cerro Inarwa, ancestralmente habían sido territorio indígena, y su importancia para la comunidad arhuaca radicaba en la conexión espiritual que existía entre ellos y esa tierra, ya que era ese lugar donde ellos desarrollaban su cultura a través de los ritos y ceremonias de pagamento, que en su cosmovisión representan el cumplimiento de su misión en el mundo. Por último, también se probó que en este cerro los arhuacos tenían al padre Inarwa, que es su dios de los alimentos, a quien le debían la germinación de las semillas y la producción de los alimentos para la población de la Sierra Nevada, siendo necesaria la compensación a través de rituales, bailes y conversación directa con los Padres y Madres para obtener la correspondencia entre lo físico y lo espiritual.

La Corte concluyó que se encontraba demostrada la afectación directa a la comunidad indígena arhuaca en la medida que se les había impedido acceder libremente al territorio ancestral para realizar las prácticas culturales que garantizan su existencia como grupo diferenciado; sin embargo, consideró que teniendo en cuenta que dichas edificaciones y estructuras se habían ido instalado progresivamente desde 1965 hasta el 2014, y que la demolición de ellas podría poner en riesgo la seguridad nacional porque el cerro era un punto estratégico

desde donde se coordinaban operaciones militares de gran importancia, se monitoreaba el espacio aéreo, se transmitía señal de televisión, radio, telefonía y datos para el norte de Colombia y se conducía energía eléctrica para la región Caribe, no podría ordenarse la suspensión inmediata de actividades, ya que el impacto y eventual daño que podría causarse no solo se extendería a los habitantes del área de influencia –los departamentos de Magdalena, Cesar, La Guajira y Atlántico– sino a la población general del país.

Por esta razón, indicó que el Ministerio de Defensa Nacional, el Ejército Nacional, la Décima Brigada Blindada de Valledupar, el Batallón de Artillería n.º 2 La Popa, la Policía Nacional, la RTVC, Movistar, Electricaribe S. A. E. S. P., el Canal Regional de Televisión Caribe (Telecaribe) y la Empresa de Comunicaciones del Cesar y La Guajira SAS debían construir un diálogo concertado y continuo encaminado a considerar la posibilidad futura de que en un plazo razonable se llevara a cabo el retiro definitivo de la base militar, los tendidos eléctricos, las antenas y torres de comunicaciones. Y que teniendo en cuenta la imposibilidad de agotar actualmente las consultas previas que no se llevaron a cabo porque las obras de construcción e instalación ya habían culminado y por razones de seguridad nacional y continuidad en la prestación de los servicios no había lugar a suspender su funcionamiento, se debían adoptar entonces las medidas de reparación para proteger en lo sucesivo los derechos de la comunidad indígena arhuaca.

Consideró además el alto tribunal que "la lesión de la integridad cultural de la comunidad continua vigente en la medida que el uso de su territorio ancestral continúa siendo afectado y limitado" y que ésta debe repararse con medidas de reparación al impacto cultural como modalidad de daño inmaterial, ya que la construcción del batallón, la instalación de antenas, torres y subestaciones y el cerramiento del cerro Inarwa lesionaron valores muy significativos del pueblo indígena, sus creencias, valores y tradiciones, y causaron perturbación espiritual entre sus miembros, a tal punto que relacionan las catástrofes naturales con la imposibilidad de realizar los pagamentos por los alimentos que toman de la tierra. El daño inmaterial causado debería ser reparado con acciones y otras medidas que contribuyeran a la preservación y recuperación de los valores culturales de la comunidad arhuaca, a través de

> (1) la adopción de medidas que aseguren que la comunidad pueda continuar haciendo uso del cerro Alguacil; (2) la determinación en conjunto con la comunidad de los impactos específicos causados con la base militar y las antenas, torres y subestaciones en términos culturales, espirituales, etc.; (3) el diseño conjunto, de conformidad con los usos y costumbres de la comunidad y su derecho consuetudinario, de acciones y medidas de compensación y reparación que permitan mitigar el daño causado y contribuyan a recuperar y conservar sus prácticas, costumbres y tradiciones.

Por todo lo expuesto, la Corte revocó la sentencia proferida por la Subsección "B" de la Sección Segunda del Consejo de Estado que negó el amparo del derecho fundamental a la consulta previa, y protegió los derechos fundamentales a la integridad cultural, autonomía y autodeterminación de los pueblos indígenas, al territorio y a la participación de la comunidad indígena arhuaca de la Sierra Nevada de Santa Marta y ordenó a la Nación, al Ministerio de Defensa Nacional, al Ejército Nacional, a la Décima Brigada Blindada de Valledupar y al Batallón de Artillería n.º 2 La Popa garantizar a la comunidad indígena arhuaca el libre acceso al cerro Alguacil con el fin de que puedan realizar sus ceremonias de pagamento; a los anteriores y a la RTVC, a Movistar, a Electricaribe S. A. E. S. P., al Canal Regional de Televisión Caribe (Telecaribe) y a la Empresa de Comunicaciones del Cesar y La Guajira SAS realizar el proceso consultivo con los representantes de la comunidad, orientado a determinar el impacto cultural causado por la construcción y operación de la base militar y la instalación de las antenas, torres de comunicaciones, datos, telefonía, televisión, radio, aeronavegación y las subestaciones eléctricas en el cerro Alguacil, estableciendo medidas de compensación y mitigación de los daños causados; y considerar la posibilidad futura de que en un plazo razonable se llevara a cabo el retiro definitivo de la base militar, los tendidos eléctricos, las antenas y torres de comunicaciones, sin que en el entretanto se pretenda la suspensión de ninguna de las actividades militares ni de comunicaciones, radio, televisión, energía, telefonía, aeronavegación que se realizan en el cerro Alguacil.

Como puede observarse, se trata de una providencia muy importante porque además de reiterar la posibilidad de llevar a cabo consultas para determinar los daños e impactos ya causados por la no realización de una consulta previa, afirmó que es tan importante la reparación del daño inmaterial y cultural causado a la comunidad, que incluso debe concertarse el proceso de desmonte de la base militar y de las antenas pese a que son estructuras de interés general para toda la Nación. Aún no se ha establecido el enorme impacto que una providencia como esta puede causar a futuro, para algunos puede resultar excesivamente proteccionista, pero vale la pena resaltar que gracias a este tipo de avances por fin empezarán a verse resultados concretos en materia de protección de los derechos indígenas en el país. Sin embargo, debe mencionarse que si bien el proceso formal de consulta ya empezó[18], no ha avanzado de la mejor manera.

---

18 Una de las estancias realizadas con el objetivo de obtener información y desarrollar trabajo etnográfico en el interior de la comunidad iku fue precisamente a inicios de 2016, cuando hacía pocos días se había expedido la sentencia T-005 de dicho año. En esa oportunidad se me permitió participar en las

Por un lado, la comunidad ya identificó los daños causados y los mecanismos de reparación y mitigación de estos, para lo cual se conformó un grupo de autoridades y sabios encargados de representar a la comunidad en el proceso; pero, por otro, no se ha logrado estructurar el modo en que habrán de llevarse a cabo las órdenes de la Corte Constitucional, ya que ni el Estado ni los particulares implicados han facilitado la liberación completa del cerro y han pedido plazos hasta de 20 años para hacerlo.

Se resalta la importancia de este caso, toda vez que representa el reconocimiento de la existencia de daños inmateriales a la cultura arhuaca ocasionados por no haber adelantado procesos de consulta previa antes de la ocupación de un territorio sagrado para ésta, así como de la necesidad de repararlos según las costumbres y cosmovisión de aquella. Además, al revisar toda la documentación propuesta es fácil comprender que efectivamente los daños que se causaron en este caso corresponden a categorías de daño casi inexploradas en el ordenamiento positivo, relacionadas con la cultura, las tradiciones, las creencias religiosas y la espiritualidad, que implican no solo un estudio y análisis antropológico con un enfoque diferencial sino que requieren incluso la comprensión de un lenguaje distinto; piénsese en el daño causado al padre de los alimentos, que repercute además en la comunidad a través de las sequías, las malas cosechas o las inundaciones, o la ruptura del sistema energético de la Sierra por la interferencia que causan las antenas, solo por poner algunos ejemplos.

B. PARQUE TAYRONA[19]

El Parque Tayrona se encuentra ubicado en la base de la Sierra Nevada de Santa Marta, en jurisdicción del departamento del Magdalena; dada su riqueza natural y su belleza, fue declarado Parque Nacional Natural en 1964 mediante la Resolución 191 del entonces Instituto Colombiano para la Reforma Agraria (Incora), para garantizar la reserva y conservación del ecosistema. Posteriormente, dicha

---

reuniones de implementación y planeación de las medidas y los pasos necesarios para hacer efectiva la mencionada sentencia e incluso se me solicitó colaboración en la explicación de los alcances de la sentencia, en la elaboración de las actas de las reuniones y en la conformación del comité de autoridades y mamos. Para lo anterior tuve que participar en varios rituales de limpieza y purificación, así como en uno específico del cual depende la autorización para trabajar con ellos, que se explicará en profundidad en la nota 49 de este capítulo.

19 Los hechos aquí relatados fueron tomados de la sentencia que resolvió la acción de tutela instaurada por la comunidad arhuaca, proferida por el Tribunal Administrativo del Magdalena el 11 de enero de 2013, exp. 47-001-2333-000-2013-00009-00, y de la demanda interpuesta por la Fundación Misión Colombia en nombre y representación del pueblo arhuaco el 22 de enero del año 2013.

resolución fue modificada por el Acuerdo 04 de 1969 y por la Resolución 292 del mismo año del entonces Inderena[20], que proclamaron 15.000 hectáreas terrestres y 4.500 hectáreas marinas como parque natural por el alto valor biológico y arqueológico que poseen. Pese a estar sometido al régimen especial de parques nacionales naturales[21], este territorio se encuentra dentro de los límites de la Línea Negra y por ende hace parte del territorio ancestral de los cuatro pueblos indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta, y además constituye para ellos territorio sagrado.

Pese a lo anterior, la Unidad Nacional Administrativa Especial del Sistema de Parques Nacionales Naturales le entregó en concesión parte de los territorios del Parque Tayrona a la Unión Temporal Concesión Tayrona (compuesta por Aviatur S. A., Passarola Tours Ltda. y la Cámara de Comercio de Santa Marta), con propósitos turísticos y de recreación[22], sin que se hubiese cumplido la consulta previa con las comunidades indígenas afectadas, bajo la tesis de que como en ese lugar no hay resguardo indígena como tal, la consulta previa no era necesaria, con lo cual se afectó el acceso de los indígenas al parque y les impide realizar pagamentos en ese lugar. Además, cuando se le solicitó a la Oficina de Consulta Previa del Ministerio del Interior información sobre la presencia de grupos indígenas en el área de interés, ésta, mediante el oficio OFI11-30509-GCP-0201 del 21 de julio de 2011 certificó la inexistencia de comunidades indígenas en el Parque Tayrona.

A causa de los hechos descritos, la comunidad arhuaca decidió interponer acción de tutela solicitando que se protegieran los derechos fundamentales de las comunidades indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta a la consulta previa y a la propiedad colectiva de su territorio y en consecuencia se dejaran sin efectos el contrato de concesión 002 del 4 de julio de 2005, la modificación

---

20 Instituto Nacional de los Recursos Naturales Renovables y del Ambiente.

21 Según el artículo 329.a del Decreto 2811 de 1974 o Código de Recursos Naturales, un parque nacional natural es un "área de extensión que permite su autorregulación ecológica y cuyos ecosistemas en general no han sido alterados sustancialmente por la explotación u ocupación humana, y donde las especies vegetales de animales, complejos geomorfológicos y manifestaciones históricas o culturales tiene valor científico, educativo, estético y recreativo Nacional y para su perpetuación se somete a un régimen adecuado de manejo". Y, según el artículo 331, "Las actividades permitidas en el sistema de parques Nacionales son las siguientes: a. En los parques Nacionales, las de conservación, de recuperación y control, investigación, educación, recreación y de cultura", para lo cual la Administración las puede entregar en concesión a particulares.

22 La prestación de los servicios turísticos allí existentes incluye el sistema de reservas, la taquilla, los servicios de alojamiento en los sectores de Cañaveral y Arrecifes en las modalidades de campamento y hamacas; los restaurantes para la prestación de los servicios de alimentos y bebidas, la ecotienda; la enfermería, el alquiler de equipos varios, y los recorridos por senderos.

hecha a este el 7 de mayo de 2008 y el otrosí 005 del 30 de septiembre de 2009 y se ordenara a la Unidad Administrativa Especial del Sistema de Parques Nacionales Naturales suspender las actividades derivadas de dicho contrato.

El Tribunal Administrativo del Magdalena, con base en la jurisprudencia de la Corte Constitucional y tras reiterar que si bien habían transcurrido siete años desde la ocurrencia de los hechos, mientras se mantengan los actos de ejecución podía predicarse la existencia de un daño actual susceptible de amparo, hizo las siguientes consideraciones: por una parte, reiteró el derecho que tienen las comunidades indígenas a la protección de sus áreas sagradas, incluso si están por fuera del resguardo, ya que el territorio de una comunidad comprende no solo las áreas tituladas sino además todas aquellas que constituyen el ámbito de sus actividades tradicionales, sagradas o espirituales; por otra parte, tras el análisis de las pruebas aportadas al proceso, consideró que en el caso particular, efectivamente, los territorios dados en concesión representaban lugares sagrados para las comunidades de la Sierra y por ende debían haber sido consultados antes celebrar el contrato de concesión y sus modificaciones, y que la vulneración del derecho a la consulta previa y la consecuente imposibilidad de acceder libremente a la zona en cuestión habían causado graves daños para las comunidades, teniendo en cuenta que se trataba de territorios sagrados de pagamento que están dentro del límite de la Línea Negra.

> De las afectaciones que produce [*sic*] las prácticas que se generan allí, por la gente física o la raza humana o la infraestructura o cualquier otra actividades que se desarrollan en este espacio, decimos que es una afectación seria y no cualquier afectación, por ejemplo, construir o hacer una infraestructura en un espacio tan importante, al mover ciertos minerales del lugar [*sic*] que siempre han estado presente. […] de pronto para la sociedad quienes están presentes dirían eso simplemente es un comportamiento humano, lo miran tan sencillamente que para nosotros los mamos es un grave delito y es un sacrilegio que no puedo medirlo, ni saberlo en valor pero sí sé que es un grave delito que afecta contra el resto de la población, hasta parece ridículo hablarlo de esa forma una práctica como el sexo en ese espacio es faltando al respeto a esos lugares, y eso también es grave, porque ésta es la fuente de la vida, es lugar más importante para todo el mundo[23].

De este modo, el Tribunal manifestó que por existir sitios sagrados en el parque y por no haberse respetado el derecho a la consulta previa no quedaba duda sobre la vulneración sufrida por los pueblos de la Sierra; las empresas y autoridades

---

23 Cita tomada de la declaración hecha por el mamo arhuaco Vicencio Torres Niño en el marco de la sentencia proferida por el Tribunal Administrativo del Magdalena el 11 de enero de 2013, MP María Victoria Quiñonez Triana, exp. 47-001-2333-000-2013-00009-00.

accionadas lesionaron con la intervención misma del territorio indígena el derecho de las comunidades a la integridad cultural, y pusieron en riesgo su subsistencia, entre otras razones porque con la proliferación de turistas, campamentos y no conservación de lugares especiales afectaron la espiritualidad de sus miembros, al punto que han tenido que dejar de hacer sus ritos y pagamentos en el momento que lo desean, y se sienten invadidos en su vida espiritual. Sin embargo, habida consideración de que el contrato de concesión inició en 2005 y culminaría en el 2015, el Tribunal afirmó que se estaba en presencia de un daño consumado en lo que se refería específicamente a la falta de consulta previa, de manera que no consideró procedente la petición de la comunidad de terminar de facto el contrato, pues no debía dejarse al abandono el cuidado del parque, el control del ingreso de los turistas, el recaudo de la taquilla y el derecho al trabajo de quienes habían venido ejecutando labores asignadas por el desarrollo del contrato.

Lo anterior no obstó para que se ordenaran algunas medidas para proteger en lo sucesivo los derechos de los afectados y reparar los daños ya causados. En primer lugar, se dispuso que el Ministerio del Interior, el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, la Unidad de Parques Nacionales Naturales de Colombia y los miembros de la Unión Temporal Aviatur S. A., Cámara de Comercio de Santa Marta y Passarola S. A. debían dar inicio al proceso de consulta previa con los representantes de las comunidades indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta, con el fin de adoptar las medidas de compensación cultural necesarias por los impactos y perjuicios a éstas causados, con ocasión de la concesión otorgada mediante el contrato 002 del 4 de julio de 2005.

Esta sentencia fue reiterada por la Sección Segunda del Consejo de Estado[24] al determinar que a las comunidades indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta les asistía el derecho a que se les consultara la celebración y ejecución del contrato mediante el cual se dio en concesión el Parque Tayrona, pues se impusieron barreras limitantes a los nativos, quienes vieron truncada la posibilidad de acceder a los territorios donde realizaban prácticas sacramentales y pagamentos. En dicho fallo se concluyó que la consulta previa debió realizarse a pesar de que en el terreno objeto de la concesión no hubiera un resguardo indígena, porque en virtud del artículo 14 del Convenio 169 de la OIT, también son objeto del derecho de participación aquellas decisiones que tengan influencias en las áreas sagradas o de especial importancia ritual y cultural, y, en efecto, el Parque Tayrona en su totalidad es un territorio sagrado y ancestral para los pueblos de la Sierra.

---

24 Consejo de Estado, exp. 2013-00009, 10 de octubre de 2013.

En este contexto, se conformó una comisión integrada por miembros de los cuatro pueblos habitantes en la Sierra[25] encargada de elaborar un documento en el que se establecieran los daños efectivamente causados. Este documento se denomina *Diagnóstico de las afectaciones del área del Parque Tayrona desde la visión cultural indígena en el marco de la consulta previa derivada del fallo de tutela rad-2013-09 del Tribunal Administrativo del Magdalena*, y su contenido se expondrá a continuación[26].

Inicialmente, y a manera de introducción, se explicó que el diagnóstico que se hizo de los impactos derivados de la concesión hecha en el Parque Tayrona tuvo como base la Ley de Origen, por ende, debe leerse desde el principio de integralidad del territorio para la pervivencia misma de los pueblos, pues en la medida en que se afecta la integridad de la Ley de Origen se afecta la garantía de subsistencia de estos. Se indicó que se trataba de impactos interrelacionados que no pueden verse aisladamente sino como una enfermedad que afecta a la Madre, que es la Sierra Nevada de Santa Marta, a los pueblos indígenas que allí habitan y a la humanidad en general. Partiendo de dicha base, el objetivo del estudio realizado fue describir cómo y en qué medida se han visto afectados los diferentes componentes de la cultura y de la sociedad de los pueblos indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta como el gobierno propio, las prácticas y lineamientos tradicionales inherentes al manejo del territorio, el equilibrio social y ambiental, la salud y las interconexiones espirituales y materiales, a causa de las actividades turísticas que se realizan dentro de esta porción de territorio; lo anterior con el fin de restablecer el ordenamiento territorial ancestral.

Luego, se hizo un resumen de los conceptos fundamentales que deben ser tenidos en cuenta para poder comprender las afectaciones causadas desde el punto de vista de las comunidades, y por ello se retomaron los conceptos de Ley de Origen como ley máxima, base del conocimiento, del pensamiento y del cumplimiento en espíritu de las leyes que mantienen en orden el universo; territorio ancestral como el espacio concebido desde los orígenes como Madre, como el mapa tradicional que contiene los códigos fundamentales para la vida y permanencia cultural, donde se recrean de manera permanente los principios

---

25 Participaron el Consejo Territorial de Cabildos de la Sierra Nevada (CTCSNSM), la Organización Wiwa Yugumaiun Bunkuanarrua Tayrona (OWYBT), la Organización Gonavindwa Tayrona (OGT), la Confederación Indígena Tayrona (CIT) y la Organización Indígena Kankuama (OIK).

26 Consejo Territorial de Cabildos de la Sierra Nevada, Organización Wiwa Yugumaiun Bunkuanarrua Tairona, Organización Gonavindwa Tayrona, Confederación Indígena Tayrona, Organización Indígena Kankuama, *Diagnóstico de las afectaciones del área del Parque Tayrona desde la visión cultural indígena en el marco de la consulta previa derivada del fallo de tutela rad-2013-09 del Tribunal Administrativo del Magdalena*, Parque Tayrona, 8 y 9 de abril de 2014.

y preceptos que estructuran la identidad de los pueblos indígenas en la Sierra Nevada de Santa Marta y como espacio físico donde está escrita la Ley de Origen; de Línea Negra como el límite que contiene el territorio ancestral conformado por los sitios sagrados establecidos desde el origen, cada uno con su propio nombre, significado y función y como redes de conexión entre sí y con el resto del Universo; y de espacios o sitios sagrados lugares interrelacionados de distintas maneras dentro de la Sierra e interconectados con el resto del mundo, donde los mamos realizan los pagamentos, las consultas y la recolección de materiales de uso tradicional, y donde puede leerse la Ley de Origen (nacimientos y desembocaduras de ríos, cerros, lagunas, cuevas, rocas, árboles y otros elementos), porque cada uno es una madre o un padre espiritual de los seres de la naturaleza y de cuya salud depende el equilibrio del universo; conceptos todos que ya han sido explicados ampliamente en los capítulos anteriores de este documento, además de la importancia de su interconectividad.

Finalmente, se procedió a hacer el diagnóstico como tal, y lo primero que se indicó fue que el territorio ancestral y todos los códigos que en él habitan tienen diferentes formas de afectación y que en su conjunto todas alteran la interconexión y el equilibrio que hay entre los espacios sagrados, habida consideración de que éstos pertenecen a los Padres Espirituales, por lo cual hay lugares que no deben ser visitados por personas no indígenas e incluso solo por indígenas si son mamos y en determinados momentos del año. Por esa razón, para la realización del diagnóstico se visitaron 114 espacios sagrados, a pesar de que la sentencia mencionaba solo cuatro hitos específicos denominados Jate Teluama, Uleillaka, Terúgama-Tegamun-Teilluna y Jaba Nakumake, que son los sitios donde se encuentran los ecohabs y los senderos turísticos.

Al haberse entregado la concesión sin consulta previa, hubo lugares a los que se les cambió su naturaleza y, con ello, éstos se vieron violentados y atropellados porque ya no cumplían la función que les fue asignada por la Madre Tierra y porque ya no pueden ser consultados ni retribuidos a través del pagamento. Frente al turismo los pueblos de la Sierra siempre han tenido una posición muy clara: "El turismo constituye una modalidad de aprovechar los bienes naturales y culturales del territorio ancestral. En el Consejo Territorial de Cabildos hemos indicado nuestro desacuerdo con el turismo en nuestros territorios. El turismo convierte a nuestro paisaje cultural en un bien del mercado, sin tener en cuenta su afectación sobre la ley de origen"[27]. Además, consideran que se trata de una

---

27 Organización Gonavindwa Tayrona, *Propuesta para la implementación del Programa de Garantías en el marco del auto 004 de 2009 proferido por la Corte Constitucional*, Santa Marta, 2011, p. 48.

actividad que, en general, trae cambios de mentalidad dentro de las comunidades, cambios en los principios y la forma tradicional de ver la vida, alteración en los roles tradicionales y cambios en las actividades económicas habituales; y, de manera específica, se identificaron seis daños particulares derivados de la concesión[28].

En primer lugar, se menciona el daño causado a los Padres Espirituales y a la naturaleza por la realización de actividades y obras sin que se les hubiera consultado de manera previa y sin que se hubieran llevado a cabo los bautizos necesarios a través del trabajo tradicional. Tal y como se mencionó en el capítulo anterior, la importancia de la consulta previa no radica exclusivamente en que la comunidad debe ser consultada ante las actividades que la afecten directamente, sino que, desde su concepción, ésta es importante porque les permite consultarles a sus ancestros y dioses y solicitarles su permiso para poder realizarlas. Antes de materializar cualquier trabajo o utilizar la naturaleza, los mamos siempre deben consultar en los sitios sagrados si determinada actividad se puede realizar, y, de tener una respuesta positiva, al realizarla, ésta se debe sembrar espiritualmente a través de una ceremonia de *bautizo* para asegurar que su desarrollo está de acuerdo con los códigos espirituales.

Si estos procedimientos de consulta, permiso y bautizo no se llevan a cabo o si se realizan actividades que no son viables dentro de la consulta espiritual, se están sembrando problemas, por actuar en conflicto con la Ley de Origen y las consecuencias serán enfermedades, desastres, violencia y el debilitamiento de la cultura y de la comunidad en general[29].

En segundo lugar, se menciona el daño causado por la realización de actividades sexuales en el territorio ancestral y en los lugares sagrados. A causa de las actividades turísticas se afecta un principio cultural llamado *Ka'gumu* ya que dentro del parque hay algunos lugares que son utilizados por los indígenas para la armonización de las relaciones sexuales y la creación de la vida, y si se permite la realización de actividades sexuales allí, se genera contradicción y desequilibrio. Precisamente en el lugar conocido como *Ulleijaka* se encuentran los "ecohabs" (habitaciones ecológicas para los turistas) lo cual implica que ocurra este tipo de actividad y se afecte un lugar donde ancestralmente se armoniza el saneamiento ésta.

---

28 Consejo Territorial de Cabildos de la Sierra Nevada, Organización Wiwa Yugumaiun Bunkuanarrua Tayrona, Organización Gonavindwa Tayrona, Confederación Indígena Tayrona Organización Indígena Kankuama, *Diagnóstico de las afectaciones del área del Parque Tayrona desde la visión cultural indígena en el marco de la consulta previa derivada del fallo de tutela rad-2013-09 del Tribunal Administrativo del Magdalena*, Parque Tayrona, 8 y 9 de abril de 2014.

29 Cit. ibídem.

Se indica que los mamos siempre han dicho que especialmente en las orillas del mar, en piedras con figuras o en terrazas naturales no se deben tener relaciones sexuales, y que solo una comunidad kogui específica puede vivir en este lugar, pues solo ellos saben realizar los trabajos necesarios para mantener la armonía sexual y las relaciones de pareja, mientras que la gente que viene de afuera no tiene permitidas estas prácticas porque no conoce los procesos para el trabajo tradicional. Y que el desorden sexual que propicia el turismo en estos espacios debilita la fuerza de los lugares sagrados que mantienen el equilibrio y contribuye a que crezcan las dificultades interpersonales, de familia, de comunidad y sociedad, las enfermedades de los niños y de los mamos, las infidelidades, las relaciones prematuras, las violaciones, etcétera; además de la dificultad que se genera para realizar los pagamentos por tratarse de un lugar que ahora está ocupado por estructuras turísticas y permanece hiperpoblado de visitantes[30].

En tercer lugar, se mencionan los daños causados por la extracción o destrucción de objetos sagrados dentro del Parque Tayrona. Las ollas de barro y todos los demás objetos sagrados que se encuentran dentro de este territorio son parte esencial de la visión y la vida de los pueblos indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta; cada uno de estos objetos también cumple funciones específicas y fundamentales para el sostenimiento del orden del territorio, la alimentación, la salud y el sostenimiento de todo lo que existe porque son guardianes que están sembrados en lugares especiales para vigilar el mundo. Se indica, por ejemplo, que en los lugares donde se encuentran las bocatomas de las que se abastecen las instalaciones del parque tienen muy poca agua a causa del saqueo de objetos; se afirma que antes fluía más agua porque todos los materiales sagrados estaban en su lugar.

La guaquería no solo destruye la identidad cultural y la historia de la comunidad, sino que en su concepto destruye también el conocimiento vivo. Mientras que para los no indígenas los materiales sagrados que se encuentran en la Sierra son un negocio o una forma de enriquecimiento personal, y para el Estado representan la riqueza cultural de la Nación que debe estar depositada en museos, para los indígenas el poseer y manejar dichos elementos y objetos es la garantía de su supervivencia, de su salud, del manejo ambiental del territorio, de la organización social, de la gobernabilidad y de la permanencia cultural. Al moverlos se contaminan y se convierten en objetos muertos que generan enfermedades, debilitan el territorio, provocan desastres naturales y desestructuran la organización y control social. Concretamente, dentro del Parque Tayrona se advirtieron extracciones de

30 Cit. ibídem.

gran magnitud en los lugares llamados Pueblito y Jaba Nakumake, principalmente de hallazgos de barro, piedras, cuarzos, entre otros[31].

En cuarto lugar, se alude a las afectaciones al espíritu por muerte violenta o *Eysa Butusinu*. Los *Eysa Butusinu* son fuerzas o fenómenos negativos de gran repercusión en la integridad natural y cultural de la Sierra Nevada y sus pueblos. Son consecuencias generadas por la muerte violenta de un ser vivo bien sea una persona, un espacio, un objeto sagrado o cualquier animal o elemento de la naturaleza. La muerte violenta se produce por cualquier clase de acción que elimine, destruya o transforme negativamente lo material o espiritual de la naturaleza, y rompa la armonía y la integridad entre el hombre y esta última. En el Parque Tayrona se han presentado hechos con personas (homicidios y ahogamientos), con espacios y objetos saqueados y con plantas, animales y piedras que han sido irrespetadas y asesinadas.

Cuando estos hechos suceden, se debe realizar una serie de procedimientos tradicionales de especial y riguroso cumplimiento de acuerdo con las directrices de la Ley de Origen, y si éstos no se realizan con los materiales indicados y en los tiempos y espacios requeridos, se desatan estas fuerzas negativas que tienen el poder de reproducirse y generar consecuencias lamentables contra la estabilidad de la naturaleza y de las culturas de la Sierra. Además, el trabajo tradicional requerido para compensar estas vulneraciones es un trabajo muy exigente para los mamos ya que pueden verse afectados al trabajar con tanta negatividad; se recomienda no cometer *Eysa Butusinu* porque además de romper la interconectividad, los procedimientos tradicionales para contrarrestarlo son complejos y delicados para ellos.

Dos casos concretos de afectación violenta de lugares se dieron en lo que las comunidades de la Sierra consideran la casa de la madre de la serpiente y la casa de la madre del tigre. En el lugar en el que ahora se encuentra la bocatoma de Cabo San Juan, el hecho de haber instalado la tubería implica para las comunidades que las serpientes se salgan y se produzcan afectaciones. Igualmente, en un sitio cercano se encuentra la madre de los tigres, a quien desde siempre se le ha pedido permiso para entrar a Pueblito, para evitar que el tigre ataque, ya que no es solo el padre felino sino también el padre de lo negativo, "las personas vienen a este lugar a hacer saneamiento para el trabajo espiritual, es el lugar donde las personas venimos a quitarnos la negatividad de los tigres, cuando una persona empieza a tener pensamiento del tigre viene a este lugar a

31 Cit. ibídem.

quitársela"[32]. Sin embargo, estos sitos, a raíz de la concesión, se han convertido en lugares turísticos en los que se irrespeta su sacralidad y a los que ya no es posible para los indígenas acceder con la misma libertad.

En quinto lugar, se hace referencia a los daños causados al mar por la extracción de elementos de uso sagrado como las conchas y por la constante entrada y salida de embarcaciones al parque, que afecta gravemente los arrecifes. En el diagnóstico se indica que debe regularse el acceso marítimo y prohibirse la entrada de embarcaciones por aquellos lugares donde haya arrecifes; además, se menciona que desde el Origen los indígenas de la Sierra han sido los encargados de proteger los elementos y materiales del mar, para que ejerzan las funciones específicas que les fueron asignadas en los trabajos y pagamentos y en el uso del poporo[33].

El daño causado a los arrecifes y a los materiales marinos como las conchas, que han perdido su función espiritual al ser tomadas por los turistas o utilizadas por los artesanos sin permiso espiritual para ello, genera una deuda que, en la visión tradicional, será cobrada por el mar con enfermedades, catástrofes naturales y desorden social dentro de las comunidades.

Por último, se menciona el daño causado por la manipulación de los espacios sagrados y por la afectación a lugares de gobierno propio, que ha generado el debilitamiento de las autoridades y por ende de la integridad cultural. Al afectar los espacios desde los cuales se gobierna y se guía se vulnera el derecho que cada una de las autoridades tradicionales tiene para cumplir su tarea comunitaria dentro de la sociedad, bien sea la de administrar la justicia, la de interpretar las normas dictadas por el territorio, la de mantener el equilibrio entre el hombre y la naturaleza, o la de vigilar, controlar y sanar en la medida que sea necesario. Si los espacios sagrados del territorio ancestral pierden su funcionalidad y su interconectividad, cambian los mandatos y tareas sociales que tienen los indígenas frente a los Padres y a la naturaleza, y, de nuevo, vendrían los castigos.

Para concluir, en la parte final del documento, con la ayuda de profesionales en biología se hace un análisis del daño ambiental causado, y se afirma que los resultados coinciden con los daños que han sido detectados por los mamos en lo que tiene que ver con procesos de erosión, con afectación a los bosques y ciénagas por causa de la deforestación para abrir caminos, con dificultad de

---

32 Cit. ibídem.

33 Tal y como se mencionó en el capítulo primero, las conchas marinas introducen molidas en el poporo y se utilizan para ayudar a extraer los componentes de la hoja de coca y *mambear*, que es una de las tradiciones más importantes dentro de las comunidades indígenas de la Sierra.

tránsito de los animales silvestres, con la afectación de los cursos de agua y de los hábitats de flora y fauna. Además, se reitera que al no permitir o al dificultar la presencia de los cuatro pueblos indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta como autoridades tradicionales con sabiduría para el mantenimiento y armonía del lugar, y al limitar su acceso para la realización de pagamentos, se trunca la tarea que tienen los mamos de interpretar y transmitir a los demás miembros de las comunidades las normas que se encuentran escritas en el territorio.

Lo anterior afecta profundamente el sistema de aprendizaje o de transmisión del conocimiento, ya que si el mamo no puede cumplir su función y guiar a sus comunidades en relación con los códigos plasmados en el territorio, éstos conocimientos se pierden y termina debilitándose la integridad cultural propia de los cuatro pueblos de la Sierra Nevada de Santa Marta.

> Al afectar los sitios sagrados se imposibilita el proceso real y propio de salvaguardar el legado de vida, los códigos que permiten ser quienes somos y cumplir con la tarea impuesta a nosotros por la Madre. De los espacios sagrados se desprende además en su totalidad el sostenimiento de la salud pues es desde estos lugares donde se le paga a los Padres de las enfermedades para que no nos hagan daño. Son los lugares de manejo de todo lo que existe, desde donde se mantiene la armonía entre nosotros los humanos y la naturaleza. Son lugares donde se manejan las emocionalidades, se limpia y se sanea. Son códigos para regular espiritual y materialmente. Sacar las piedras de agua, sacar las piedras de fuego, sacar las piedras de luces, sacar piedras del viento, sacar piedras de la enfermedad. Eso es una afectación con la Madre Tierra, con la Naturaleza y con nosotros los seres humanos. No todas las piedras se pueden llevar así como así, pues ellos son los Guías del agua. Estas al igual que el viento, el agua, el fuego y de más fenómenos y elementos que han sido ordenados para mantener la conectividad y el equilibrio de todo lo que nos rodea y nos constituye como mundo[34].

Resulta importante mencionar este caso porque se trata de un evento en el cual la no realización de la consulta previa antes de entregar en concesión el Parque Tayrona y de adecuarlo a la prestación de servicios turísticos les causó graves daños tanto al medio ambiente y a los ecosistemas como a las cuatro comunidades indígenas que habitan en la Sierra Nevada de Santa Marta, y se trata de uno de los pocos casos en que existe un estudio pormenorizado de dichos daños, que valía la pena dar a conocer. Lo anterior, con el fin de ilustrar a través de un caso concreto lo que los iku consideran afectaciones a su cultura y a su territorio y las consecuencias que de ellas se derivan.

---

34 Cit. ibídem.

Más adelante, con base en los casos mencionados, se hará un análisis del concepto de *daño* desde su punto de vista para poder comprender la gravedad de las afectaciones y las dificultades que se presentan para su reparación. Sin embargo, desde ya se puede vislumbrar que se trata de daños muy particulares que el ordenamiento jurídico no ha considerado: daño causado a los Padres Espirituales y a la naturaleza por la realización de actividades y obras sin consulta y por ende sin la oportunidad de hacer las consultas y los trabajos tradicionales, daño a la armonía espiritual por la realización de actividades sexuales en sitios sagrados, daños por la extracción y destrucción de objetos, daños causados a los espíritus por las muertes violentes, entre los muchos otros que se han mencionado. Y todos ellos casi incomprensibles desde la visión y tradición de un *bunachi*.

C. Subestación eléctrica de El Copey[35]

Este último caso resulta de especial interés porque además de tratarse de la primera consulta previa llevada a cabo con la comunidad iku, es también la única que se ha realizado con el pleno cumplimiento de los requisitos legales, constitucionales e internacionales existentes, y, por ende, es la única en que ha habido total acuerdo y consentimiento de parte de la comunidad para la realización de las actividades propuestas. Además, tal y como los casos anteriores, permite describir algunos de los daños que se causan al realizar proyectos de infraestructura en territorios ancestrales y tener un acercamiento al significado de los mismos desde el punto de vista de quienes los padecen así como de su reparación.

En segundo lugar, se trata de un caso en el que la persona encargada de liderar el proceso de consulta era una antropóloga, de modo que éste se llevó

---

35 La información relativa a este proceso de consulta previa en particular fue obtenida en entrevista realizada a Susana Jaramillo Arbeláez, antropóloga de la Universidad de Antioquia y especialista ambiental de la Universidad Nacional de Colombia, encargada de llevar a cabo el proceso de consulta con la comunidad arhuaca en sus dos fases, la primera iniciada en el año 2005 y la segunda iniciada en el año 2014 y terminada a finales de 2016, a nombre de la empresa ISA Intercolombia. En el marco de la entrevista, la antropóloga resaltó las dificultades que se presentan al momento de llevar a cabo este tipo de procesos principalmente porque es necesario que ambas partes sean conscientes de las diferencias, de que se trata de realidades distintas que deben converger y de que es posible hacerlo dentro de los parámetros del respeto, lo que casi nunca suele suceder; manifestó también su preocupación en cuanto a que rara vez hay un antropólogo al frente de las consultas previas cuando es evidente que su presencia es fundamental en estos casos ya que, se requiere de una persona que tenga conocimiento de la cultura y que gracias a su experiencia etnográfica pueda comprender el pensamiento y el lenguaje del otro, siempre desde una perspectiva ética que anteponga el respeto y la tolerancia ante cualquier situación que pueda presentarse, sin incurrir nunca en engaños y sin aprovechar la diferencia para convencer o manipular en aras de obtener privilegios.

a cabo desde un punto de vista distinto al del derecho, al de agotar un mero trámite o al de lograr convencer a alguien para beneficio de una empresa, y, probablemente por eso fue tan exitoso, porque por parte de ISA Intercolombia se tuvo desde el principio una visión más amplia basada en el entendimiento, la tolerancia y el respeto hacia el otro[36].

En el año 2002 el Gobierno Nacional en cabeza de la Dirección de Energía Eléctrica del Ministerio de Minas y Energía abrió una convocatoria pública para expandir las redes de cobertura en el norte del país. A partir de ese momento, la empresa ISA Intercolombia empezó a realizar estudios con el fin de participar en la mencionada convocatoria, específicamente para cubrir el tramo Valledupar-El Copey, de 230 km de largo. Se trataba de estudios muy preliminares, principalmente de tipo ambiental, que incluían las características físicas y bióticas del terreno y también aquellas culturales, es decir, hacían referencia a la presencia o ausencia de comunidades étnicas o afrodescendientes en él, además de la existencia o inexistencia de áreas protegidas como parques naturales nacionales o santuarios de flora y fauna, con el fin de conocer en profundidad el territorio sobre el que se pretendía trabajar. Y una vez establecidas las anteriores características, se procedió a identificar las denominadas "áreas críticas o de alta sensibilidad", es decir aquellas que preferiblemente no debían ser interferidas y de serlo, dichas interferencias deberían llevarse a cabo con la máxima precaución posible, como es el caso de los sitios sagrados para comunidades indígenas o de los lugares cuya afectación puede generar un grave impacto ambiental.

De este modo, en el momento de presentar la oferta una vez abierta la licitación, la empresa ya contaba con dichos estudios y estaba claro que el tramo en el que pretendía construirse la obra hacía parte del territorio ancestral del

---

36 En relación con el tema de la comprensión del otro y de la antropología según los conceptos de *emic* y *etic*, véase SACCO, RODOLFO, *Antropologia giuridica*, Il Mulino, Bologna, 2007; RIVERA BOHN, CLAUDIA, *As sociedades pré-colombianas: dimensão cultural, econômica, político-social e jurídica*, en Direito e justiça na América indígena. Da conquista à colonização, compilado por Antonio Wolkmer, Livreria do Avogado, Porto Alegre, 1998, p. 13; TODOROV, TZVETAN, *La conquista dell'America. Il problema dell'altro*, Einaudi, Torino, 2014; KENNETH LEE, PIKE, *Language in relation to a unified theory of structure of human behavior,* The Hague, Mouton, 1967; HARRIS, MARVIN, *History and significance of the emic/etic distinction* en Annual Review of Anthropology, vol. 5.1, 1976, pp. 329-350; MORRIS, MICHAEL, *Views from inside and outside: Integrating emic and etic insights about culture and justice judgment* en *Academy of Management Review*, vol. 24.4, 1999, pp. 781-796; GOODENOUGH WARD, *Describing a Culture* en Description and Comparison in Cultural Anthropology, Cambridge University Press, Cambridge, 1970, pp. 104-119; WILLIAMS, ROBERT, *The American Indian in Western Legal Thought: The Discourses of Conquest*, Oxford University Press, Oxford, 1990; SANTOS, BOAVENTURA DE SOUSA, *Law: a map of misreading, toward a postmodern conception of law* en Journal of Law and Society 14 (3), Cardiff University, Cardiff, 1987, pp. 279-302.

pueblo arhuaco por encontrarse dentro de la los límites de la Línea Negra[37]. Así mismo, tenía claro lo que significa para las comunidades indígenas su relación con la tierra y sobre la importancia de tener un acercamiento respetuoso con ellas para lograr el entendimiento. Ahí empezó el trabajo de la antropóloga Jaramillo, quien sería la encargada, a nombre de la empresa, de lograr el acuerdo con la comunidad y, por ende, de generar dentro de la misma empresa el mayor grado de conciencia, responsabilidad y reconocimiento y respeto hacia el otro como interlocutor válido pese a la diferencia.

En su concepto, el enfoque de cualquier empresa frente a una comunidad étnica o afrodescendiente debe ser el de la multiculturalidad, entendiendo que si bien existen diferencias, la base de la comunicación debe ser la transparencia y la verdad. Una consulta previa tiene muchas más posibilidades de ser exitosa si desde el principio se habla con verdad, si los posibles afectados conocen a ciencia cierta lo que se pretende hacer y cómo se pretende hacerlo; si no hay verdad, legalidad y transparencia, el acercamiento está llamado a fracasar; el reconocimiento al otro a través del respeto y la verdad hará que el otro reconozca a la empresa como empresa y se pueda tener un diálogo en condiciones de igualdad para ambas partes[38].

De este modo, incluso antes de presentar la oferta, la antropóloga encargada viajó a Valledupar para entrevistarse con las autoridades arhuacas y explicarles que se iba a abrir la mencionada licitación y que por tratarse de su territorio ellos debían estar enterados y ser los interlocutores directos, de manera que fueran ellos mismos los que ayudaran a la empresa a elaborar un proyecto que generara la mínima afectación posible, en atención a que nadie mejor que ellos podría identificar los sitios sagrados y los puntos más sensibles y así tratar de evitar que el tendido eléctrico los atravesara. Gracias a este acercamiento previo se marcó la diferencia desde el principio porque la comunidad valoró mucho

---

37 Al respecto la antropóloga Susana Jaramillo, durante la entrevista, indicó que cuando se pretenda realizar cualquier tipo de actividad en territorio indígena es muy importante comprender el asunto de la territorialidad; en su opinión, una cosa es el territorio ancestral, otra cosa es el territorio que conforma el resguardo, otro es el territorio histórico y otro el territorio en posesión, y todos son igualmente importantes y deben tenerse en cuenta en el momento de realizar intervenciones externas, con el agravante de que el límite es muy sutil y todo podría caber dentro del concepto de territorio ancestral. Afortunadamente, en la Sierra Nevada de Santa Marta el Gobierno ha reconocido el límite de la Línea Negra y está claro que todo lo que se encuentra dentro del mismo es considerado territorio ancestral y por ende es obligatoria la realización de consulta previa, por cuanto ahí están las bases y los elementos centrales de la cultura arhuaca y de la de los demás pueblos de la Sierra; ese territorio representa su madre, la razón de ser de su existencia y el lugar donde están grabas las leyes por las que rigen.

38 Susana Jaramillo en entrevista llevada a cabo el 3 de noviembre de 2016 en la ciudad de Medellín.

que esta empresa los reconociera como dueños del territorio y los tuviera en cuenta incluso antes de ofertar, de esta manera, la primera consulta previa que se iba a realizar en la Sierra empezó con las puertas abiertas.

El primer acuerdo al que se llegó consistió en que ambas partes (ISA Intercolombia y la comunidad iku) elaborarían una propuesta de recorrido de la línea de transmisión eléctrica entre Valledupar y El Copey, teniendo en cuenta que debía tratarse de un recorrido que generara la menor afectación posible aunque tuviera que ser más largo e implicara más trabajo. Cada uno elaboró su propuesta, y cuando las compararon se dieron cuenta de que habían coincidido totalmente: la idea era que todo el trazado se hiciera por fuera del territorio ancestral salvo en los puntos en los que esto fuera realmente inevitable.

Una vez estuvo listo el proyecto, basado en todas las directrices dadas por la comunidad y entrando al territorio ancestral solo en los tramos inevitables, la empresa presentó su oferta y ganó la licitación, de manera que los pasos siguientes debían ser la elaboración de un diagnóstico ambiental de alternativas y la realización de un estudio de impacto ambiental. El primero consiste en presentar al menos dos propuestas de corredor para la línea de transmisión eléctrica, propuestas que se le presentan al Ministerio del Medio Ambiente y éste toma la decisión final según la que considere que genera menos afectación ambiental y cultural[39]; y el segundo se refiere a la elección de los puntos exactos por los que pasará la línea de transmisión, teniendo en cuenta que el corredor seleccionado va a tener un ancho determinado, dentro del cual, a su vez, se van a analizar todas las posibilidades para el trazado hasta llegar a la más conveniente nuevamente en términos ambientales y culturales[40].

Para la realización de este último estudio se conformó una comisión integrada por miembros tanto de ISA como de la comunidad arhuaca, encargada de realizar la marcación de la ruta en campo de la mano de los mamos, quienes

---

39 En este punto la antropóloga Susana Jaramillo aclaró que todos estos trámites y procesos que se llevan a cabo antes de participar en la licitación pública e incluso aquellos posteriores a la adjudicación que se están mencionando, no forman parte de la consulta previa ya que ésta inicia sólo cuando ya se ha definido el corredor por el cual pasará la línea de transmisión eléctrica. Sin embargo, reiteró que gracias al acercamiento que se tuvo con la comunidad desde el principio y al trabajo conjunto que se llevó a cabo al momento de presentar las propuestas, en el momento de la consulta la relación con la comunidad iku ya estaba afianzada y pudo realizarse un proceso sin sobresaltos y exitoso para ambas partes.

40 Según la antropóloga Jaramillo esta es una gran ventaja que tienen los proyectos lineales, por un lado, se pueden trazar diferentes opciones de corredor buscando el más favorable, y, por otro lado, una vez se ha establecido el corredor por el cual va a pasar el proyecto, dentro del mismo se pueden analizar todas las posibilidades existentes para el trazado con el fin de encontrar aquella que cause la menor afectación. Por el contario, en los proyectos concentrados como las represas no se tiene la posibilidad de jugar con estas opciones, de manera que generalmente debe lograrse el consenso ante una única posibilidad.

tenían la misión de verificar que en ningún punto se afectaran sitios sagrados[41]. Terminado el proceso de trazado de la línea desde Valledupar, era muy importante también analizar el punto de entrada de ella a la subestación ubicada en El Copey, que había sido construida años atrás por una empresa diferente, denominada Corelca, que posteriormente se la había vendido a ISA con todo el lote en el que se encontraba ubicada; era muy importante que la comunidad estuviera de acuerdo en el punto de entrada de la línea a la subestación porque precisamente se trataba de un punto que se encontraba dentro de la Línea Negra.

En efecto, la comunidad y sus mamos estuvieron de acuerdo con todo, de manera que se dio inicio al proceso formal de consulta previa, la empresa organizó las reuniones respectivas, se presentó formalmente y se explicó el proyecto ya no solo a las autoridades sino a toda la comunidad, así como los posibles impactos que podían derivarse de las obras y se firmaron los acuerdos a los que se llegó para que pudiera darse inicio a estas, entre ellos la realización de diferentes trabajos de pagamento con participación de la empresa y con su compromiso de sufragar los materiales y su organización. Así, se otorgó la licencia ambiental y se iniciaron los trabajos.

En el momento de realizar el estudio de impacto ambiental se hicieron estudios arqueológicos a lo largo y ancho de todo el corredor seleccionado y en el lote donde se encuentra la subestación. En el corredor no se hicieron hallazgos, mientras que en el lote se encontraron piedras y cerámicas frente a las cuales los mamos no manifestaron ningún impedimento y se acordó que podía procederse con las obras, ya que en los cimientos de las torres se hicieron excavaciones muy profundas y no se encontró nada relevante. Sin embargo, una vez iniciadas las excavaciones reales en la subestación empezó a aparecer material óseo en grandes cantidades, de manera que inmediatamente se suspendieron los trabajos y se dio aviso a los arqueólogos de la empresa para que establecieran si se trataba de restos humanos recientes[42] o de material prehispánico.

Tras realizar los estudios del caso se determinó que efectivamente se trataba de restos humanos prehispánicos y que en ese lugar había existido un cementerio indígena que tuvo dos ocupaciones, una en el siglo XI y otra en el siglo XVI[43].

---

41 Para la elaboración del trazado final se tuvo el acompañamiento constante del mamo Norberto (mamo de la tierra) con el fin de que éste estuviera pendiente de que no se afectaran piedras sagradas ni un lugar denominado Cerro Chiringuito. Efectivamente se trazó la línea punto por punto y ninguno de estos elementos se vio afectado.

42 Teniendo en cuenta que, tal y como se vio en el capítulo 1, durante los años 2000 a 2005 en la Sierra Nevada de Santa Marta se vivió el periodo más complejo del conflicto armado colombiano, podía tratarse de una fosa común.

43 Se trataba de una necrópolis compuesta por 124 estructuras funerarias y 143 individuos ubicada dentro

Ante tal suceso se le dio aviso a la comunidad iku y tuvo que iniciarse de nuevo una fase de conversaciones para determinar qué hacer con los hallazgos y de qué manera continuar con las obras. El primer paso sería para la empresa tratar de comprender lo que significaba para ellos el hecho de encontrar un cementerio prehispánico pero sobre todo el hecho de haberlo profanado y de haber desenterrado a sus ancestros, y cómo proceder ante semejante situación; en segundo lugar, debería decidirse qué hacer frente al Estado, por un lado porque debían pararse las obras, y, por otro, porque los hallazgos arqueológicos deben ser siempre entregados a la Nación por tratarse de patrimonio de esta, según la Constitución y el ordenamiento vigente[44], y los arhuacos no querían permitirlo. ISA no pudo prever este daño o impacto, ni durante el proceso de consulta ni durante las etapas anteriores, pese a que se hicieron todos los estudios del caso; sin embargo, el daño se causó y fue de una magnitud muy grande desde el punto de vista de los mamos. Después de largas jornadas de trabajo espiritual, éstos determinaron que los cadáveres encontrados allí eran de personas que habían sido enterradas en ese preciso lugar hacía miles de años, con la función de cuidar y ser los guardianes del territorio, de manera que el hecho de haberlos desenterrado traería consecuencias muy graves como la ocurrencia de tragedias no solo en la Sierra sino en el mundo entero y todo sería culpa de la empresa.

Para ésta la responsabilidad era enorme y desde el primer momento intentó convencer a las autoridades de su falta de dolo en el actuar y de su plena disposición para reparar los daños causados en la medida de lo posible y para

---

de los límites de la Línea Negra. Información obtenida del video en DVD denominado *La Línea Negra* elaborado por ISA Intercolombia en el año 2007 y donado a la presente investigación por la antropóloga Susana Jaramillo.

44 Según los artículos 63 y 72 de la Constitución Política de 1991, el patrimonio arqueológico colombiano pertenece a la Nación y todos y cada uno de los colombianos tienen derechos y deberes frente a él. Ninguna persona o institución privada o pública puede reclamar ser dueña de los objetos del patrimonio arqueológico. Su propiedad es colectiva y por eso no solo incluye a todos los colombianos del presente, sino también a las generaciones futuras. Y, al respecto, la Ley 1185 de 2008 (que modificó la Ley 397 de 1997) sobre patrimonio cultural y arqueológico de la Nación, establece que el patrimonio arqueológico comprende aquellos vestigios producto de la actividad humana y aquellos restos orgánicos e inorgánicos que, mediante los métodos y técnicas propios de la arqueología y otras ciencias afines, permiten reconstruir y dar a conocer los orígenes y las trayectorias socioculturales pasadas y garantizan su conservación y restauración; y que, los bienes que conforman el patrimonio arqueológico pertenecen a la Nación y se rigen por las normas especiales sobre la materia.
Afortunadamente, la ley permite que en algunos casos el Instituto Colombiano de Antropología e Historia, ICANH, autorice a personas naturales o jurídicas para ejercer la tenencia de los bienes del patrimonio arqueológico, siempre que estas cumplan con las obligaciones de registro, manejo y seguridad de dichos bienes que determine el mencionado instituto, y así se resolvió la tenencia de los mismos en territorio arhuaco.

proceder de la manera en que se lo indicaran los mamos. Gracias a lo anterior, las autoridades de la comunidad decidieron que se conformara una nueva comisión de mamos encargados de definir cuál sería el trabajo que habría que realizar con el fin de contener la fuerza negativa proveniente de los espíritus de los cuerpos desenterrados, y las demás medidas que deberían tomarse.

La primera medida que se adoptó fue la de encargar a la mencionada comisión de realizar los trabajos espirituales necesarios para contrarrestar la venganza de los antepasados, que no serían sencillos, y cuyos costos debería sufragar ISA en su totalidad[45]; en segundo lugar se indicó que se permitiría que se llevaran a cabo los trabajos arqueológicos necesarios sobre los restos encontrados, siempre y cuando se hiciera dentro del territorio donde fueron encontrados y en ninguna circunstancia fueran movidos de allí. En tercer lugar se le dijo a la empresa que de allí en adelante podrían extraer material arqueológico solo si llegaban a encontrarlo exactamente en el punto donde se estuviera haciendo una excavación, pero si llegaban a tener indicios de que cerca o a mayor profundidad podía haber más no podrían tocarlo; además, ISA debía comprometerse a que al finalizar los estudios arqueológicos todo el material encontrado debía ser vuelto a enterrar, compromiso que no era sencillo porque, tal y como se mencionó antes, este tipo de material le pertenece al Estado. Por otra parte, al finalizarse los análisis y antes del nuevo enterramiento debían producirse unos encuentros en los que se llevaría a cabo un 'intercambio de saberes' entre los arqueólogos y los iku, en los que cada una de las partes le explicaría a la otra los resultados de los estudios relacionados con los objetos hallados y su significado. Por último, la empresa debía comprometerse a sufragar todos los gastos derivados de estos acontecimientos, incluidos aquellos de los trabajos espirituales de los mamos, los materiales necesarios para ellos, la alimentación, el transporte y la estadía de las personas que participarían en ellos y los demás que pudieran surgir en el proceso; además debía comprometerse a comprar unos predios que la comunidad quería recuperar por tener lugares sagrados en su interior e inscribirlos a nombre de ellos, y encargarse, con los mecanismos que considerara adecuados, de evitar el ingreso de personas no autorizadas para ver los hallazgos al lote donde éstos se encontraban, incluidos los no indígenas ajenos a la empresa y los indígenas comunes por no estar preparados para ello.

---

45 La realización de estos trabajos implicaba varias movilizaciones de la comisión de mamos y autoridades a diferentes parajes de la Sierra para la recolección de materiales sagrados y, por ende, gastos de transporte, alimentación y estadía de aproximadamente veinte personas. Cada una de las actividades y recorridos están explicadas detalladamente por escrito en los documentos que le fueron entregados a la empresa durante la consulta previa y en los informes periódicos entregados a esta según los avances que se fueran presentando.

El cumplimiento de estas condiciones significaba para los arhuacos que el daño había sido contenido y en gran medida reparado, por un lado gracias a los múltiples trabajos espirituales y pagamentos que realizarían los mamos para calmar las fuerzas negativas y restaurar el equilibrio roto con la profanación del cementerio, para lo cual la empresa se responsabilizaría completamente en materia económica y, por intermedio de su antropóloga, participaría en todos los rituales necesarios; y, por otro lado, gracias a las demás medidas tomadas, como el manejo especial que debía dársele al material arqueológico encontrado, el cuidado de este dentro del lugar en el que se había hallado, el resarcimiento a los Padres Espirituales mediante la recuperación de predios importantes para la comunidad y las demás acciones reparadoras mencionadas.

Así, de la mano con la continuación de la obra eléctrica se adelantaron los trabajos espirituales, los estudios arqueológicos y el intercambio de saberes. En este contexto, se presentaron acontecimientos que vale la pena mencionar para ilustrar a través de un caso concreto las dificultades que representa la diferencia en los lenguajes, aunque se hable el mismo idioma, al momento de interpretar significados[46].

Vale la pena mencionar, por ejemplo, que cuando empezaron a realizarse los trabajos espirituales se le entregó una lista a la antropóloga de los materiales que ella debía conseguir para que los mamos pudieran efectuarlos; se incluían allí objetos tales como el vestuario de gala de una reina nacional de la belleza y el de un sacerdote, en ambos casos que hubieran sido utilizados por su propietario, petición ante la cual se presentaban dificultades porque, por una parte, se trataba de elementos fundamentales para poder adelantar un ritual específico destinado a sanear el daño causado, pero, por otra parte, era casi imposible conseguirlos: el vestuario de las reinas les pertenece y muy probablemente no

---

46 Sobre la diferencia de lenguajes y la comprensión de significados véase nuevamente: Sacco, Rodolfo, *Antropologia giuridica*, Il Mulino, Bologna, 2007; Rivera Bohn, Claudia, *As sociedades pré-colombianas: dimensão cultural, econômica, político-social e jurídica*, en Direito e justiça na América indígena. Da conquista à colonização, compilado por Antonio Wolkmer, Livreria do Avogado, Porto Alegre, 1998, p. 13; Todorov, Tzvetan, *La conquista dell'America. Il problema dell'altro*, Einaudi, Torino, 2014; Kenneth Lee, Pike, *Language in relation to a unified theory of structure of human behavior,* The Hague, Mouton, 1967; Harris, Marvin, *History and significance of the emic/etic distinction* en Annual Review of Anthropology, vol. 5.1, 1976, pp. 329-350; Morris, Michael, *Views from inside and outside: Integrating emic and etic insights about culture and justice judgment* en *Academy of Management Review*, vol. 24.4, 1999, pp. 781-796; Goodenough, Ward, *Describing a Culture* en Description and Comparison in Cultural Anthropology, Cambridge University Press, Cambridge, 1970, pp. 104-119; Williams, Robert, *The American Indian in Western Legal Thought: The Discourses of Conquest*, Oxford University Press, Oxford, 1990; Santos, Boaventura de Sousa, *Law: a map of misreading, toward a postmodern conception of law* en Journal of Law and Society 14 (3), Cardiff University, Cardiff, 1987, pp. 279-302.

están dispuestas a regalarlo para un propósito incomprensible para ellas, y ni qué decir de una sotana sacerdotal, teniendo en cuenta que la Iglesia católica no acepta la realización de este tipo de rituales. Tuvo que darse un proceso complejo de entendimiento en el que finalmente la empresa comprendió que la necesidad de estos elementos era simbólica, de manera que tras momentos iniciales de angustia ante la impotencia que planteaba la petición, se logró acordar que en vez del traje de la reina sería válido utilizar una tela de material muy fino que representara ese aspecto mundano de la belleza y la riqueza, y en vez de una sotana verdadera que hubiera sido utilizada por un sacerdote podría usarse una nueva o la tela con la cual se fabrican, que representaría el aspecto espiritual.

En otra ocasión se le dijo a la antropóloga que era requerida de manera urgente por uno de los mamos, quien tenía que darle un mensaje; para ello, además de viajar de urgencia hacia la Sierra tuvo que hacer algunos trabajos de preparación y finalmente encontrarse con él en un paraje lejano y con un traductor, quien le indicó que el mamo la había visto en sus sueños y sabía que ella era la persona elegida para poner a la comunidad iku en contacto con el papa. Desde su punto de vista, si ellos cada vez que lo requieren pueden hablar con sus mamos, hacerles consultas, confesiones y pedir consejo, es inaudito que los no indígenas no tengan la misma facilidad para hablar con su máximo guía espiritual, que es el papa. En esta ocasión el proceso de comprensión fue a la inversa, fueron ellos quienes tuvieron que comprender que en la cultura no indígena eso no es tan sencillo y que para una persona del común conseguir una cita con el máximo pontífice no es algo que pueda lograrse en cuestión de días, así como que, de lograrse, habría que viajar por muchas horas, a otro continente, y con unos gastos bastante significativos[47].

---

47 Debe aclararse que esta petición que se le hizo a Susana Jaramillo tenía un propósito específico que aún se mantiene. Los mamos de la comunidad arhuaca quieren ser oídos por el papa y quieren que la Iglesia católica a través de su máximo representante les pida una disculpa por todos los abusos y atropellos cometidos contra sus ancestros y sus territorios, tanto en épocas de la Conquista y la Colonia como en épocas más recientes a través de la Misión Capuchina. Si bien, en principio, puede parecer difícil que algo como esto se materialice, es probable que no se esté tan lejos de ello. Téngase en cuenta, por ejemplo, que el 15 de febrero de 2017 el periódico mexicano *El Universo* reportó una noticia según la cual "El papa Francisco insistió en que los pueblos indígenas deben dar su consentimiento antes de cualquier actividad económica en sus tierras ancestrales, una crítica indirecta a los intentos del gobierno de Donald Trump por avanzar en la construcción de un oleoducto valorado en 3.800 millones de dólares pese a la oposición de los indios estadounidenses. Francisco se reunió este miércoles con representantes de pueblos indígenas que asisten a una cumbre agrícola en Roma. El principal problema que afrontan, señaló, es cómo conciliar el derecho al desarrollo con la protección de sus culturas y territorios. El derecho al consentimiento previo e informado, afirmó, debe prevalecer siempre, y especialmente al planificar actividades económicas que podrían interferir con las culturas indígenas y su relación ancestral con la Tierra", en [www.eluniverso.com/noticias/2017/02/15/nota/6048820/

Otras confusiones como las anteriores se siguieron presentando durante el proceso de saneamiento del daño; por ejemplo, para la realización de otro pagamento se le informó a la antropóloga que era necesario contar con una muestra de uranio. En este caso, nuevamente la representante de la empresa consideró que sería imposible acceder a la solicitud de los iku, teniendo en cuenta que el uranio es un material radiactivo sometido a regulaciones muy específicas, y que esto acarrearía un deterioro en las relaciones y en el avance del proceso y de las obras. Sin embargo, nuevamente se trataba de un problema de comprensión: lo que se le estaba solicitando era simplemente que se les hicieran llegar algunas piedras de una mina de uranio, lo cual en cambio, era factible y no implicaba mayor dificultad. Se le solicitó también organizar y sufragar una visita a Nazaret, ya que era necesario que algunos miembros arhuacos recogieran personalmente arena en ese lugar para realizar un pagamento; afortunadamente se trataba del corregimiento de Nazaret, en el departamento de La Guajira y no de la ciudad de Nazareth en Israel, pero también en este caso hubo confusión.

Tras recordar estas anécdotas, la antropóloga concluyó que cuando se trabaja con indígenas siempre es muy importante tener en cuenta las diferencias y evitar homologar significados. En general el ser humano entiende los mensajes desde sus propios códigos culturales y por eso las relaciones con el otro suelen basarse en la confusión y el no entendimiento, de manera que en casos como estos se deben escuchar los mensajes tratando de entender qué significan para el otro y aceptando que su punto de vista es igualmente válido aunque sea diferente. Sólo así se puede hablar de un verdadero diálogo intercultural[48].

Pasados dos años desde el inicio de las actividades, en 2007 terminó la obra y debía procederse al reenterramiento del material arqueológico encontrado. Para ello debían realizarse unos rituales en los que fue necesaria la presencia y participación de la antropóloga Jaramillo para proceder al cierre de todo lo iniciado; el primero tuvo lugar en la sede de la subestación de El Copey, donde debían enterrarse los restos y utilizar los diferentes materiales que se habían solicitado, como las piedras de la mina de uranio, la arena de Nazaret, muchas cintas de colores, cuarzos, piedras y una representación en plástico o madera de muchas clases de animales; y, posteriormente, debía realizarse otro rito en un río cercano para purificar y concluir el trabajo. Una vez terminados todos

---

papa-francisco-reconoce-derecho-indigena-sobre-sus-tierras]. De manera que es probable que el propósito de los iku algún día pueda cumplirse.

48 Se reitera en este punto la importancia que tiene la participación de un antropólogo en la realización de los procesos de consulta previa ya que si éstos quieren efectuarse de manera correcta deben estar guiados por profesionales.

los rituales, cuenta la doctora Jaramillo que se desató un aguacero muy fuerte y que para los iku eso fue muestra de que los dioses, los ancestros y la naturaleza habían quedado satisfechos y agradecidos con los trabajos y pagamentos realizados: la armonía había regresado. A partir de ese momento y pasados dos años, la actitud de los participantes se volvió inmediatamente otra, se sentía que estaban tranquilos, alegres y en paz y se dio por terminado el proceso, advirtiéndosele a la empresa que no se admitiría en el futuro la realización de ningún otro proyecto en ese territorio.

Sin embargo, en el 2014 nuevamente el Gobierno Nacional, en cabeza de la Dirección de Energía Eléctrica del Ministerio de Minas y Energía, abrió una convocatoria, esta vez para la ampliación de la subestación de El Copey. Se llevaron a cabo los mismos trámites descritos anteriormente y de nuevo la empresa ISA Intercolombia fue la adjudicataria del proyecto. Teniendo en cuenta que cuando se finalizó la primera etapa en el año 2007 la comunidad arhuaca había manifestado que a futuro no sería posible volver a intervenir en el territorio en cuestión, la antropóloga encargada viajó a la región y solicitó una reunión especial con las autoridades y con quienes habían participado en la primera oportunidad; y, pese a los temores iniciales, fue bien recibida y escuchada sin reparo. En esta ocasión, antes de que las autoridades aprobaran la realización del proyecto y se diera inicio a una nueva etapa de consulta previa, se llevó a cabo un ritual, muy recurrente en la comunidad, que les permite a los mamos determinar si las intenciones del tercero no indígena que intenta acercarse son legítimas o si se trata de alguien que pretende engañar para obtener beneficios propios exclusivamente; si se supera la prueba se continúa con los diálogos y se avanza en el proceso[49].

Superada la prueba se dio inicio al proceso de consulta previa, que trascurrió sin sobresaltos porque básicamente se llevó a cabo de la misma manera que el anterior y, como ya se sabía que existía una probabilidad muy grande de que

---

49 El ritual consiste en que, algunos mamos, autoridades, miembros de la comunidad y los no indígenas que pretendan realizar algún tipo de actividad con ellos o en sus territorios se reúnen en un lugar sagrado y a cada uno se le entregan ocho cuerdas delgadas y cortas hechas de la misma lana hilada con la que se fabrican las mochilas. Los mamos hablan en su lengua por un largo tiempo y luego la persona o personas no indígenas deben presentarse y explicar sus intenciones y el motivo por el cual se encuentran allí y, mientras lo hacen deben frotar con los dedos de la mano derecha cuatro de los hilos y con los dedos de la mano izquierda los otros cuatro; así mismo, al mismo tiempo, todos los participantes están frotando sus respectivos hilos. Al parecer, si las intenciones del no indígena no son buenas para los iku, algo sucede en ese momento que se los demuestra mientras que si está siendo sincero el ritual concluye, se le entregan todos los hilos al mamo y se puede seguir adelante. Este es el ritual que se mencionó en la nota 18, realizado también durante las reuniones para la implementación de la sentencia T-005 de 2016.

volvieran a aparecer restos óseos prehispánicos, se acordó que se procedería exactamente del mismo modo y que se tomarían exactamente las mismas medidas. Sin embargo, en esta ocasión se les permitió a algunos profesionales arhuacos participar en los estudios. Fue el caso del indígena Faustino, arqueólogo de la Universidad Nacional de Colombia, quien estuvo presente durante las pruebas científicas realizadas a los elementos encontrados y se convirtió en el enlace principal al momento de realizar las reuniones de intercambio de saberes, ya que se trata de una persona que conoce la importancia de los hallazgos desde los dos puntos de vista[50].

Actualmente está pendiente la realización de las ceremonias de reenterramiento de los materiales encontrados durante la ampliación de la subestación y se dará por concluido este segundo proceso. Sin embargo, vale la pena mencionar un acontecimiento muy importante que se produjo durante una de las últimas reuniones de verificación de acuerdos. Tras la exposición por parte de Susana Jaramillo de los avances en materia de trabajo espiritual realizado para saneamiento y recuperación del equilibrio con la naturaleza y sus respectivos gastos ya sufragados por la empresa, de los avances en materia de estudios arqueológicos y de compra de predios, los mamos y autoridades presentes en la asamblea debatieron en su lengua durante algunos minutos y le comunicaron a la antropóloga que por unanimidad se había decidido que a ella se le haría un homenaje especial.

Por tratarse de la primera y tal vez la única persona no indígena que hasta ahora ha tenido la capacidad de escuchar y comprender su cultura, por ser la única persona que en el marco de la realización de un megaproyecto totalmente ajeno a los intereses de la comunidad pero necesario para la región tuvo la capacidad de tratarlos como iguales y de reconocer su territorio, por haberse hecho responsable de los daños causados y por haber hecho todo lo posible por repararlos, se le haría una escultura al lado de la de una mujer arhuaca en el santuario construido con ocasión de los hechos aquí narrados. Este santuario no será solo el símbolo de un hecho importante como lo fue para los iku descubrir un cementerio de sus ancestros y trabajar para resarcir el daño que causó haberlos desenterrado, sino además, será el símbolo del acuerdo y la armonía

---

50 Para los efectos de la presente investigación, parte del trabajo de campo realizado transcurrió en las reuniones de verificación del cumplimiento de los acuerdos a los que se llegó durante el proceso de consulta y en las reuniones de compartición de saberes, lo que me permitió comprender a fondo cómo se desarrollan este tipo de reuniones que son muy similares a las de la consulta previa como tal y, sobretodo, percibir un diálogo entre iguales en el que ambas partes se reconocen como válidas y en el que bajo el respeto de los puntos de vista se logran los acuerdos.

con el "hermanito menor", el símbolo de que es posible compartir el mundo sin que uno pretenda pasar por encima del otro.

Este caso, además de ser un ejemplo de consulta previa llevada a cabo con el cumplimiento de todos los requisitos y principios, es un modelo de entendimiento entre la sociedad mayoritaria no indígena y una comunidad ancestral en el que ninguna de las partes se vio más afectada que la otra y en el que ambas obtuvieron beneficios. Por último, se trata de un caso en el que es evidente que el daño para los iku es diferente de aquel que se reconoce en Colombia, así como sus mecanismos de reparación. Los daños que se causaron aquí fueron gravísimos, estaban relacionados con los muertos y los antepasados que normalmente son lo más sagrado para una cultura, y aún así hubo concertación y reparación integral desde todo punto de vista.

Para concluir este apartado, vale la pena reiterar que los tres casos analizados antes relativos a consultas previas realizadas en la Sierra Nevada de Santa Marta, específicamente con afectación directa para el pueblo arhuaco, demuestran que para éste, desde su cosmovisión y desde la interpretación de la Ley de Origen, el daño que se genera con las diferentes intervenciones públicas y privadas en su territorio ancestral es un daño inmaterial que no necesariamente encaja dentro de las categorías o tipologías reconocidas legal y jurisprudencialmente en Colombia, ya que, como se vio con los ejemplos, comprende afectaciones muy distintas de aquellas que normalmente se conocen y reconocen en el país y sus cortes.

Vale la pena recordar que además de la información contenida en los ejemplos, mucho más específica, también se cuenta con aquella que se ha mencionado en capítulos anteriores, consignada en los documentos arhuacos más importantes como lo son el Proyecto final de Plan Salvaguarda[51], el "Documento Madre de la Línea Negra (Jaba Séshizha)"[52] y el documento preliminar denominado *Fundamentos y lineamientos ancestrales de los cuatro pueblos indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta para la construcción de un protocolo de consulta ancestral*[53].

Además, existen otros dos documentos que contienen información puntual sobre el daño, uno de ellos es el "Diagnóstico de la afectación a los principios y derechos fundamentales, que en los ámbitos culturales, materiales, espirituales

---

51 Proyecto final de Plan Salvaguarda Iku, Nabusímake, 2015.

52 "Documento Madre de la Línea Negra (Jaba Séshizha) de los cuatro pueblos indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta", base para la elaboración del proyecto de decreto para la regulación de la Línea Negra, elaborado por las autoridades de las cuatro comunidades en diciembre del año 2015.

53 Consejo Territorial de Cabildos, *Fundamentos y lineamientos ancestrales de los cuatro pueblos indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta para la construcción de un protocolo de consulta ancestral, documento preliminar*, Valledupar, 2015.

y ambientales, ha sido generada en la Sierra Nevada por la intervención pública y privada en el marco de la política de desarrollo económico del país"[54], y el otro, el "Documento general de la propuesta de ampliación de los resguardos indígenas de los pueblos kogui, arhuaco, kankwamo y wiwa de la Sierra Nevada de Santa Marta"[55].

> Para nosotros la historia, identidad y proyección a futuro de nuestros pueblos están íntima y directamente asociadas a la relación que conservamos con el territorio y sus recursos naturales. Es así como se concibe, que cualquier tipo de acción humana dentro del territorio ancestral también como proyectos causa una gran afectación a la integridad cultural y a partir de ésta a la social y territorial. Para los pueblos indígenas de la Sierra actuar sobre el territorio tradicional sin el previo consentimiento ancestral termina por afectar no solo nuestros principios de vida desde la Ley de Origen, sino el territorio ancestral, la comunidad en general e irrumpe la lógica espiritual de las interconexiones naturales. Lo cual vulneran nuestros principios de permanencia cultural, identidad, autonomía, gobierno propio, y ordenamiento y equilibrio ancestral junto el desplazamiento cultural y físico a nuestros pueblos originarios[56].

En el "Diagnóstico de la afectación a los principios y derechos fundamentales, que en los ámbitos culturales, materiales, espirituales y ambientales, ha sido generada en la Sierra Nevada por la intervención pública y privada en el marco de la política de desarrollo económico del país" se indica que para la comunidad iku los daños y afectaciones que se le causan al territorio repercuten directamente en el orden espiritual y, por ende, en la vida social, cultural, en el gobierno propio y la autonomía, en el medio ambiente, en la salud y en las prácticas tradicionales. Los daños y afectaciones ocurren en el nivel más profundo sobre los Padres y Madres espirituales, pero se manifiestan en el mundo físico, en la vida cultural y social de la comunidad y en la relación de ésta con la naturaleza y el entorno en general. Las catástrofes naturales, el cambio climático, la pérdida de fuentes de agua y las enfermedades no son otra cosa que los efectos o reflejos de los

---

54 Consejo Territorial de Cabildos, *Diagnóstico de la afectación a los principios y derechos fundamentales, que en los ámbitos culturales, materiales, espirituales y ambientales, ha sido generada en la Sierra Nevada por la intervención pública y privada en el marco de la política de desarrollo económico del país*, Confederación Indígena Tayrona, Valledupar, marzo de 2016.

55 Consejo Territorial de Cabildos, *Documento general de la propuesta de ampliación de los resguardos indígenas de los pueblos kogui, arhuaco, kankwamo y wiwa de la Sierra Nevada de Santa Marta*, diciembre de 2011.

56 Consejo Territorial de Cabildos, *Diagnóstico de la afectación a los principios y derechos fundamentales, que en los ámbitos culturales, materiales, espirituales y ambientales, ha sido generada en la Sierra Nevada por la intervención pública y privada en el marco de la política de desarrollo económico del país*, Confederación Indígena Tayrona, Valledupar, marzo de 2016, p. 3.

daños causados al tejido sagrado del territorio; dentro de la Línea Negra se han construido sin consulta previa vías, puertos, muelles, represas, hoteles y otros, que lo han transformado de forma irreversible y muy rara vez se ha hecho una evaluación conjunta e integral de los impactos y afectaciones a la integridad del territorio ancestral y a los derechos de las diversas culturas que allí habitan.

Se reitera que las afectaciones a espacios sagrados, las que causan la guaquería y la minería, las causadas por extracción de elementos del mar y del subsuelo, las causadas por impedir o dificultar el acceso de los mamos a los lugares de pagamento, aquellas que se causan por realizar actividades dentro del territorio ancestral sin realizar la respectiva consulta a los Padres Espirituales y el respectivo pagamento tras su autorización, debilitan profundamente las bases de la existencia de la comunidad y de su cultura. No es posible hablar de daños aislados porque, tal y como se ha mencionado varias veces, en la cosmovisión arhuaca todos los elementos del mundo espiritual y del mundo material están interconectados, de manera que es suficiente con que uno de ellos se afecte para que se rompa la armonía general y sea necesario entrar a repararla.

Se afirma, además, teniendo en cuenta lo anterior, que las autoridades iku están revisando la pertinencia y suficiencia de los instrumentos de evaluación ambiental, cultural y económica utilizados por el Estado al momento de determinar las afectaciones generadas por los proyectos, obras o actividades dentro del marco de las consultas previas, ya que, por lo general, éstos no alcanzan a valorar los daños que realmente se generan dentro de la comunidad, así como tampoco son suficientes las medidas que hasta ahora se han ordenado para repararlos, porque no tienen en cuenta los conocimientos e interpretaciones que los iku tienen al respecto.

Por su parte, en el "Documento general de la propuesta de ampliación de los resguardos indígenas de los pueblos kogui, arhuaco, kankwamo y wiwa de la Sierra Nevada de Santa Marta"[57] se afirma que la identidad cultural como pueblos indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta depende de la unidad que se mantenga con la entraña del territorio y su contenido sagrado, lo cual quiere decir que la permanencia espiritual y cultural de aquellos está íntimamente ligada al territorio ancestral. Se indica que a lo largo de la historia éste se ha visto afectado por distintos factores que han dejado huellas tanto en las condiciones ambientales de la Sierra como en las formas de organización social y política ancestrales, y que entre dichos factores se encuentran:

---

57 Consejo Territorial de Cabildos, *Documento general de la propuesta de ampliación de los resguardos indígenas de los pueblos kogui, arhuaco, kankwamo y wiwa de la Sierra Nevada de Santa Marta*, dic. 2011.

– El desplazamiento y la pérdida del territorio ancestral que inició con la invasión española, ante la cual los indígenas sobrevivientes tuvieron que refugiarse en las partes más altas de la Sierra Nevada, perdiendo con lo cual perdieron las tierras medias y bajas y los lugares sagrados que allí se encontraban, y se interrumpió la correlación entre el mar y los nevados. Esta situación siguió agravándose con la llegada de colonos interesados en el cultivo de café, marihuana y coca, que trajo campesinos de diferentes zonas del país, con la llegada de guaqueros y con la tala de árboles y extracción de materiales del subsuelo. Con la llegada de los colonos además se construyeron vías, centros poblados, puertos, antenas y demás elementos contrarios a la Ley de Origen que violan el territorio y sus funciones ancestrales.

– La afectación al ordenamiento ancestral del territorio: éste está organizado por sitios sagrados y cada uno de ellos tiene una función especial consagrada en la Ley de Origen; además, según la misma ley, el territorio es comunitario y cada familia ocupa lo que le corresponde y debe manejarlo según sus preceptos. Con las invasiones externas toda esta organización se ha visto afectada, y en la actualidad hay grandes extensiones que son de propiedad privada y muchos sitios sagrados quedaron ahí dentro, por lo cual es imposible acceder a ellos.

– La afectación a los sitios sagrados a causa de los procesos de desplazamiento y colonización antes mencionados, que han generado la ruptura de la red e interconexión entre ellos y por ende el debilitamiento de la integridad material y espiritual del territorio, de la comunidad y del gobierno interno.

– Y los megaproyectos, el turismo, los cultivos ilícitos, el conflicto armado y demás factores externos a la comunidad, que buscan monetizar y extraer recursos y productos del territorio de la Sierra Nevada y van en contra de la Ley de Origen, cuya esencia es buscar la conservación y preservación del territorio a través del intercambio y el equilibrio y esto genera graves daños.

Por último, debe mencionarse el análisis que se hace de los daños y afectaciones causados al territorio en el denominado "Documento Madre de la Línea Negra (Jaba Séshizha)", además porque allí se habla también de la reparación de ellos. Se indica allí que los daños causados al territorio no podrían ser entendidos sin tener presente de dónde viene éste, cómo funciona, cuál es su evolución y cuáles son los deberes de los pueblos de la Sierra Nevada de Santa Marta frente a él.

El mundo físico se conformó en nueve etapas y está integrado a su vez por nueve niveles hacia abajo y nueve niveles hacia arriba. Los seres humanos se encuentran justo en la mitad y los demás niveles son netamente espirituales, pero con ellos se mantiene una interacción constante desde de los sitios sagrados a través de hilos de interconexión. En esos mundos habitan los espíritus de todo

tipo de seres: agua, brisa, fuego, animales y plantas que se deben alimentar a través de los mencionados hilos espirituales, de manera que cualquier intervención que se cause en el mundo físico que afecte los hilos sagrados romperá la comunicación y el intercambio de energía y alimento y generará así daños terribles, porque esos mundos cumplen una función vital para la existencia de este.

Por otra parte, se afirma que el territorio ancestral debe entenderse no solo como la tierra y aquello que está encima de ella sino además como la estructura interior de ella y todo lo que allí se encuentra. Por esto, los iku indican que de lo profundo de la Madre viene la energía para crear y sostenerlo todo y que toda actividad de disposición, uso, manejo y protección del territorio debe anclarse en los intestinos de ella. De aquí la gravedad de la minería, la guaquería, la explotación de canteras, etc., porque toda la estructura rocosa, los minerales, el oro, gas, el carbón, el petróleo y las piedras son elementos que fueron creados para cumplir un objetivo específico y para mantener el equilibrio, de manera que cuando son alterados se perjudica a todas las especies incluido el ser humano: del cuidado de lo que está arriba depende el bienestar de los seres que están abajo y viceversa.

Así mismo, el territorio ancestral incluye también el mar y todos sus componentes, el mar y la tierra son una unidad con funciones que se corresponden entre sí. Desde la orilla hacia adentro de las aguas existe el mismo orden que hay en la tierra y hay también lugares sagrados de interconexión. Las aguas del mar, las de los ríos, lagos, lagunas y todo el sistema hídrico poseen fuerzas distintas y complementarias que conforman una unidad: las aguas del mar poseen fuerzas y energías oscuras y las aguas dulces y subterráneas son fuerza y energía pura y entre ambas se complementan y equilibran. De aquí la gravedad de desviar ríos, hacer represas, secar arroyos, etc. Pero, además, en cada uno de los niveles del mar se reflejan los daños y las afectaciones a los espacios sagrados ubicados dentro de la Línea Negra: cuando se afectan los espacios sagrados que ejercen las funciones de control y vigilancia del mar, como las lomas y lagunas costeras, el mar empieza a subir y a comerse la tierra, a salinizar los suelos, desaparecen especies, suben las brisas negativas a la Sierra y bajan los niveles de agua de sus lagunas y ríos.

> Las aguas subterráneas son las que más sufren las afectaciones, cualquier daño que se haga en esos espacios hace que el agua empiece a subir y salir a la superficie, generando afectaciones y daños ambientales, culturales y sociales, es por eso que nosotros insistimos en no seguir dañando esos espacios sagrados porque allí viven seres espirituales negativos que no se deben destapar, ni siquiera se pueden ver porque se liberan energías que llegan en forma de tormentas eléctricas, sequías, brisas huracanadas, enfermedades

> a toda biodiversidad. Por no saber todo esto, entonces dañamos las rocas que son el soporte de ellas y se rompe ese equilibrio que estaba reservado[58].

Por otra parte, todo el conocimiento y la historia de la Tierra y de la vida se encuentran codificados en las rocas y piedras, que son los mapas ancestrales de la naturaleza. Las rocas y piedras funcionan como los huesos de la Tierra, son las estructuras que le permiten mantener el orden y la estabilidad de los demás elementos de la naturaleza. Las rocas, las piedras, la arena y los minerales están en diferentes estados y colores y cumplen con diferentes funciones.

Los iku trabajan con las diferentes clases de piedras y minerales para proteger los elementos de la naturaleza, porque toda la naturaleza está representada en piedras. Los mamos utilizan las piedritas producidas en los diferentes espacios sagrados como materiales de trabajo espiritual para mantener el orden y el equilibrio del territorio. Hay piedras para trabajarle al agua, piedras para trabajarles a los animales, a los peces, a las aves, al viento, a las cosechas, a las personas, y piedras para comunicarse con el mundo espiritual. Muchos de los sitios sagrados están representados en piedras, que son el medio de comunicación con los seres espirituales a las que hay que entregarles los alimentos culturales (pagamentos) para que ellos puedan seguir cumpliendo sus funciones. Por eso al romper las rocas, cambiarlas de lugar o sacarlas de dentro de la Tierra se afecta a estos seres de la naturaleza y se rompe el equilibrio entre el mundo espiritual y el material.

Al irrespetar estos elementos se destruye la Tierra y vienen las catástrofes y las enfermedades. En la cultura iku cada persona es una réplica de la Tierra, y esto se debe entender no solo como representación simbólica sino como manifestación real de reciprocidad, donde la salud, el equilibrio y la protección dependen del cumplimiento del orden, función y manejo en la una y en la otra. La naturaleza se alimenta de las acciones y los pensamientos de los seres humanos, de lo cual se concluye que si el territorio está desordenado y enfermo es porque las personas no han sabido mantener una relación equilibrada con él y han roto su armonía. Cada uno de los espacios sagrados del territorio ancestral es un órgano de ese cuerpo vivo e interconectado, donde es posible la comunicación con las Madres y los Padres; y esos espacios sagrados, a través de la consulta espiritual que hacen los mamos, indican cómo mantener el orden y manejo del territorio y señalan

---

58 Documento Madre de la Línea Negra –Jaba Séshizha– de los cuatro pueblos indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta, base para la elaboración del proyecto de decreto para la regulación de la Línea Negra, elaborado por las autoridades de las cuatro comunidades en diciembre del 2015.

los daños, amenazas, afectaciones y enfermedades y lo que se debe pagar, curar y reparar en cada uno de ellos para que esos daños no se produzcan.

> Todo lo que suceda a un espacio sagrado de la Línea Negra afecta a los demás, la destrucción de estos lugares sagrados implica el debilitamiento de los sitios conectados. Esto se manifiesta en el agotamiento de los recursos naturales, cuando allá en los territorios de los hermanos menores destruyen cerros, sacan el oro, carbón, gas y petróleo del interior de la tierra, represan ríos, los impactos se perciben y llegan a todos los demás espacios. A través de esa Línea Negra, esos espacios muertos consumen mayor energía de los demás sitios llevándoles lentamente a un agotamiento, desequilibrio, enfermedad y hasta su propia muerte. Por eso no se debe romper esta Línea Negra Séshizha, porque se estaría afectando el orden y equilibrio natural, alterando la funcionalidad del ciclo del agua, aire, y toda naturaleza[59].

Para concluir, se afirma en dicho documento que la intensidad y cantidad de afectaciones que la sociedad ha causado y sigue causando en los espacios sagrados del tejido del territorio ancestral de la Línea Negra ha debilitado enormemente el medio ambiente y la posibilidad de supervivencia cultural del territorio y de los pueblos ancestrales de la Sierra Nevada. Para los mamos y las autoridades ancestrales, la afectación de espacios sagrados de la Línea Negra, y en general de todos los espacios sagrados, ocurre cuando se altera su capacidad de ejercer sus funciones y mantener una conexión con los principios de 'Se' o del Origen. Al afectar su relación con estos principios espirituales, el espacio sagrado pierde su capacidad de regular y generar equilibrio en los diversos aspectos del territorio ancestral, en las comunidades humanas y de recibir los pagamentos tradicionales de los mamos para estos fines. La interrelación entre el tejido de los espacios sagrados y los principios espirituales en 'Se' es lo que mantiene a nivel material el equilibrio entre todos los aspectos de la vida. Los Padres y Madres espirituales dejaron la tierra en equilibrio y sin enfermedades y así debía mantenerse para evitar el calor de la tierra, mantener la humedad, el movimiento armónico del aire, el agua, las lluvias, y todo el ciclo hídrico, el viento, el calor, la fauna, la flora, la salud y fuerza de los espacios de la vida.

Por último, se afirma que algunas de las afectaciones a los espacios sagrados son reversibles, y sería posible repararlas con medidas de restauración de orden ambiental, físico y espiritual, lo cual supondría en cualquier caso la suspensión inmediata de todos los procesos sociales, económicos y políticos que las hayan generado. Sin embargo, la Ley de Origen no admite compensaciones para daños

---

59 Cit. ibídem.

generados al tejido ancestral, cuando la consulta ancestral indica que alguna actividad va a generar un daño irreparable, simplemente no se puede llevar a cabo esa actividad porque los espacios sagrados son insustituibles, y por lo tanto, no se pueden compensar los daños que se les causen. Por esta razón, los mamos y autoridades insisten en la necesidad de implementar medidas de prevención y protección de los espacios sagrados de la Línea Negra y del Territorio Ancestral en general, porque repararlos es demasiado complejo cuando no imposible.

En conclusión, de lo ilustrado en los tres ejemplos mencionados (cerro Inarwa, Parque Tayrona y subestación de El Copey) y del análisis de los documentos arhuacos queda claro que aún hay mucho terreno por explorar en materia de daño, que lo que para la cultura iku significa daño no necesariamente encuentra amparo en el sistema jurídico colombiano y que en todo caso esto no puede significar que éste no se produzca y no deba ser reparado.

Si bien se trata de concepciones diferentes y de tipologías que tal vez no están previstas en la ley, las garantías consagradas en la Constitución Política de 1991 y en el derecho internacional comportan, por un lado, la obligación de que sean tenidas en cuenta y, por otro, el reconocimiento de un derecho en cabeza de las comunidades a ser indemnizadas por esos daños que se les causan al afectar su territorio ancestral, sin importar que no encajen dentro de los mecanismos legales y jurisprudenciales existentes en el ordenamiento jurídico colombiano.

En este punto, debe tenerse en cuenta además que al momento de identificar los daños y las formas de reparación de estos cuando se trata de comunidades indígenas, son éstas las llamadas tanto a describir y cuantificar el daño como a definir la manera en que éste debe ser reparado. En palabras de la antropóloga Susana Jaramillo, cuando se trata de comunidades indígenas no es el *bunachi* el llamado a establecer los daños causados ni los impactos ni las formas de indemnización: el manejo para identificarlos y repararlos solo lo pueden establecer los perjudicados, al ser los únicos que conocen verdaderamente su significado.

A continuación se expondrá entonces la manera en que han sido reparados los daños causados al territorio ancestral de las comunidades indígenas por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de la Corte Constitucional y, en algunos casos, del Consejo de Estado, con el fin de analizarlas y valorar luego su suficiencia y eficiencia y su correspondencia con el daño que pretenden reparar[60].

---

60 En materia de daño y afectaciones no se hizo referencia concreta al tema de la minería (principalmente ilegal), por cuanto implicaría la realización de un trabajo de gran envergadura y no es esta la oportunidad para hacerlo; sin embargo, baste decir que, tal y como se ha mencionado a lo largo del texto y en

II. LOS MECANISMOS DE REPARACIÓN DEL DAÑO INMATERIAL HASTA AHORA EMPLEADOS Y SU POSIBLE INSUFICIENCIA

Como se ha indicado hasta ahora, cuando en Colombia se producen daños por la violación a los derechos al territorio o a la consulta previa de las comunidades indígenas, generalmente éstas acuden a la acción de tutela con el fin de que se interrumpa la actividad que está causando el daño y se protejan sus derechos vulnerados; por esta razón, ha sido la Corte Constitucional la encargada de definir el alcance y las características de los mencionados derechos, así como el de los daños o afectaciones como tal y su reparación, aunque en esta materia existan posiciones encontradas en cuanto a la posibilidad de que la acción de tutela sea una acción de responsabilidad civil[61]. Por su parte, también el Consejo de Estado se ha pronunciado sobre estos temas en mayor medida como juez de tutela y de manera muy escasa en casos nulidad y restablecimiento del derecho y de reparación directa, pese a que en éstas también podría avanzarse enormemente en materia de daño y reparación de este en el contexto indígena[62], además, casi siempre con una visión menos garantista que la de la Corte Constitucional. En el ámbito internacional, en cambio, la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos han sido los órganos que han definido

---

varias de las sentencias de la Corte Constitucional, la minería es una de las actividades que se realiza a diario en la Sierra Nevada de Santa Marta causando constantes daños al medio ambiente y a las comunidades que allí habitan, razón por la cual, frente a este tema aplican todas las consideraciones hechas anteriormente.

61 Véase artículo 25 del Decreto 2591 de 1991; Osuna, Néstor Iván, *Tutela y amparo: derechos protegidos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998, p. 32; Yáñez, Diego Armando, *Responsabilidad constitucional: el juez de tutela en la reparación de daños*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2016, pp. 83-89; Henao, Juan Carlos, *La acción de tutela y la responsabilidad extracontractual del Estado,* en Homenaje a Fernando Hinestrosa. Treinta años de Rectorado, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1993 (en opinión del profesor Juan Carlos Henao la acción de tutela es una acción de responsabilidad civil, tal y como se verá más adelante); Esguerra, Juan Carlos, *La protección constitucional del ciudadano*, Legis, Bogotá, 2004, pp. 152-157 (mientras que para el profesor Juan Carlos Esguerra estas dos acciones son completamente diferentes); Bernal, Carlos, *Sobre el daño y la vulneración de los derechos fundamentales* en [http://derechodelaresponsabilidad.blogspot.com.co/2009/10/bernal-sobre-el-dano-y-la-vulneracion.html], octubre 11 de 2009.

62 Santofimio, Jaime Orlando, *Tratado de derecho administrativo*, tomo III, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004, pp. 200-208 y 210-219; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 24 de octubre de 1994, exp. 8235, CP Carlos Betancur Jaramillo; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 30 de agosto de 2001, exp. 20608, CP María Elena Giraldo; Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 4 de marzo de 2003, exp. 8302, CP Manuel Santiago Urueta; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 29 de julio de 1997, exp. 13507, CP Juan de Dios Montes; Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 4 de septiembre de 1997, exp. 10239, CP Ricardo Hoyos Duque.

las medidas de reparación de los daños causados a las comunidades indígenas, siendo ésta una de sus funciones propias según el artículo 63 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos[63], y lo han hecho siempre poniendo por delante la protección de las comunidades étnicas y de sus derechos.

A. La reparación en la jurisprudencia colombiana: Corte Constitucional y Consejo de Estado

Según el inciso segundo del artículo 86 de la Constitución Política[64], la sentencia de tutela culmina con una orden que el juez imparte para que el sujeto o la entidad contra la cual se interpuso "actúe o se abstenga de hacerlo", es decir, para que haga o deje de hacer algo y con ello se proteja el derecho fundamental invocado. De este modo, en principio, no parecería caber dentro de ese propósito la orden de una indemnización o reparación de un daño, al menos desde el punto de vista pecuniario[65]; sin embargo, por una parte, el Decreto 2591 de 1991, que reglamenta la acción de tutela, establece en su artículo 25 que en el fallo que conceda la tutela el juez, de oficio, tiene la potestad de ordenar en abstracto la indemnización del daño emergente causado si ello fuere necesario

---

63 "Artículo 63. 1. Cuando decida que hubo violación de un derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados. Dispondrá asimismo, si ello fuera procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada.
"2. En casos de extrema gravedad y urgencia, y cuando se haga necesario evitar daños irreparables a las personas, la Corte, en los asuntos que esté conociendo, podrá tomar las medidas provisionales que considere pertinentes. Si se tratare de asuntos que aún no estén sometidos a su conocimiento, podrá actuar a solicitud de la Comisión". Véase también Ruiz, Oswaldo y Donoso, Gina, *Pueblos indígenas y la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Fondo y Reparaciones*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 2012, pp. 92-132.

64 "Artículo 86 C.P. Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública.
"La protección consistirá en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo. El fallo, que será de inmediato cumplimiento, podrá impugnarse ante el juez competente y, en todo caso, éste lo remitirá a la Corte Constitucional para su eventual revisión.
"Esta acción solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.
"En ningún caso podrán transcurrir más de diez días entre la solicitud de tutela y su resolución.
"La ley establecerá los casos en los que la acción de tutela procede contra particulares encargados de la prestación de un servicio público o cuya conducta afecte grave y directamente el interés colectivo, o respecto de quienes el solicitante se halle en estado de subordinación o indefensión".

65 Esguerra, Juan Carlos, *La protección constitucional del ciudadano,* Legis, Bogotá, 2004, pp. 152-157.

para asegurar el goce efectivo del derecho[66]; y, por otra parte, se ha venido desarrollando una teoría según la cual los conceptos de *daño* y *vulneración* de los derechos fundamentales son sinónimos, de manera que la vulneración a los derechos fundamentales debe considerarse un caso especial de daño, es decir, un daño a los derechos fundamentales, cuya consecuencia lógica es su reparación[67]. En palabras de Carlos Bernal, la vulneración de un derecho fundamental es un daño a un derecho fundamental, y ello es así porque la vulneración es una lesión que se inflige al derecho fundamental, es antijurídica y genera la obligación de resarcir el daño, es decir, pone en funcionamiento los mecanismos jurídicos que institucionalizan la justicia correctiva, es decir, los mecanismos que imponen la obligación de restituir las cosas al estado anterior[68]. Así mismo, según Juan Carlos Henao, "El daño es toda lesión que pueda causársele a un derecho, o, al menos, a una situación no contraria a derecho o la alteración negativa de un estado de cosas existente"[69].

Vale la pena indicar además que, pese a que el mencionado artículo 25 es muy restrictivo cuando se refiere a la posibilidad de que en las sentencias que resuelven las acciones de tutela se ordene una indemnización, la Corte Constitucional ha condenado en abstracto en repetidas ocasiones[70], sin que pueda identificarse una

---

66 "Artículo 25. Indemnizaciones y costas. Cuando el afectado no disponga de otro medio judicial, y la violación del derecho sea manifiesta y consecuencia de una acción clara e indiscutiblemente arbitraria, además de lo dispuesto en los dos artículos anteriores, en el fallo que conceda la tutela el juez, de oficio, tiene la potestad de ordenar en abstracto la indemnización del daño emergente causado si ello fuere necesario para asegurar el goce efectivo del derecho así como el pago de las costas del proceso. La liquidación del mismo y de los demás perjuicios se hará ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo o ante el juez competente, por el trámite incidental, dentro de los seis meses siguientes, para lo cual el juez que hubiere conocido de la tutela remitirá inmediatamente copia de toda la actuación. La condena será contra la entidad de que dependa el demandado y solidariamente contra éste, si se considera que ha mediado dolo o culpa grave de su parte, todo ellos sin perjuicio de las demás responsabilidades administrativas, civiles o penales en que haya incurrido. Si la tutela fuere rechazada o denegada por el juez, éste condenará al solicitante al pago de las costas cuando estimare fundadamente que incurrió en temeridad."
Al respecto véase también Henao, Juan Carlos, *La acción de tutela y la responsabilidad extracontractual del Estado*. Homenaje a Fernando Hinestrosa. Treinta años de rectorado, *Liber amicorum*. Estudios y temas, Bogotá, 1993.

67 Bernal, Carlos, *Sobre el daño y la vulneración de los derechos fundamentales*, disponible en [http://derechodelaresponsabilidad.blogspot.com.co/2009/10/bernal-sobre-el-dano-y-la-vulneracion.html], consultado el 11 de octubre de 2009.

68 Cit. ibídem.

69 Henao, Juan Carlos, *El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, pp. 83 y ss.

70 Algunos ejemplos son las sentencias T-414 de 1992, T-222 de 1992, T-428 de 1992, T-525 de 1992, T-577 de 1992, T-611 de 1992, T-161 de1993, T-303 de 1993, T-332 de 1993, T-375 de 1993, T-384 de 1993, T-563 de 1993, T-033 de 1994, T-095 de 1994, T-259 de 1994, T-403 de 1994, SU-256 de 1996, T-575 de 1996, T-267 de 2000, SU-544 de 2001, T-036 de 2002, T-257 de 2002, T-961 de 2002, T-1083

línea jurisprudencial clara al respecto, en atención a que la figura mencionada en el Decreto 2591 de 1991 ha sido utilizada de manera intermitente y no siempre con la misma amplitud[71]. Según dicho decreto, para que el juez de tutela pueda ordenar una indemnización deben cumplirse los siguientes postulados: el afectado no debe disponer de otro medio de defensa judicial que sea igualmente eficaz, la vulneración o amenaza del derecho fundamental debe ser manifiesta, la vulneración o amenaza del derecho debe ser consecuencia de una acción o actuación claramente arbitraria, la orden de indemnización debe ser del daño emergente, la condena debe ser necesaria para el goce efectivo del derecho, y debe existir legitimación por activa y por pasiva para que la condena sea procedente[72/73].

En cuanto a la posibilidad de ordenar la reparación exclusiva del daño emergente, en la práctica esta limitación no ha sido óbice para que se hayan proferido condenas que incluyen indemnización de perjuicios sin restricción alguna, situación que se ha presentado también materia de comunidades indígenas tal y como se verá a continuación, principalmente siguiendo la lógica de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es decir, ordenando medidas alternativas, simbólicas o no pecuniarias de reparación. A continuación se mencionarán, de nuevo, algunas de las sentencias analizadas en materia de protección de los derechos de las comunidades indígenas, pero esta vez haciendo énfasis en las distintas formas de reparación que ha ordenado la Corte en ciertos casos. Podrá comprobarse que no hay una línea uniforme al respecto y que en cada caso concreto las decisiones han sido diferentes.

La primera sentencia que ordenó la reparación del daño causado a una comunidad indígena por la construcción de una carretera dentro de su resguardo sin agotar la respectiva consulta previa y los estudios de impacto ambiental fue la ya mencionada T-428 de 1992. En este caso se consideró que se encontraba probada la causalidad entre la construcción de la carretera y los daños ocasionados a la comunidad de Cristianía ya que ésta se encontraba situada en una

---

de 2002, T-1084 de 2002, T-299 de 2004, T-448 de 2004, T-769 de 2005, T-1090 de 2005, T-188 de 2007, T-405 de 2007, T-209 de 2008, T-085 de 2009, T-439 de 2009, T-496 de 2009, T-458 de 2010, T-465 de 2010, T-1029 de 2010, T-529 de 2011, T-622 de 2011, T-665 de 2011, SU-354 de 2013, entre otras.

71 En algunas ocasiones se ha ordenado restablecer el derecho y reparar el daño a través de incidente procesal, en ocasiones se ha hecho directamente, en otros casos se han ordenado medidas alternativas de reparación, y en otros eventos, cuando no se pueden volver las cosas al estado anterior ha ordenado que se indemnice a la víctima, tal y como se verá más adelante.

72 Yáñez, Diego Armando, *Responsabilidad constitucional: el juez de tutela en la reparación de daños*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2016, p. 85.

73 En ocasiones estos requisitos pueden ser flexibles si el sujeto a quien se le ha vulnerado o amenazado su derecho fundamental es un sujeto de especial protección constitucional, entre ellos las comunidades indígenas.

zona geológica de coluvión que tras las obras presentó grietas, elevaciones, asentamientos del terreno y cambios en el régimen de flujo normal de aguas en la ladera; y que sus habitantes no tenían por qué asumir las consecuencias perjudiciales que surgieron de la realización de obras que, delantadas ignorando negligentemente la fragilidad del terreno, causaron daños y perjuicios.

Por otra parte, indicó que era necesario diferenciar dos clases de perjuicios en el caso concreto, unos reales, y ya causados, y otros potenciales. Los primeros, resultantes de la ampliación de la carretera que para el momento de la sentencia se encontraban ya consumados en la medida en que casi la totalidad de la ampliación estaba terminada; y los segundos, teniendo en cuenta que subsistía la amenaza de que se produjeran otros, que serían irremediables en el evento de ocurrir y que podían ser evitados. Existía la amenaza de que se causaran por lo menos dos perjuicios adicionales: los posibles efectos dañinos producidos por la continuación de aquello que faltaba de la ampliación de la vía, y la notoria reducción de los recursos económicos de la comunidad indígena cuyas implicaciones serían catastróficas teniendo en cuenta que se trataba de una población organizada en torno a una economía de subsistencia.

Por estas razones era necesario suspender las obras relacionadas con la ampliación de la carretera hasta tanto se efectuaran los estudios necesarios que garantizaran la no causación de nuevos daños y la indemnización a la comunidad por los perjuicios ya causados, de tal manera que su situación económica fuera restablecida y se contrarrestara el peligro de desintegración y desaparición de ella. De este modo, se concedió el amparo, se ordenó la suspensión de los trabajos para proteger a la comunidad de los potenciales daños que éstos podían causarle hasta tanto se realizaran los estudios necesarios que aseguraran que no se causarían daños nuevos y se tomaran todas las precauciones para no ocasionar perjuicios adicionales; y se ordenó pagar las indemnizaciones correspondientes para restablecer su situación económica, mantener la integridad de la comunidad y su existencia misma, en el monto que ésta comprobara ante las autoridades competentes.

Por el contrario, en la sentencia T-380 de 1993 la Corte consideró que la devastación de la riqueza forestal del resguardo de la comunidad indígena demandante por parte de una empresa maderera particular había tenido ocurrencia en el pasado y, como tal, había un daño consumado al ecosistema cuyos efectos seguían prolongándose en el tiempo, de manera que el pronunciamiento relativo a los daños y a su indemnización debía provenir de una sentencia judicial proferida luego de surtir un proceso en el que, con audiencia de todas las partes, se ventilaran y controvirtieran los extremos de la responsabilidad y se determinara la condena indemnizatoria a que hubiera lugar, y no en sede de tutela. Mientras que con respecto a la entidad pública que omitió la realización de sus funciones

legales permitiendo la explotación maderera, este comportamiento omisivo sí podía constituir al momento de presentar la tutela una amenaza actual para los derechos fundamentales de la comunidad demandante.

En este caso entonces, si bien la Corte no ordenó indemnizar a la comunidad por los daños ya causados, sí afirmó que la inacción estatal, con posterioridad a la causación de un grave daño al medio ambiente de un grupo étnico, dada la interdependencia biológica del ecosistema, podía contribuir pasivamente a la perpetración de un etnocidio, consistente en la desaparición forzada de una etnia por la destrucción de sus condiciones de vida y su sistema de creencias; de manera que, con el objetivo de hacer cesar de manera inmediata la amenaza que se cernía sobre el grupo étnico, entre otras, por la omisión estatal del deber de restauración de los recursos naturales, la Corte ordenó a la entidad pública demandada que emprendiera las acciones necesarias para el control de los factores de deterioro ambiental en la zona afectada, y que luego de la cuantificación de los daños causados ejerciera contra los particulares presuntamente responsables las acciones judiciales enderezadas a exigir su reparación, sin perjuicio de las que eventualmente instaurara la comunidad lesionada o sus miembros.

Por otra parte, en la sentencia T-405, del mismo año, la Corte tomó una tercera vía. Encontró que efectivamente el medio ambiente se había visto afectado por la instalación de un radar de la Fuerza Aérea en la cabecera del aeropuerto del Araracuara y por la operación de este, principalmente en materia de contaminación de las fuentes de agua que suministraban el servicio para una comunidad indígena y de mal manejo de basuras y residuos sólidos por parte del Ejército en la zona de su resguardo; y manifestó que el Estado (Fuerzas Militares) debía redoblar los esfuerzos para lograr que la operación del radar no dañara el ecosistema donde vivían y trabajaban las comunidades indígenas del Araracuara.

Para lo anterior, ordenó, como medida encaminada a hacer efectiva la protección de los derechos fundamentales de las comunidades indígenas que habitaban la zona y sus demás pobladores, implementar un plan de manejo ambiental en la zona o ecosistema del Araracuara, el cual debería incluir un proceso de capacitación de las comunidades indígenas y de los miembros de las Fuerzas Militares que operaban en el sector para el adecuado manejo de sus recursos naturales. Dicho plan tenía que comprender un manejo integral del ambiente que incluyera los suelos, el agua, la fauna y la vegetación.

Para tales efectos, se debía constituir un Comité de Vigilancia para el manejo ambiental del Araracuara, integrado por representantes de la Comunidad Indígena del Medio Amazonas, y concretamente del Resguardo Monochoa, de la Fuerza Aérea Colombiana y de la Misión Aérea de los Estados Unidos que operaba el radar, de la Corporación Araracuara y por la autoridad administrativa

y de policía del Araracuara. Y a la Corporación Araracuara le corresponderían la vigilancia y el control de las aguas, para lo cual debía adelantar estudios y análisis periódicos sobre los vertimientos de agua, la fauna, los suelos y la vegetación, de manera que se pudieran adoptar las determinaciones y las medidas necesarias para mantener las condiciones esenciales de un ambiente sano y la preservación de los recursos naturales en la zona.

Luego, la sentencia T-652 de 1998 resolvió la acción de tutela interpuesta contra el presidente de la República, los ministros del Interior, Agricultura, Medio Ambiente, y Minas y Energía, la Alcaldía Municipal de Tierralta (Córdoba) y la Empresa Multipropósito Urrá S. A. – E. S. P., por la presunta violación de los derechos fundamentales del pueblo embera-katío del Alto Sinú tras la construcción del proyecto hidroeléctrico Urrá I, para la que fue necesario desviar el río Sinú, sin la realización de la consulta previa ni el cumplimiento de un plan ambiental.

En este caso se verificó que efectivamente la construcción y el llenado del embalse le causaron graves daños a la comunidad, tales como la desaparición del pescado en los ríos y quebradas aledañas al resguardo, y la destrucción de todas sus vías de transporte, efectos negativos sobre las condiciones climáticas de las cuencas e impactos sobre la mortalidad en la zona de influencia de la represa[74], daños irreversibles que ya se causaron y que no pueden remediarse cumpliendo *a posteriori* con el requisito constitucional omitido, de manera que la Corte decidió ordenar que se indemnizara al pueblo afectado al menos en la cuantía que garantizara su supervivencia física, mientras elaboraba los cambios culturales, sociales y económicos a los que ya no podía escapar; y si no se lograba un acuerdo en cuanto al monto de la indemnización, se debería fijar la suma que correspondiera a un subsidio alimentario y de transporte, que pagaría la firma propietaria del proyecto a cada uno de los miembros del pueblo indígena durante los siguientes quince años, con el fin de garantizar la supervivencia física de ese pueblo, mientras adecuaba sus usos y costumbres a las modificaciones culturales,

74 Se lee en la sentencia: "La pesca cotidiana, que de manera gratuita enriquecía la dieta embera con proteínas y grasas de origen animal, se hizo improductiva y no podrá volverse a practicar hasta después de una década o más; la caza, práctica esporádica y complementaria, no tiene objeto en los terrenos deforestados de Iwagadó y requiere de largos desplazamientos en Karagabí, a más de ser insuficiente para compensar la pérdida del pescado; la entresaca de madera está prohibida, y la rotación de cultivos seriamente restringida con la superposición de las tierras de los actuales resguardos con el Parque Nacional Natural; adicionalmente, con la inundación de la presa perderán las vegas aluviales que les permitían obtener al menos dos ricas cosechas al año; las corrientes que les permitían transportarse serán reemplazadas por aguas quietas; los referentes geográficos conocidos por todos y los sitios sagrados relacionados con rápidos y estrechos del río ya no van a estar allí cuando se inunde la presa".

económicas y políticas que introdujo la construcción de la hidroeléctrica sin que ellos fueran consultados, por parte de la empresa constructora.

Una vez acordada o definida judicialmente la cantidad que debía pagar a los embera-katío la Empresa Multipropósito Urrá S. A., con ella se constituiría un fondo para la indemnización y compensación de los efectos del proyecto, que se administraría bajo la modalidad del fideicomiso, y de él se pagaría, mensualmente, a las autoridades de cada una de las comunidades la mesada correspondiente al número habitantes de cada una de ellas.

Así mismo, se ordenó a los ministerios del Interior y del Medio Ambiente, inaplicar el Decreto 1320 de 1998 y realizar una consulta que los representantes de los indígenas y sus comunidades elaboraran su propia lista de impactos del llenado y funcionamiento de la represa; negociaran un acuerdo sobre la prevención de impactos futuros, mitigación de los que ya se presentaron y los previsibles, compensación por la pérdida del uso y goce de parte de los terrenos de los actuales resguardos, y para definir su participación en los beneficios de la explotación de los recursos naturales; entre otras órdenes relacionadas con la salud y el medio ambiente.

Pasaron varios años sin que la Corte Constitucional ordenara medidas de reparación ante la vulneración de derechos de comunidades indígenas, hasta que en el año 2010 la sentencia T-547 presentó nuevos avances en el caso de la construcción del Puerto Multipropósito Brisa en la Sierra Nevada de Santa Marta sin la realización de la consulta previa a los cuatro pueblos que allí habitan.

En este caso se afirmó que era claro que el proyecto podía afectar de manera directa a las comunidades indígenas porque incidía sobre su entorno territorial y sobre lugares en los cuales realizaban prácticas culturales, razón por la cual debía haberse surtido un proceso de consulta, para establecer las razones por las cuales esta se consideraba procedente, así como los términos y condiciones en que debía realizarse, para luego, establecido que la consulta era necesaria, proceder a consultar formalmente con las comunidades el impacto que para ellas podría derivarse de la ejecución del proyecto. Sin embargo, este proceso no se llevó a cabo y eso les generó daños a las comunidades indígenas de la zona.

Por esta razón se ordenó por primera vez no solo la suspensión de las actividades del Puerto Multipropósito sino, además, que se llevara a cabo un proceso de consulta con las autoridades de las comunidades indígenas de la Sierra Nevada, mediante un procedimiento apropiado, previamente consultado con dichas autoridades, con el fin de establecer los daños, afectaciones e impactos que el Proyecto de Puerto Multipropósito de Brisa pudo causar y seguir causando en la integridad cultural, social y económica de dichas comunidades, y la manera de evitarlos o prevenirlos a futuro y mitigar aquellos que ya se hubieran causado.

Posteriormente se expidió la sentencia T-129 de 2011, sentencia muy importante porque se concentró en ordenar varias medidas de reparación que resultan interesantes. Ante la acción de tutela interpuesta por las comunidades indígenas de los resguardos Embera-Katío, Chidima Tolo y Pescadito por la construcción de una carretera en su resguardo, la explotación minera en el río que las provee de agua y la presencia de colonos y grupos armados sin la realización de consulta previa, la Corte consideró en primer lugar que, efectivamente, era necesario realizar la consulta previa a las comunidades demandantes antes de construir una carretera que atravesaría su resguardo e implicaría probablemente el traslado de la comunidad, por lo cual era necesario además obtener el consentimiento libre de sus autoridades. Por esta razón, se le ordenó al Ministerio del Interior iniciar los trámites respectivos para el adelantamiento de la consulta previa, teniendo en cuenta la búsqueda del consentimiento previo, libre e informado de la comunidad, y la suspensión inmediata de las obras.

En cuanto a la explotación minera, afirmó la Corte que se pudo constatar que el río Tolo era fundamental para las comunidades indígenas de la zona, ya que los principales asentamientos de viviendas y lugares colectivos se encontraban en cercanías de dicho afluente. Por esta razón, toda intervención o afectación que pudiera tener dicho río por la explotación de minerales, debía, necesariamente, implicar la realización de una consulta previa con las comunidades étnicas afectadas y la búsqueda de su consentimiento, previo, libre e informado teniendo en cuenta que de la minería se derivan sustancias tóxicas. Como esto tampoco había ocurrido, se ordenó al Ministerio del Interior, a Ingeominas, a la Corporación Autónoma Regional del Chocó y al Ministerio de Ambiente suspender todas las actividades de prospección, exploración legal e ilegal o similares en materia minera que se estuvieran llevando a cabo o se fueran a adelantar, en desarrollo de contratos de concesión con cualquier persona que tuviera la potencialidad de afectar a las comunidades indígenas de los resguardos Embera-Katío, Chidima Tolo y Pescadito, hasta tanto se agotara el proceso de consulta previa y la búsqueda del consentimiento informado de estas.

En cuanto a la presencia de colonos, se constató el impacto que había sufrido el medio ambiente en la zona debido a la tala de amplias zonas de bosque y el uso para ganadería de las tierras deforestadas, así como a la omisión del Estado, a través de los distintos entes encargados de velar por la integridad, no solo de las comunidades étnicas implicadas, sino de la protección del medio ambiente, y la presencia de grupos armados y colonos en tierras baldías. Se indicó que ante el peligro en el que se encontraban los resguardos mencionados y los ecosistemas de la zona, era necesario realizar un análisis de las problemáticas enunciadas y adoptar medidas conducentes y efectivas que contribuyeran a materializar los

derechos de las comunidades indígenas y a proteger los recursos naturales y el medio ambiente en la zona. Además, la Corte le ordenó al Incoder expedir una resolución adecuadamente motivada en la que se determinara si había o no lugar al englobe o ampliación de los resguardos Pescadito y Chidima para, de ser posible, contrarrestar la colonización de los territorios y el aumento de presencia de grupos ilegales.

Además, se les ordenó al Ministerio de Ambiente y a la Corporación Autónoma Regional del Chocó desplegar las medidas necesarias para conservar y proteger el medio ambiente en las zonas referidas, verificando de forma exhaustiva el cumplimiento de los estudios de impacto y diagnóstico ambiental de alternativas para cualquier proyecto que se pretendiera implementar, así como la elaboración de un programa de arqueología preventiva.

Las órdenes dictadas buscaban asegurar que los proyectos de impacto social y ambiental relacionados con proyectos de desarrollo o inversión dentro de territorios étnicos de allí en adelante implementaran medidas y mecanismos adecuados que minimizaran el perjuicio que pudieran tener dichos procesos en la capacidad de pervivencia social, económica y cultural de las comunidades étnicas de la Nación; para ello se deberían crear e implementar herramientas que contribuyeran de forma efectiva a la consecución del consentimiento libre, previo e informado según las costumbres y las tradiciones de los grupos étnicos determinados, en aquellos casos que implicaran el traslado o desplazamiento de las comunidades por la obra o el proyecto que estuvieran relacionados con el almacenamiento o vertimiento de desechos tóxicos en las tierras étnicas; o que representaran un alto impacto social, cultural y ambiental para una comunidad étnica.

Igualmente, dichas órdenes buscaban que se adoptaran las medidas administrativas necesarias para proporcionar a los integrantes de las comunidades étnicas los recursos efectivos y adecuados contra actos que violaran su derecho al uso y goce de la propiedad de conformidad con su sistema de propiedad colectiva; que se garantizara que los beneficios de las obras y de la explotación de recursos fueran compartidos de manera equitativa; y que se implementaran medidas de mitigación e indemnización por los daños ocasionados.

Además, se ordenó que las entidades respectivas establecieran, como medidas de mitigación, estímulos negativos[75] ante la muerte violenta o desplazamiento de miembros de comunidades étnicas y que debían fijar incentivos positivos relativos a la consecución de buenas prácticas en dichos procesos.

---

75 Con esta expresión la Corte Constitucional se refiere a medidas pedagógicas que debían implementar las entidades para desincentivar la comisión de delitos.

Por último, la Sala encontró pertinente, como medida de reconocimiento y respeto del grupo indígena accionante y en especial como orden simbólica de reparación y satisfacción, que el Ministerio del Interior coordinara y financiara la traducción de las partes relevantes de la sentencia a la lengua embera y distribuyera copias de la providencia a los miembros de la etnia.

La sentencia T-665 de 2011 fue proferida para resolver la acción de tutela interpuesta por el gobernador indígena de la comunidad huitoto contra el alcalde de Villavicencio, por cuanto varias familias de la comunidad fueron desplazadas por la violencia en el año 2003, llegaron a la mencionada ciudad y allí se asentaron en un predio que arrendaron y en el que iniciaron un proyecto de etnoturismo. En el entretanto, solicitaron apoyo de la alcaldía municipal y de la Presidencia de la República para que se les asignara un bien en el que se pudieran ubicar definitivamente. Después fueron demandados en un proceso abreviado de restitución de inmueble, ya que no pagaron algunos de los cánones, proceso que terminó con un fallo a favor del arrendador. Frente a la situación de éxodo a la que se vieron abocados, el gobernador indígena interpuso acción de tutela contra la autoridad municipal, por considerar que la falta de una gestión que condujera a la entrega de un territorio en el que pudieran vivir y mantener su cultura vulneraba sus derechos a la vida, a la igualdad, a la diversidad étnica y los derechos de los niños.

En este caso la Corte consideró que la calidad de sujeto de especial protección que tienen los indígenas conlleva que los jueces tengan que valorar en cada caso las condiciones en que un tutelante puede participar en un proceso ordinario, ya que su estatus implica que no se pueda reclamar de él la misma diligencia que se exige de las demás personas; así, se reconoció que a pesar de que las exigencias del trámite judicial resultaran extrañas a sus usos y costumbres, la comunidad se asesoró y dio poder a un profesional del derecho para que la representara dentro proceso, pero su intervención fue insuficiente para hacer valer su condición de indígenas desplazados, que habían forjado un proyecto productivo, de vida y, en últimas, una forma de subsistencia en ese territorio.

El tribunal constitucional indicó que los jueces de instancia debieron valorar si las normas ordinarias podían ser aplicables sin afectar la condición de indígenas y que se debían integrar las disposiciones constitucionales e internacionales a la decisión final, con lo cual se habría llegado a que, por ejemplo, a pesar del derecho del arrendador y de la declaratoria del incumplimiento del contrato, se tomaran medidas para que la restitución se hiciera de manera acelerada, pero garantizando que la comunidad no quedara en la calle sin ninguna alternativa. Los jueces de instancia se limitaron a comprobar la existencia del contrato de arrendamiento, a confrontar el incumplimiento de pagos, a declarar la terminación del contrato

y a ordenar la restitución inmediata del inmueble sin tener en cuenta el carácter de indígenas y de desplazados de los accionantes.

La Sala concluyó entonces que la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Civil Municipal de Villavicencio incurrió en un defecto sustantivo por desconocer los derechos de la comunidad indígena huitoto, en particular la protección y la supervivencia de su cultura, y ordenó dejarla sin efectos con el objetivo de garantizar el derecho de defensa y de que se interpusieran las nulidades necesarias o de que se reconocieran las posibles mejoras que la comunidad hubiere efectuado sobre el inmueble, para lo cual se le ordenó a la Defensoría del Pueblo disponer lo necesario para que la comunidad tuviera una representación judicial idónea en el transcurso del proceso abreviado. Igualmente, dispuso que dicho juzgado adelantara las diligencias necesarias para terminar los actos que se hubieran adelantado como consecuencia de la orden de restitución del inmueble arrendado.

Por otra parte, la Corte afirmó que la Alcaldía Municipal también le ocasionó un daño a la comunidad en cuestión, habida cuenta de que nunca la inscribió en el Registro Único de Desplazados, aunque por lo menos desde el 2007 la comunidad huitoto elevó varias solicitudes ante aquella para que se les asignara un lugar para vivir. Por esta razón se ordenó que en el término de 48 horas la oficina de Acción Social del Ministerio de Educación convocara una reunión con el fin de definir propuestas viables para que la comunidad mencionada pudiera ubicarse y estabilizarse definitivamente y así proteger su cultura y a sus integrantes; y que en el mismo término Acción Social adelantara la inscripción en el Registro Único de Población Desplazada de los miembros de la comunidad indígena huitoto y que dispusiera lo necesario para que recibieran la ayuda humanitaria de emergencia a la que tuvieran derecho.

Por último, la Sala consideró que en este caso se reunían los requisitos necesarios para ordenar la indemnización en abstracto contenida en el artículo 25 del Decreto 2591 de 1991, habida cuenta de que los derechos de la comunidad fueron desconocidos a pesar de las continuas gestiones adelantadas por ella para que fuera ubicada de manera definitiva; que se omitieron las gestiones ante las entidades del Sistema Nacional para Personas Desplazadas, lo cual les impidió el acceso a los beneficios mínimos a que tenían derecho; y que era necesario equilibrar las cargas existentes entre el arrendador y los arrendatarios, quienes se vieron afectados por la inactividad de las autoridades públicas mencionadas. Así, ordenó indemnizar en abstracto el perjuicio sufrido por la comunidad indígena huitoto, ocasionado por "no haberse cumplido la obligación" de reubicación solicitada por ellos desde noviembre de 2007, responsabilidad a cargo de la Alcaldía del municipio de Villavicencio y la Alta Consejería para la Competitividad y las Regiones de la Presidencia de la República; e indicó

que para efectos de efectuar la liquidación de esta indemnización el juez de primera instancia debía remitir inmediatamente copia de la actuación al juez administrativo a quien por reparto le correspondiera el trámite incidental, y que éste debía tener en cuenta que el perjuicio se concretaba en el pago de los cánones de arrendamiento del bien donde residen las familias huitoto a favor del arrendador, debidamente ajustados, generados desde el momento en que se interpuso la acción de tutela hasta cuando las familias fueran reubicadas o culminara debidamente el proceso de restitución del inmueble arrendado.

La sentencia T-462 A de 2012 resolvió la acción de tutela interpuesta por los gobernadores del resguardo indígena de Honduras y del Cabildo de Cerro Tijeras, ubicados en el departamento del Cauca, contra la Presidencia de la República, el Ministerio del Interior, el Ministerio de Educación Nacional, el Ministerio de Ambiente y otras entidades del Estado por considerar que la construcción de un embalse hidroeléctrico dentro del territorio de la comunidad indígena en 1985 les había generado graves daños, debido a que sus vías de transporte fueron anegadas, desaparecieron bajo el agua algunos de sus campos con riquezas económicas, disminuyó la pesca en los ríos, entre otros efectos económicos, sociales y ambientales. Y aunque la colectividad indígena se reunió con autoridades nacionales y departamentales en 1986 para llamar la atención sobre la situación y que las autoridades se comprometieron a adelantar obras para mejorar la infraestructura, el empleo, el sistema de salud, el sistema de educación, pasados 25 años ninguna de las entidades del Estado había cumplido con las promesas acordadas.

En este caso, entre las pretensiones invocadas por los actores estaba el cumplimiento de los compromisos adquiridos en 1986 relacionados con medidas de compensación por los impactos generados por la construcción de la Central Hidroeléctrica Salvajina. Sin embargo, la Corte indicó que el presunto incumplimiento del acta suscrita en 1986 era solo una de las causas de una situación permanente y continuada de desconocimiento de derechos fundamentales que se desarrolló y se incrementó con el paso del tiempo, y que generó impactos aún en la actualidad.

Con base en lo anterior, la Sala observó que en la época de la construcción de la represa Salvajina no existía en los ámbitos nacional e internacional una obligación estatal de realizar una consulta previa a las comunidades indígenas afectadas por la construcción de proyectos dentro de sus territorios. Sin embargo, en el momento de la presentación de la tutela sí resultaba obligatorio el adelantamiento de una consulta previa, como lo sostenía y exigía el Ministerio de Ambiente, en relación con el Plan de Manejo Ambiental que la empresa operadora de la represa estaba obligada a formular y ejecutar.

Lo anterior, toda vez que la construcción y operación de la represa Salvajina no contaba con una licencia ambiental, y por tanto no se había realizado un seguimiento de impactos de su funcionamiento, al ser un proyecto en régimen de transición, el Plan de Manejo Ambiental era la herramienta que permitiría el seguimiento y control de la operación de la central hidroeléctrica, a través de un conjunto de actividades orientadas a prevenir, mitigar, corregir o compensar los impactos y efectos ambientales y socioeconómicos causados y persistentes, y dicho Plan sería una nueva decisión que afectaría directamente a las comunidades indígenas asentadas alrededor de la represa; de manera que la consulta serviría como escenario para formular un diagnóstico de los impactos que se habían generado a lo largo del tiempo por el proyecto, y para garantizar que se eligieran, en conjunto con las comunidades afectadas, los mecanismos de compensación, mitigación y corrección más adecuados.

Por consiguiente, se ordenó ya no una consulta previa a la construcción del embalse, sino previa a la aprobación de un plan de manejo ambiental, proceso dentro del cual se deben asegurar unos espacios de participación y concertación con las comunidades indígenas para acordar los mecanismos dirigidos a mitigar y corregir los impactos ambientales y sociales de la represa.

Además, la ausencia del cumplimiento integral de los acuerdos generó la vulneración de los derechos fundamentales a la libre circulación, a la salud y a la educación de las comunidades indígenas actoras. Respecto de la problemática relativa al aislamiento en el que están las comunidades, resultó evidente el mal estado en el que se encontraban los caminos y la dificultad que tenían las comunidades para llegar a las cabeceras municipales y así a las escuelas y a los centros de salud. Por tal razón se les ordenó al departamento del Cauca y a los municipios de Morales y Suárez atender de manera inmediata las deficiencias que sufren los resguardos de las comunidades indígenas Honduras y Cerro Tijeras en materia de educación y salud.

Durante los años 2015 y 2016 se profirieron otras sentencias, como la T-005 de 2016 (Inarwa)[76], la T-197 y la T-605 del mismo año, en las que se tomaron

---

76 En este evento, ya mencionado en repetidas ocasiones la Corte indicó: "[…] es preciso reiterar la jurisprudencia de este Tribunal en relación con las medidas de reparación al impacto cultural como modalidad de daño inmaterial a la comunidad arhuaca, ya que la construcción del Batallón, la instalación de antenas, torres y subestaciones y el cerramiento del cerro Inarwa lesionaron valores muy significativos del pueblo indígena, sus creencias, valores, tradiciones y ha causado perturbación espiritual entre sus miembros, al punto que relacionan las catástrofes naturales con la imposibilidad de realizar los pagamentos por los alimentos que toman de la tierra. Adicionalmente, la presencia y permanencia de extraños en su territorio ha amenazado su cultura y cohesión.

medidas tales como garantizar a la comunidades indígenas el libre acceso a los lugares en los cuales debían realizar ceremonias de pagamento de acuerdo con sus costumbres ancestrales, realizar procesos consultivos con los representantes de las comunidades orientados a determinar los daños e impactos culturales causados por la realización de actividades y construcción de obras y megaproyectos en sus territorios y las medidas de compensación al respecto, instar a la Dirección de Asuntos Étnicos del Incoder y al Gobierno Nacional avanzar en el proceso de titulación de tierras para la ampliación de resguardos, identificar especies afectadas con la construcción de obras y proceder a cultivarlas con el objetivo de preservarlas y preservar las prácticas tradicionales que con ellas se desarrollan, y suspender inmediatamente las obras o actividades para evitar que se produzcan más daños, tal y como se ha visto en apartes anteriores de la presente investigación.

De manera más reciente, puede mencionarse la sentencia SU-123 de 2018, ya ampliamente revisada, en que la Corte Constitucional nuevamente les ordenó al Ministerio del Interior, a la Autoridad Nacional de Licencias Ambientales y a las demás entidades demandadas convocar a la comunidad afectada para realizar un proceso de consulta para identificar los impactos ambientales, espirituales, culturales y sociales que causó la explotación petrolera en la comunidad indígena awá La Cabaña, y, para proponer e implementar las medidas requeridas para prevenir, mitigar, corregir, recuperar y restaurar los efectos de esa actividad extractiva, en un plazo máximo de seis meses. Afirmó la Corte que las medidas específicas que se adopten en beneficio de la comunidad deben atender el criterio de justicia ambiental y contener, como mínimo, fechas y plazos precisos que permitan hacer un seguimiento de las medidas de prevención, recomposición, mitigación, recuperación o restauración que se van a implementar; mecanismos de control y evaluación que faciliten el monitoreo sobre el avance de las alternativas y sus grados de cumplimiento; y tener por objeto promover el derecho de la comunidad awá La Cabaña a acceder y disponer de un ecosistema y de recursos naturales que permitan su subsistencia. Ordenó además traducir la sentencia a la lengua de la comunidad para que pueda ser conocida por todos sus integrantes.

"Así las cosas, el daño inmaterial causado debe ser reparado con acciones y otras medidas que contribuyan a la preservación y recuperación de los valores culturales de la comunidad indígena arhuaca, a través de (1) la adopción de medidas que aseguren que la comunidad pueda continuar haciendo uso del cerro Alguacil; (2) la determinación en conjunto con la comunidad de los impactos específicos causados con la base militar y las antenas, torres y subestaciones en términos culturales, espirituales, etc.; (3) el diseño conjunto, de conformidad con los usos y costumbres de la comunidad y su derecho consuetudinario, de acciones y medidas de compensación y reparación que permitan mitigar el daño causado y contribuyan a recuperar y conservar sus prácticas, costumbres y tradiciones".

Tal y como puede observarse, en general se trata de medidas que pretenden restablecer el equilibrio roto y proteger determinados derechos que han sido dañados, pero específicamente se han enfocado en la prevención y reparación del daño ambiental. Las más de las veces se han ordenado medidas de hacer o de no hacer que en ocasiones tienen equivalente pecuniario y en otras no, y de manera muy escasa se ha ordenado una indemnización pecuniaria. Algunas de estas medidas, como la traducción de los apartes importantes de una sentencia a la lengua de la comunidad interesada, o la reposición de especies nativas, o la orden de determinar los daños causados y las maneras para indemnizarlos, han sido útiles y significativas para las comunidades pero aún no son suficientes para que éstas se sientan reparadas completamente. Si bien la acción de tutela y fundamentalmente la Corte Constitucional han sido las herramientas claves para proteger los derechos indígenas, falta efectividad al momento de restablecerlos, habida consideración de que, en la práctica, una vez la sentencia ha tutelado el derecho y ha ordenado la cesación de la actividad fuente del daño[77] y la realización de un proceso de consulta en el que éstos se establezcan y reparen, esta última fase rara vez llega a feliz término.

De esta manera, si bien mediante la acción de tutela se han reparado, restablecido e indemnizado daños causados a comunidades indígenas, incluida la comunidad iku, bien sea a través de la orden de cesación de la actividad que los está causando, de órdenes de hacer o de no hacer o de indemnizar en dinero, tal y como se verá más adelante, aún no existe una herramienta verdaderamente idónea para lograr tal propósito, teniendo en cuenta no solo que el concepto de *daño* es diferente según la cultura, sino que se trata de una reparación que debe otorgársele a un sujeto de derecho distinto de la persona natural y de la persona

---

77 El profesor Juan Carlos Henao considera que la cesación del ilícito ha sido fuente de polémicas en la doctrina jurídica, por cuanto en la teoría de la responsabilidad civil se ha partido de que lo que se repara son lesiones ya consumadas de derechos y no daños que aún no se presentan como lesión definitiva o que se presentan simplemente como alteración del goce pacífico de tales derechos. Indica que la cesación del ilícito se refiere a la orden de tomar una medida que implique el restablecimiento de la situación anterior al daño, es decir, *in natura*, que implica más un restablecimiento que una indemnización. Lo que implica que la cesación del ilícito puede ser una forma de reparación ya que el daño inicia desde el momento en que se altera el goce pacífico del derecho: desde la alteración de dicho goce pacífico en adelante hay daño y lo único que cambia es su grado de evolución. Por lo tanto, la cesación del ilícito opera siempre respecto de daños continuados, que se presentan durante la alteración del goce pacífico sin que haya iniciado la lesión definitiva del derecho, o cuando esta ya ha tenido inicio pero no ha culminado, caso en el cual se presenta un daño continuado de lesión definitiva que aún no se ha consumado por completo. En Henao, Juan Carlos, *Las formas de reparación en la responsabilidad del Estado: hacia su unificación sustancial en todas las acciones contra el Estado* en Revista de Derecho Privado n.º 28, Universidad Externado de Colombia, 2015, pp. 277-366.

jurídica y que está representado en una colectividad. Si bien los esfuerzos de la jurisprudencia han sido grandes, aún estamos lejos de la reparación verdadera, principalmente porque la concepción del daño es diferente; piénsese, por ejemplo, que en ninguno de estos casos se ha tenido en cuenta esa dimensión "espiritual" (en términos de la Corte Interamericana) o sagrada de afectación, que en realidad es la más importante en estos eventos. Si no se comprende el daño, es muy difícil repararlo.

En lo que respecta a los aportes hechos por el Consejo de Estado en materia de reconocimiento de los derechos indígenas, principalmente del derecho a la consulta previa y el derecho al territorio y a la propiedad colectiva, como se mencionó al principio, debe indicarse que tras investigar al respecto en sus archivos, no se encontraron muchos resultados. La mayor parte de sentencias en las que se ha hecho referencia a los mencionados temas son sentencias de tutela en las que, como se verá, los pronunciamientos han sido tímidos la mayor parte de las veces; y cuando se ha pronunciado para resolver acciones propias de sus funciones como aquellas de nulidad, nulidad y restablecimiento del derecho o de reparación directa lo han sido aún más, salvo en una única oportunidad en la que se condenó a la entidad demandada a indemnizar los daños causados a una comunidad indígena por la muerte de uno de sus líderes a manos de la Policía Nacional, y algunas otras en las que se ordenaron reparaciones simbólicas ante hechos parecidos.

En cuanto a las sentencias de tutela, pueden mencionarse en orden cronológico las siguientes, empezando por la más reciente: en primer lugar se encuentra la sentencia proferida por la Sección Quinta el 10 de noviembre de 2016, de expediente n.º 00155-01(AC), en la que la Sala debió establecer si se habían desconocido los derechos fundamentales invocados por la comunidad indígena wayúu Dividivi, en atención a la construcción del Relleno Sanitario Regional de Riohacha en un área cercana al asentamiento de la comunidad y a su cementerio sagrado, a pesar de la expresa oposición que esta manifestó en el desarrollo del trámite de consulta previa. En este caso, el Consejo de Estado, tras reiterar la jurisprudencia de la Corte Constitucional en cuanto a generalidades de la acción de tutela, pueblos indígenas como sujetos de especial protección, derecho fundamental a la consulta previa, derecho a la propiedad colectiva de las comunidades indígenas y de acceso a sus lugares sagrados, y consentimiento previo, libre e informado frente a los proyectos o programas en sus territorios, resolvió el caso concreto.

La comunidad demandante alegaba que sus derechos fundamentales a la vida digna, a la salud, a la consulta previa, a la participación, al libre desarrollo de la personalidad, a la diversidad e integridad étnica y cultural, a la conservación

social, cultural y económica de la comunidad, al territorio colectivo ancestral, a la "conservación de las especies medicinales naturales y tradicionales, flora y fauna silvestre", a la "integridad física", a la "conservación del cosmos, de la espiritualidad" y a "vivir en paz social y comunitaria" habían sido vulnerados con la construcción del relleno sanitario, derechos que fueron protegidos en primera instancia por el Tribunal Administrativo de La Guajira.

Por su parte, esta sección del Consejo de Estado consideró que de conformidad con el Código Nacional de Recursos Naturales en la recolección, tratamiento y disposición de los residuos, basuras, desechos y desperdicios se debe propender al desarrollo de los métodos más adecuados para la defensa del ambiente, del hombre y de los demás seres vivientes y utilizar preferiblemente aquellos medios que eviten el deterioro del ambiente y de la salud humana, permitan reutilizar sus componentes, producir nuevos bienes y restaurar o mejorar los suelos. Y en este caso la construcción del relleno sanitario era una necesidad pública inaplazable para los habitantes del distrito de Riohacha, en la medida en que no había un lugar adecuado para la disposición final de residuos sólidos.

Además, la sección indicó que la obra debía realizarse en ese específico espacio geográfico, debido a que era el único terreno con el que el distrito de Riohacha disponía para su construcción y a que una vez efectuado el estudio de impacto ambiental del proyecto, por parte de Corpoguajira, no existían razones para considerar que aquel no fuera apto para la construcción del relleno. Por último, afirmó que en el presente caso la consulta sí fue realizada pero en el desarrollo de ésta la comunidad indígena wayúu Dividivi manifestó su desacuerdo con la construcción del relleno sanitario.

En los casos en que un proyecto supone una afectación para un pueblo, como cuando supone el desplazamiento o migración de miembros de una comunidad indígena del territorio o le genera un alto impacto social, cultural y ambiental que pone en riesgo la existencia de ella, entre otras, debe realizarse un ejercicio de ponderación que proteja los derechos de ese pueblo mediante una evaluación de los impactos y la definición de las medidas de prevención, mitigación y compensación correspondientes a efectos de protegerla. Para la sección, en este caso se llevó a cabo el trámite de la consulta previa con el lleno de todos los requisitos, y durante este se convocó a la comunidad indígena wayúu Dividivi, que una vez le fueron explicados los posibles impactos que podría sufrir la etnia, manifestó no estar de acuerdo con la construcción del relleno sanitario.

La sección concluyó que aquellas comunidades que se encontraban ubicadas más cerca del relleno sanitario manifestaron no estar de acuerdo con su desarrollo y que con ellas no se llegó a ningún acuerdo de mitigación y manejo del daño ambiental (suelo, agua y aire), social, económico ni cultural, cuestión que en su

concepto no podía conducir a la paralización de un proyecto sino que originaba un espacio para que se adoptaran medidas que protegieran los derechos de la comunidad con medidas de compensación y mitigación. Por estas razones, ordenó que las consecuencias derivadas del proyecto de Relleno Sanitario Regional de Riohacha fueran evaluadas en el caso concreto de forma que se garantizara la efectiva retribución y compensación para la comunidad indígena wayúu Dividivi en atención a la carga o pasivo ambiental que le correspondía asumir como consecuencia de la intervención en su territorio, necesaria desde la perspectiva del interés general (justicia distributiva); y la participación de la comunidad en la evaluación nativa de los impactos y en la definición de las medidas de prevención, mitigación y compensación correspondientes (justicia participativa).

En segundo lugar, se encuentra la sentencia también proferida por la Sección Quinta del Consejo de Estado el 15 de septiembre de 2016, de expediente n.º 00507-01(AC). En este caso la Sala debía determinar si se desconocieron los derechos fundamentales a la consulta previa, a la libre determinación, autonomía y libre participación de los pueblos indígenas, a la integridad étnica, cultural y supervivencia del pueblo de la comunidad, a una vida digna, a la seguridad y soberanía alimentaria en conexión con un medio ambiente sano, de petición, al trabajo, a la educación, al territorio y demás necesarios para la supervivencia de los pueblos indígenas del Resguardo Indígena Alto Unuma, por el otorgamiento de las licencias de ambientales otorgadas por el Gobierno Nacional para la explotación de Campo Rubiales en el departamento del Meta, sin que se hubiese adelantado el proceso de consulta previa a causa de certificaciones expedidas por el Ministerio del Interior de en el 2004, en el 2008 y en el 2014, que indicaron que no había presencia de dicha comunidad en el área de influencia de Campo Rubiales.

El Tribunal Administrativo del Meta, en primera instancia, negó el amparo por considerar que "[…] no era ni es en la actualidad obligatorio el agotamiento de la consulta previa en estricto sentido, como lo afirma el resguardo accionante, pues, de un lado, existen certificaciones del Ministerio del Interior que prueban la ausencia de tales grupos en el área de interés y, de otro, no se encuentra acreditada la supuesta afectación que el proyecto en comento causaría o habría causado a la comunidad del Resguardo Indígena Alto Unuma".

Por su parte, tras abordar los temas relativos a las generalidades de la acción de tutela, los pueblos indígenas como sujetos de especial protección, el derecho fundamental a la consulta previa y el derecho a la propiedad colectiva de las comunidades indígenas y de acceso a sus lugares sagrados, la Sala consideró que los derechos de la comunidad demandante habían sido efectivamente vulnerados al no realizarse las consultas previas a que había lugar y al no certificar su

presencia en el territorio. Así mismo, que se hacía necesaria la protección frente a la posible afectación por las medidas administrativas que generaran impacto sobre su autonomía, diversidad e idiosincrasia y la consecuente verificación de la incidencia de aquellas en los territorios tradicionales y ancestrales, en atención a la relación espiritual y ancestral que existe con la tierra, por ser el lugar donde desarrollan sus actividades culturales, religiosas y económicas de acuerdo con sus tradiciones y costumbres.

De este modo, el Tribunal afirmó que el Ministerio del Interior incumplió su deber de realizar una visita de campo que tuviera en cuenta la condición de grupo seminómada alegada por la parte actora y la afectación de los recursos hídricos a fin de determinar si procedía o no la realización de una consulta previa. Por estas razones ordenó realizar por parte de la Dirección de Consulta Previa del Ministerio del Interior una verificación en campo bajo los criterios trazados por la Corte Constitucional y fijados en la Directiva Presidencial n.º 10 de 2013, a efectos de establecer la presencia de la comunidad, no solo en asentamientos físicos, sino también en lugares que para ellos representen sitios sagrados o de paso.

Además, atendiendo a la denuncia que presentó la parte actora en relación con la afectación de las fuentes hídricas como consecuencia de la explotación petrolera, el Tribunal señaló que si bien ya no era posible adelantar una consulta que pudiera denominarse en estricto sentido previa, porque las obras de construcción e instalación del campo petrolero ya habían culminado, sí había lugar a adoptar medidas de reparación para proteger actualmente y en lo sucesivo los derechos de la comunidad indígena del Resguardo Alto Unuma, teniendo en cuenta que "la lesión de la integridad cultural de la comunidad continua vigente en la medida que el uso de su territorio ancestral [puede verse] afectado y limitado". De manera que de comprobarse que la mencionada comunidad hacía presencia en el área, debería iniciarse el proceso de consulta, siguiendo el protocolo adoptado en la directiva presidencial citada, con el fin de establecer medidas de reparación física, cultural, social y económica para aquella.

Existen algunas otras sentencias de tutela en las cuales el Consejo de Estado ha seguido los lineamientos de la Corte Constitucional y ha protegido los derechos de las comunidades indígenas ordenando algunas medidas reparadoras. Es el caso, por ejemplo, de la sentencia proferida por la Sección Quinta el 4 de agosto de 2016, de expediente n.º 00873-01(AC), en la que se resolvió la acción interpuesta por la comunidad indígena muisca de Bosa por considerar que se desconocieron sus derechos fundamentales al debido proceso y a la consulta previa al haberse expedido el Decreto 521 de 2006, por medio del cual se adoptó el Plan Parcial El Edén-El Descanso, el cual se desarrollaría en territorios ocupados por esta.

En este caso la Sala indicó que se ampararían los derechos invocados por cuanto la consulta previa es un mecanismo que debe adelantarse antes de la toma de una decisión susceptible de afectar directamente a una comunidad étnica, y se demostró que la Alcaldía Distrital de Bogotá D. C. expidió el Decreto 521 del 2006, por medio del cual adoptó el Plan Parcial El Edén-El Descanso, en la localidad de Bosa, sin consultar de forma previa a los miembros de la comunidad indígena muisca que se encontraba asentada en territorios en donde se desarrollaría la mencionada norma urbanística.

Así, ordenó suspender los efectos del Decreto Distrital 521 del 2006, por medio del cual se adoptó el Plan Parcial El Edén-El Descanso, por lo cual no podrían expedirse actos administrativo o realizarse actuaciones tendientes a su desarrollo hasta tanto se llevara a cabo la consulta previa con la comunidad afectada; continuar con el proceso de consulta previa con la vinculación de la Alcaldía Mayor de Bogotá D. C., la cual, para el efecto, debía crear un equipo interdisciplinario no solo con las dependencias encargadas del diseño, la proyección y asesoría técnica de planes parciales, sino también con aquellas que eran responsables de los asuntos relacionados con consultas previas; y de no ser posible llegar a un acuerdo entre la comunidad, la Dirección de Consulta Previa y las demás entidades vinculadas al proceso, tendría que evaluarse el impacto del plan en la comunidad accionante, para determinar, en un tiempo racional, prudencial, que no podía prologarse más de tres meses, las actuaciones que se deberían realizar a efectos de evitar, mitigar, corregir, prevenir o compensar las afectaciones que eventualmente pudieran derivarse de la ejecución del plan parcial; mientras que si en la etapa de preconsulta se llegaba a la conclusión de que dicho plan tendería a destruir a la comunidad o afectar seriamente su identidad cultural, la Personería Distrital debería tomar las medidas necesarias para la garantizar sus derechos.

Así mismo, la sentencia proferida por la Sección Cuarta el 10 de diciembre de 2015, de expediente n.º 00197-01(AC), al resolver la acción de tutela interpuesta por varios cabildos menores indígenas asentados en el departamento de Sucre, que solicitaban la protección de sus derechos fundamentales a la vida, a la consulta previa, a la igualdad y al debido proceso, a su juicio, vulnerados por la ANLA, el Ministerio del Interior, la ANI y la sociedad AS SAS, por no agotar la consulta previa antes de conceder la licencia ambiental para la construcción de la segunda calzada de la carretera Sincelejo-Toluviejo, amparó los derechos de aquellos.

La Sala Consideró que el Ministerio del Interior vulneró los derechos de la comunidad al no certificar la presencia de esta en el área, pero indicó que no debían suspenderse la obras sino realizarse una consulta orientada hacia los intereses de la comunidad, que, entre otros, eran los diseños y el trazado de la vía,

la adopción de medidas para el tránsito seguro de las personas y semovientes, incluidas la construcción de puentes y senderos peatonales y la compensación por la destrucción de los reservorios de agua en la zona. Ordenó entonces tutelar el derecho fundamental a la consulta previa de las parcialidades indígenas Maisheshe La Chivera y Flores de Chinchelejo y adelantar un proceso de consulta con sus representantes, destinado a establecer el impacto que generarían las obras.

En materia de sentencias de tutela, desde esta última hacia atrás no es mucho más lo que puede encontrarse y lo poco que hay al respecto contiene posiciones generalmente más conservadoras que las de la Corte Constitucional.

Por otra parte, en cuanto a sentencias que resuelven acciones administrativas (como se les conocía antes de la entrada en vigencia de la Ley 1437 de 2011) vale la pena mencionar aquella proferida por la Sección Tercera el 24 de marzo de 2011, de expediente n.º 18.956 (R-0525), MP Gladys Agudelo Ordóñez, por ser la única en la cual el Consejo de Estado ha reconocido un daño causado a una comunidad indígena como sujeto de derecho y su respectiva indemnización, aunque no se trata de la vulneración al derecho a la consulta previa ni a la propiedad colectiva. En 1999, los actores[78], mediante apoderado judicial, en ejercicio de la acción de reparación directa, solicitaron que se declarara responsable a la Nación-Ministerio de Defensa-Policía Nacional por la muerte del gobernador indígena Medardo Ducuara Leyton y las lesiones causadas a su hermana Clara Inés Ducuara Leyton, miembros de la comunidad indígena La Sortija, quienes fueron agredidos con arma de dotación oficial, accionada por miembros de la Estación de Policía del Municipio de Ortega, Departamento del Tolima, durante una diligencia policiva por la discusión existente con un particular sobre un predio aledaño a su resguardo.

Antes de entrar a resolver el caso, la Sala precisó que en los casos en que se involucran armas de fuego de dotación oficial, al actor le basta demostrar el daño y la relación de causalidad entre éste y el actuar administrativo para que se abra paso la declaratoria de responsabilidad, y solo se podrá exonerar a la Administración si esta acredita la ocurrencia de fuerza mayor, el hecho de un tercero o la culpa exclusiva de la víctima y quien tiene la guarda de la cosa debe responder por los perjuicios que se ocasionen al realizarse el riesgo creado.

La Sala afirmó que el problema de la responsabilidad del Estado debe resolverse con base en lo establecido en el artículo 90 de la Carta Política, según

---

78 El grupo demandante estaba conformado por Pablo Ducuara Murcia, Dioselina Leyton Ducuara, Melquisidec María Deyanira, Virgelina, Clara Inés, Pablo Emilio, Reinaldo, Ana Belén, Flor Ángela, Dioselina, José Víctor y Alexander Ducuara Leyton, familiares de las víctimas.

el cual el Estado debe responder patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas. Eventos (daños producidos por las cosas o las actividades peligrosas) en los cuales al actor le bastaría probar la existencia del daño y la relación de causalidad entre éste y el hecho de la administración realizado en desarrollo de una actividad riesgosa; y la entidad demandada, para exculparse, debería probar la existencia de una causa extraña como la fuerza mayor, la culpa exclusiva y determinante de la víctima o el hecho exclusivo y determinante de un tercero[79].

Lo anterior, sin perjuicio de que las pruebas valoradas en el proceso permitieran establecer la presencia de una falla en la prestación del servicio, caso en el cual el juez debería declararla, siempre que no existiera una causal eximente de responsabilidad; en tal circunstancia se tendría que declarar la responsabilidad de la Administración de manera preferente con fundamento en la falla del servicio y no en el régimen objetivo.

Indicó la Sala que en el caso concreto se había probado que agente Murillo Martínez atacó con su arma de dotación al líder indígena cuando éste se encontraba desarmado, ya que previamente había arrojado a una laguna el machete que portaba en la mano, y que el disparo que lesionó mortalmente al líder indígena no se produjo como consecuencia de un forcejeo con el agente Murillo Martínez, como lo sostienen este último y la institución demandada, por la sencilla razón de que el disparo que lo impactó se produjo a una distancia superior a un metro, según concluyó la necropsia que le practicó al cadáver de la víctima el Instituto Nacional de Medicina Legal; de lo cual se dedujo que la Administración incurrió en una falla del servicio, habida consideración de que uno de los agentes de la Estación de Policía del Municipio de Ortega, en el departamento del Tolima, había omitido hacer uso legítimo de su arma de dotación, pues la accionó contra una persona indefensa.

Se declaró la responsabilidad de la entidad demandada por la muerte del señor Medardo Ducuara Leyton y las lesiones causadas a la señora Clara Inés Ducuara Leyton, y se ordenó pagar a los padres de la víctima la suma de 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes por concepto de perjuicios morales y la suma de 50 salarios mínimos legales mínimos mensuales vigentes a cada uno de los hermanos. Además, se afirmó:

---

79 Sentencia del 5 de marzo de 2001, exp. 11.222, la cual ha sido reiterada, entre otras, en las siguientes providencias: 2 de marzo de 2002, exp. 11.250, 16 de marzo de 2002, exp. 11.670 y 26 de abril de 2002, exp. 13.273, diciembre 4 de 2006, exps. 16.092 y 16.188, todas de la Sección Tercera.

> […] no hay duda de que la comunidad La Sortija resultó afectada con la muerte de su líder indígena, hecho que debió producir gran congoja y profundo dolor entre sus miembros, pues el hoy fallecido era el representante de la comunidad y gozaba de gran respeto y admiración. No debe perderse de vista que los grupos indígenas gozan de una especial protección por parte del Estado, particularmente por su grado de debilidad manifiesta y porque a lo largo de los años han sido víctimas de toda clase ultrajes, persecuciones, discriminaciones y desplazamientos, lo cual ha puesto en riesgo su estructura como grupo social.
>
> La comunidad indígena ha dejado de ser solamente una realidad fáctica y legal para pasar a ser "sujeto" de derechos fundamentales. En su caso, los intereses dignos de tutela constitucional y amparables bajo la forma de derechos fundamentales, no se reducen a los predicables de sus miembros individualmente considerados, sino que también logran radicarse en la comunidad misma que como tal aparece dotada de singularidad propia, la que justamente constituye el presupuesto del reconocimiento expreso que la Constitución hace a "la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana".
>
> En tal virtud, la Sala condenará a la entidad demandada a pagar a la comunidad indígena La Sortija la suma de cien (100) salarios mínimos mensuales vigentes, a título de perjuicios morales y como una medida simbólica por la muerte del líder indígena Medardo Ducuara Leyton.

Se dictaron otras órdenes relativas a la víctima herida y a los perjuicios materiales, y habida cuenta de que el grupo demandante solicitó en el recurso de apelación que además de las condenas pecuniarias a que hubiera lugar, se ordenó un resarcimiento de tipo social, como por ejemplo la construcción de un monumento en el lugar donde ocurrieron los hechos en memoria del gobernador indígena asesinado, la Sala afirmó que era claro que la reparación de los perjuicios causados por el ajusticiamiento del líder indígena Medardo Ducuara no solo comportaba una indemnización de tipo patrimonial, sino que debía ir mucho más allá, en la medida en que dicho crimen constituía una violación a los derechos humanos, particularmente porque las comunidades indígenas gozan de una especial protección del Estado, la cual se ve reflejada en disposiciones de carácter legal y constitucional y en varios pronunciamientos de la Corte Constitucional.

También indicó la Sala que el principio de reparación integral cobra su verdadera dimensión en aquellos casos en que las conductas que se juzgan son atentatorias de derechos humanos, permitiendo no solo el restablecimiento pecuniario de los derechos conculcados sino la implementación de medidas de justicia restaurativa en aspectos tales como la rehabilitación, la satisfacción, el compromiso de no repetición de las conductas, así como el restablecimiento simbólico; dejó claro asimismo que la aplicación de tales medidas, cuando se trata de violación a los derechos humanos, no atentan contra los principios de juris-

dicción rogada y de congruencia, "pues en estos casos el orden jurídico interno debe ceder frente al internacional, en tanto este último impone la obligación a los Estados, incluida la Rama Judicial del Poder Público, de adoptar todas las medidas tendientes a la protección y reparación de esas garantías del individuo, de la misma forma que ello no comporta en manera alguna la vulneración de la garantía fundamental de la no *reformatio in pejus*, en tanto no supone la modificación o el desconocimiento de los límites trazados por la *causa petendi* de la demanda, sino que esas medidas suponen una labor pedagógica e instructiva encaminada a sensibilizar a las entidades públicas y a toda la población, acerca de la importancia del respeto de las garantías fundamentales del individuo".

Por consiguiente, consideró perfectamente viable, en aplicación del principio de reparación integral, que el juez de lo contencioso administrativo adoptara medidas pecuniarias y no pecuniarias, entre las cuales se encuentran:

a. La restitución o *restitutio in integrum* o el restablecimiento de las cosas a su estado anterior a la violación. Sólo en la medida en que dicha restitución no resulte posible procede acordar otras medidas reparadoras.
b. La indemnización por los perjuicios materiales sufridos por las víctimas de un caso en particular que comprende el daño material (daño emergente, lucro cesante) y el daño inmaterial.
c. La rehabilitación que comprende la financiación de la atención médica y psicológica o psiquiátrica o de los servicios sociales, jurídicos o de otra índole.
d. Medidas de satisfacción o de carácter simbólico y colectivo, que comprenden los perjuicios no materiales, como por ejemplo, el reconocimiento público del Estado de su responsabilidad, actos conmemorativos, bautizos de vías públicas, monumentos, etc.
e. Garantías de no repetición, que son medidas de carácter administrativo legislativo o judicial, tendientes a que las víctimas no vuelvan a ser objeto de violaciones entre las cuales cabe mencionar aquellas encaminadas a disolver los grupos armados al margen de la ley, y la derogación de leyes, entre otras.

En consideración de lo anterior, la Sala estimó que en este asunto resultaba procedente la implementación de medidas para garantizar la satisfacción de los derechos y garantías vulneradas por la entidad demandada y, en consecuencia, le ordenó a la Policía Nacional presentar excusas públicamente a la familia y a la comunidad indígena a la cual pertenecía el señor Ducuara Leyton, con el compromiso de que actos de esa naturaleza no volverían a ocurrir; ordenó también publicar el contenido de la sentencia en un lugar visible de la Estación

de Policía del Municipio de Ortega, departamento del Tolima, por un término no inferior a seis meses, con el fin de que cualquier persona se enterara de su contenido. Puede observarse cómo en esta sentencia el Consejo de Estado fue más allá y reconoció la especialidad de las comunidades indígenas como sujeto de derecho distinto de sus integrantes susceptible de ser víctima de un daño también distinto relacionado con la muerte de un integrante de la ella que tenía un reconocimiento en su interior; así también reconoció la importancia de las medidas reparadoras distintas de la sola indemnización pecuniaria.

Del mismo modo, la sentencia proferida por la Sección Tercera, Subsección B el 29 de agosto de 2012, con expediente n.º 00216-01(24335), MP Luz Stella Conto, al resolver la acción de reparación directa interpuesta por los señores Etelberto, Gersaín, Marleni, Efigenia de Jesús y Angélica Rojas Becerra y Hermilson Rojas; estas personas presentaron demanda contra la Nación-Ministerio de Defensa-Ejército Nacional, tras el homicidio el señor Agustín Rojas, indígena de la comunidad El Rodeo, perteneciente al resguardo Cañamomo y Lomaprieta asentado en jurisdicción de los municipios de Riosucio y Supía (Caldas), herido en el abdomen como consecuencia del disparo propinado por uniformados adscritos al Batallón Ayacucho de la ciudad de Manizales bajo el pretexto de que se trataba de un guerrillero.

En este caso, además de ordenarse la indemnización del daño material y moral a los familiares de la víctima, la Sala condenó a la Nación-Ministerio de Defensa-Ejército Nacional a adoptar las siguientes medidas de naturaleza no pecuniaria: dentro del mes siguiente a la notificación de la sentencia, iniciar las investigaciones administrativas y disciplinarias para determinar las correspondientes responsabilidades por los hechos de este caso y aplicar las consecuencias que prevé la ley; divulgar públicamente los resultados de esos procesos por parte de la entidad demandada; brindar gratuitamente, por intermedio de sus instituciones de salud especializadas, el tratamiento médico y psicológico que requirieran los familiares de la víctima, previa manifestación de su consentimiento y por el tiempo que fuera necesario, incluida la provisión de medicamentos; dentro de los seis meses siguientes a la notificación de la sentencia, publicar en el *Diario Oficial*, en un diario de amplia circulación nacional y en un diario de circulación del departamento de Caldas los apartes más importantes y la parte resolutiva de la providencia; dentro del mismo plazo, realizar un acto público de reconocimiento de su responsabilidad por la muerte del señor Agustín Rojas, acordado previamente con los familiares y sus representantes, en la comunidad indígena El Rodeo, en una ceremonia pública, con la presencia de autoridades del Estado, con participación de los líderes de la comunidad y los familiares de la víctima, si así lo desean.

Estos son los referentes jurisprudenciales más importantes que se conocen en Colombia en lo que tiene que ver con la reparación del daño inmaterial por afectaciones a los derechos de las comunidades indígenas desde el punto de vista del territorio y de la consulta previa. Tal y como se dijo anteriormente, puede considerarse que se ha avanzado en la materia, pero vale la pena dar una mirada al derecho internacional para comprender que aún se puede seguir avanzando.

B. La reparación en el sistema interamericano de derechos humanos: una percepción más amplia

En las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y en los diferentes informes elaborados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos realmente puede verse que lo que este sistema internacional busca es lograr que las reparaciones que se ordenen a los estados cumplan con su objetivo esencial, cual es reparar integralmente a las víctimas de violaciones de derechos humanos, y por esa razón en muchas ocasiones no se recurre solamente al derecho sino además a otras disciplinas como la historia, la pedagogía, la filosofía, la antropología o la psicología en el momento de ordenar las diferentes medidas reparadoras; más aún en materia de derechos indígenas, teniendo en cuenta que, en los casos de pueblos indígenas el daño se produce no solo en el orden individual sino también en el colectivo, de manera que cualquier tipo de programa de reparación debe tener esta consideración específica.

El sistema interamericano ha tenido en cuenta además que muchas veces las violaciones a los derechos de las comunidades indígenas se producen en contextos donde prevalecen la inequidad y la opresión social, y en los que las poblaciones indígenas se encuentran discriminadas, estigmatizadas y en condiciones de vulnerabilidad. De tal manera que los procesos de reparación deben además alinearse con políticas públicas locales de desarrollo, para que las reparaciones no se queden en actividades puntuales y aisladas sino que vayan más allá de simplemente devolver a los pueblos afectados al estado anterior de vulnerabilidad en el que se cometieron las violaciones[80].

---

80 La Corte Interamericana ha sostenido que el concepto de "reparación integral" (*restitutio in integrum*) implica el restablecimiento de la situación anterior y la eliminación de los efectos que la violación produjo, así como una indemnización como compensación por los daños causados. Sin embargo, en casos de discriminación estructural, las reparaciones deben tener una vocación transformadora de dicha situación, de tal forma que las mismas tengan un efecto no solo restitutivo sino también correctivo. En este sentido, no es admisible una restitución a la misma situación estructural de violencia y discriminación. En Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso González y otras ("Campo Algodonero")

Así mismo, el sistema ha tenido en consideración el hecho de que existe una gran brecha de conocimiento acerca de cómo la mayoría de los pueblos indígenas en sus contextos locales y culturales percibe los procesos e intervenciones estatales y más aún internacionales. Estas intervenciones usualmente usan un lenguaje occidental de *justicia*, *verdad*, *reparación* y *reconciliación* sin que necesariamente exista una apropiación de los significados en los contextos locales y culturales específicos, por lo cual la antropología jurídica y las teorías sobre pluralismo han resultado de enorme utilidad al momento de resolver este tipo de casos, ya que solo a través del reconocimiento de la diversidad cultural pueden hacerse efectivas y eficaces las normas jurídicas en contextos diferentes[81]. Con fundamento en lo anterior, pasarán a analizarse las características principales de las reparaciones a los daños causados por violación a los derechos territoriales y las sentencias hito de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en lo que tiene que ver con daños causados a comunidades indígenas como sujetos de derecho y medidas de reparación que hasta ahora se han ordenado para ellas ante la violación de sus derechos, y que han sido referente para la solución de casos posteriores.

En materia de violación del derecho al territorio, ya sea porque no se realice la consulta previa, o por su realización sin el cumplimiento de los requisitos, o porque no se reconozca su propiedad comunal o por la explotación de sus recursos, tanto la Comisión como la Corte Interamericana de Derechos Humanos han considerado que la restitución del territorio ancestral o de la parte de él que se haya visto vulnerada es la forma de reparación por excelencia, y que esta variará en cada caso concreto según la violación detectada y su alcance en la situación específica; pero en los casos de reclamación, reivindicación o solicitud de recuperación de territorios ancestrales por parte de una comunidad,

---

vs. México. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 16 de noviembre de 2009, Serie C n.º 205, párr. 450.

81 Véase Sacco, Rodolfo, *Antropologia giuridica*, Il Mulino, Bologna, 2007; Rivera Bohn, Claudia, *As sociedades pré-colombianas: dimensão cultural, econômica, político-social e jurídica*, en Direito e justiça na América indígena. Da conquista à colonização, compilado por Antonio Wolkmer, Livreria do Avogado, Porto Alegre, 1998, p. 13; Todorov, Tzvetan, *La conquista dell'America. Il problema dell'altro*, Einaudi, Torino, 2014; Kenneth Lee, Pike, *Language in relation to a unified theory of structure of human behavior*, The Hague, Mouton, 1967; Harris, Marvin, *History and significance of the emic/etic distinction* en Annual Review of Anthropology, vol. 5.1, 1976, pp. 329-350; Morris, Michael, *Views from inside and outside: Integrating emic and etic insights about culture and justice judgment* en *Academy of Management Review*, vol. 24.4, 1999, pp. 781-796; Goodenough, Ward, *Describing a Culture* en Description and Comparison in Cultural Anthropology, Cambridge University Press, Cambridge, 1970, pp. 104-119; Williams, Robert, *The American Indian in Western Legal Thought: The Discourses of Conquest*, Oxford University Press, Oxford, 1990; Santos, Boaventura de Sousa, *Law: a map of misreading, toward a postmodern conception of law* en Journal of Law and Society 14 (3), Cardiff University, Cardiff, 1987, pp. 279-302.

y en general en todos aquellos casos en que esté de por medio la pérdida de posesión del territorio ancestral, la forma preferida de reparación ha de ser la restitución del territorio reclamado, teniendo en cuenta que ésta es la medida de reparación que más se acerca a la *restitutio in integrum*[82].

De este modo, los estados están obligados a respetar y restituir los derechos a la propiedad comunitaria de los pueblos indígenas o al otorgamiento gratuito de tierras en extensión y calidad suficiente para la conservación y desarrollo de sus formas de vida, en los eventos en los cuales no sea posible restituirles la misma tierra de la que fueron despojados[83], y a realizar las acciones necesarias para, una vez que se haya demostrado que el derecho de recuperación de las tierras tradicionales perdidas está vigente, devolverlas al pueblo indígena que las haya reclamado[84].

Por otra parte, si hay razones concretas y justificadas que hagan imposible a los estados otorgar la restitución mencionada, los pueblos indígenas deben recibir una compensación en la que se tenga en cuenta, principalmente, el significado y el valor que para ellos tenía la tierra perdida. Esto implica la entrega de tierras alternativas en extensión y calidad suficientes, o una indemnización compensatoria en dinero o en especie[85]. Además, puede haber daños o perjuicios adicionales por los que se les deba una reparación incluso después de que se les hayan otorgado tierras alternativas, caso en el cual subsiste el derecho a obtener además la indemnización correspondiente.

Así mismo, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial ha exhortado a los estados parte de la Convención, en su Recomendación general 23, a reconocer y proteger los derechos de los pueblos indígenas a poseer, explotar, controlar y utilizar sus tierras, territorios y recursos naturales comunales, y en los casos en que se les haya privado de las tierras y los territorios, de los que tradicionalmente eran dueños, o estos se hayan ocupado o utilizado sin su consentimiento libre e informado, a adoptar todas las medidas necesarias para que les sean devueltos, y únicamente cuando, por razones concretas ello no sea posible, entonces se debe sustituir el derecho a la restitución por el derecho a

---

82 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 24 de agosto de 2010, Serie C n.º 214, párr. 281.

83 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Tercer Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Paraguay, Documento OEA/Ser./L/VII.110, Doc. 52, 9 de marzo de 2001, párr. 50, recomendación 1.

84 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 29 de marzo de 2006, Serie C n.º 146, párr. 135.

85 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 17 de junio de 2005, Serie C n.º 125, párr. 149.

una justa y pronta indemnización, la cual, en la medida de lo posible, deberá ser en forma de tierras y territorios con un valor que para el pueblo indígena afectado sea similar al del territorio perdido[86].

Generalmente, en casos de violación de los derechos territoriales de los pueblos indígenas, la Corte Interamericana de Derechos Humanos les ha ordenado a los estados reparar, tanto en el ámbito individual como en el comunitario, los daños causados con la violación de los derechos mencionados. En estos casos la indemnización que ha de pagar el Estado debe ser calculada conforme a los parámetros internacionales y debe ser por un monto suficiente para resarcir tanto los daños materiales como los daños inmateriales sufridos con ocasión de las violaciones a los derechos humanos. La forma y el monto de la reparación deben ser acordados con los miembros de la comunidad y sus representantes y de acuerdo con su derecho consuetudinario, sus valores, usos y costumbres[87].

Se ha explicado que en los casos de comunidades cuyos derechos sobre el territorio ancestral sean violados, las reparaciones adquieren una especial significación colectiva, de manera que la reparación se ordena individualmente para cada uno de los miembros de la comunidad, pero deben agregarse necesariamente las reparaciones otorgadas a la comunidad en su conjunto[88].

Además, se ha dicho que parte de las reparaciones otorgadas deben cubrir los daños inmateriales causados a los pueblos por la violación de sus derechos territoriales. Según esta corte el daño inmaterial puede comprender tanto los sufrimientos y las aflicciones causados a las víctimas directas y a sus allegados como el menoscabo de valores muy significativos para la colectividad y las alteraciones, de carácter no pecuniario, en las condiciones de existencia de la víctima, su familia o la comunidad entera[89]; y para valorar los daños inmateriales en esos casos se debe tener especialmente en cuenta que la falta de garantía del derecho a la propiedad comunitaria causa sufrimiento a los miembros de las comunidades indígenas afectadas[90] y que para efectos de compensar dichos daños también es relevante considerar la falta de concreción del derecho a la

---

86 Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Recomendación general n.º 23, relativa a los derechos de los pueblos indígenas, 51.º periodo de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 248 (1997), párr. 5.

87 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 29 de marzo de 2006, Serie C n.º 146, párr. 8.

88 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 17 de junio de 2005, Serie C n.º 125, párrs. 188-189.

89 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 29 de marzo de 2006, Serie C n.º 146, párr. 219.

90 Cit. ibídem., párrs. 73-75.

propiedad comunal, así como las graves condiciones de vida a las que se han visto expuestos los miembros de las comunidades indígenas como consecuencia de la demora estatal en la efectivización de sus derechos territoriales[91], teniendo en cuenta que tales condiciones de vida también ocasionan sufrimiento[92].

La especial relación entre los pueblos indígenas y tribales y sus territorios tradicionales ha sido tenida en cuenta por la Corte y por la Comisión Interamericana a la hora de establecer las reparaciones en casos en los que comunidades específicas se hayan visto desposeídas forzosamente de sus territorios. Por ejemplo, en el caso Moiwana, la Corte consideró que el desplazamiento forzoso de la comunidad había causado daños emocionales, espirituales, culturales y económicos a sus miembros, y encontró que este hecho era relevante para el cálculo de las reparaciones por daño inmaterial que el Estado debía otorgarle[93].

En efecto, estos organismos consideraron que la relación con el territorio y su significado es un criterio relevante para fijar el monto de las indemnizaciones compensatorias, ya que la significación especial que la tierra tiene para los pueblos indígenas en general implica que toda denegación o dificultad en el goce o ejercicio de los derechos territoriales acarrea el menoscabo de valores muy representativos para dichos pueblos, quienes corren el peligro de perder o sufrir daños irreparables en su supervivencia e identidad cultural y en el patrimonio cultural que buscan transmitir a las futuras generaciones[94]. Para los pueblos indígenas la posesión de su territorio tradicional está marcada de forma indeleble en su memoria histórica y la relación que mantienen con la tierra es de una calidad tal que su desvinculación de ella implica un riesgo cierto de una pérdida étnica y cultural irreparable, con las graves consecuencias para la diversidad que ello acarrearía[95].

En el caso de la comunidad Sawhoyamaxa, la Corte Interamericana tuvo en cuenta, al valorar el daño inmaterial, la falta de concreción del derecho a la propiedad comunal de los miembros de la comunidad mencionada, así como

---

91 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 17 de junio de 2005, Serie C n.º 125, párr. 202.

92 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 29 de marzo de 2006, Serie C n.º 146, párrs. 73-75.

93 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Comunidad Moiwana vs. Surinam, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 15 de junio de 2005, Serie C n.º 124, párr. 195(c).

94 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 17 de junio de 2005, Serie C n.º 125, párr. 203.

95 Cit. ibídem., párr. 216.

las graves condiciones de vida a las que se habían visto sometidos como consecuencia de la demora estatal en la efectivización de sus derechos territoriales[96].

Consideraciones parecidas se han hecho frente a la reparación en casos de afectación de los recursos naturales del territorio ancestral. La Corte y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos han afirmado que los pueblos indígenas tienen derecho a que se determinen y se hagan efectivas indemnizaciones por los daños ambientales causados por proyectos de exploración y explotación de recursos naturales o planes de desarrollo o inversión en sus territorios, y por la afectación de sus actividades básicas de subsistencia[97]. Así lo establece también el Convenio 169 de la OIT, en el que se indica que los pueblos indígenas y tribales tienen derecho a recibir una indemnización por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de las actividades de utilización de los recursos naturales existentes en sus territorios y de los territorios mismos.

La participación en los beneficios es una, no la única, de las formas de compensación que les corresponden a los pueblos indígenas en relación con la privación o limitación de su derecho de propiedad como consecuencia de la ejecución de planes de desarrollo o inversión o de concesiones extractivas. Sin embargo, en relación con aquellos planes o proyectos de desarrollo o inversión que no se traducen directamente en beneficios monetarios como resultado de la explotación de los recursos naturales, o que generen beneficios difusos para todos, como, por ejemplo, la construcción de infraestructuras como una represa, la compensación a favor de los pueblos afectados no se traduce necesariamente en mecanismos de reparto de beneficios o ganancias, sino que se tendrán que definir sistemas compensatorios adecuados en cada caso concreto y teniendo en cuenta siempre las particularidades de cada comunidad y el grado de afectación.

El artículo 40 de la Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas establece, en términos generales, el derecho de estos pueblos a una reparación efectiva de toda lesión de sus derechos individuales y colectivos, e incorpora distintas hipótesis en las que opera el derecho a la reparación o indemnización compensatoria, por ejemplo daños causados al medio ambiente, a la capacidad productiva de las tierras y otros recursos naturales, y a la salud y supervivencia de los pueblos indígenas[98], y así lo ha hecho valer la Corte Interamericana en diferentes sentencias.

---

96 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 29 de marzo de 2006, Serie C n.º 146, párr. 221.

97 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Democracia y Derechos Humanos en Venezuela, Documento OEA/Ser.L/V/II, Doc. 54, 30 de diciembre de 2009, párr. 1137, recomendación 6.

98 Algunos ejemplos de las normas que se refieren a daño y reparación en la Declaración de las Naciones

La amplitud de los artículos del Convenio 169 y de Declaración de Naciones Unidas sobre Pueblos Indígenas y Tribales sugiere además que el deber de reparación es aplicable no solo al impacto negativo de actividades llevadas a cabo por el Estado, sino también a aquel ocasionado por empresas comerciales u otros actores privados, y en estos casos los estados tienen la obligación de asegurar que existan mecanismos efectivos y accesibles de reparación.

Por otra parte, los pueblos indígenas también tienen derecho a participar en la determinación de los daños ambientales causados por tales proyectos, así como en la determinación de los impactos sobre sus actividades básicas de subsistencia[99]. En la misma medida, los pueblos indígenas y tribales tienen derecho a participar en el proceso de determinación de la indemnización por los daños causados por proyectos de exploración y explotación de recursos naturales en sus territorios, según sus propias prioridades de desarrollo, y los estados tienen la obligación internacional de garantizar su participación en tal proceso de determinación de la indemnización[100].

A este respecto, los estados deben garantizar que en el marco de los procedimientos de consulta previa se establezcan los beneficios que serán percibidos por los pueblos indígenas afectados, y las posibles indemnizaciones por los daños ambientales, siempre de conformidad con sus propias prioridades de desarrollo[101].

Las formas de compensación por daño ambiental que exige el sistema interamericano de protección de los derechos humanos se ilustran con las decisiones de los órganos interamericanos sobre reparaciones en casos de violación de los derechos territoriales de los pueblos indígenas. Frente a este tipo de violaciones en general, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, al igual que la Corte, ha recomendado a los estados reparar tanto en el ámbito individual como comunitario las consecuencias de la violación de los derechos territoriales y a la consulta previa; y ha establecido que la indemnización a ser pagada por el Estado

---

Unidas sobre pueblos Indígenas y Tribales del 2007, son los siguientes: artículo 20.2: "Los pueblos indígenas desposeídos de sus medios de subsistencia y desarrollo tienen derecho a una reparación justa y equitativa"; artículo 29.2-3: "Los estados deben garantizar que se apliquen debidamente programas de restablecimiento de la salud de los pueblos indígenas afectados por el almacenamiento de productos tóxicos en sus territorios"; artículo 32.2: "Los estados establecerán mecanismos eficaces para la reparación justa y equitativa de los daños causados por las actividades de inversión o desarrollo".

99 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Democracia y Derechos Humanos en Venezuela. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 54, 30 de diciembre de 2009, párr. 1137, recomendación 6.

100 Cit. ibídem. Recomendación 5.

101 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Acceso a la justicia e inclusión social: el camino hacia el fortalecimiento de la democracia en Bolivia*. Documento OEA/Ser.L/V/II, Doc. 34, 28 de junio de 2007, párr. 248.

debe ser por un monto suficiente para resarcir tanto los daños materiales como los daños inmateriales sufridos con ocasión de la violación, y que la forma y el monto de reparación deben ser acordados con los miembros de la comunidad afectada y sus representantes de acuerdo con el derecho consuetudinario, y según sus valores, usos y costumbres[102].

Igualmente, en relación con la extracción ilegal de recursos naturales en territorios indígenas, no es necesario que las comunidades cuenten con un título formal de propiedad para que puedan exigir la protección de sus derechos incluyendo la reparación por daños y perjuicios, y en casos de afectación de los recursos naturales por planes o proyectos de desarrollo o inversión o concesiones extractivas los estados están obligados a desarrollar las investigaciones necesarias para identificar a los culpables de los daños ambientales, imponerles las sanciones correspondientes y proceder a las medidas de reparación apropiadas[103].

Por último, vale la pena mencionar que el cálculo de la indemnización compensatoria por limitaciones del derecho de propiedad comunal indígena debe seguir criterios de no discriminación en relación con otros propietarios privados. Así lo ha reconocido expresamente la política del Banco Mundial sobre pueblos indígenas, que establece que éstos deberán recibir de manera apropiada desde el punto de vista cultural los beneficios e indemnizaciones equivalentes, cuando menos, a los que tendría derecho cualquier propietario con pleno título legal sobre la tierra en caso de que sus tierras fueran sometidas a explotación comercial[104].

Algunos ejemplos de reparaciones otorgadas a favor de comunidades indígenas que han sido víctimas de daños a sus derechos territoriales y a la consulta previa se mencionarán a continuación.

En la sentencia que definió el caso Aloeboetoe vs. Surinam[105], si bien las indemnizaciones pecuniarias por daños materiales e inmateriales fueron ordenadas solo para los herederos de las víctimas de homicidio por parte del Ejército, la Corte determinó que además el Estado de Surinam debía ofrecer y garantizar a los niños de la comunidad una escuela donde pudieran recibir una educación adecuada e instalaciones para recibir una asistencia médica básica, ya que la

---

102 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe n.º 73/04, caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay, 19 de octubre de 2004, recomendación 6, citado en Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 29 de marzo de 2006, Serie C n.º 146, párr. 8.

103 Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Ecuador. Doc. OEA/Ser.L/V/II.96, Doc. 10 rev.1, 24 de abril de 1997.

104 Banco Mundial, Política Operacional OP 4.10, párr. 18.

105 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Aloeboetoe y otros vs. Surinam, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 10 de septiembre de 1993, Serie C n.º 15, párr. 96.

comunidad carecía tanto de escuela como de centro médico. La Corte Interamericana consideró que, como parte de la indemnización, en este caso para la comunidad, Surinam estaba obligado a reabrir la escuela de Gujaba y a dotarla de personal docente y administrativo para que funcionara permanentemente, así como a realizar las actividades necesarias para que el dispensario allí existente fuera puesto en condiciones operativas y reabierto inmediatamente.

Más adelante, en el caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua[106], el Estado fue condenado por haber por haber otorgado una concesión para la explotación de madera en las tierras de la comunidad sin consulta previa y por no haber garantizado un recurso efectivo para responder a las reclamaciones de esta sobre sus derechos de propiedad. Se trataba de una comunidad indígena que subsistía de la agricultura familiar y comunal, de la recolección de frutas y plantas medicinales, la caza y la pesca, actividades que llevaban a cabo dentro de un espacio territorial determinado y de acuerdo con un esquema de organización colectiva tradicional pero que no contaba con un título de propiedad sobre las tierras que consideraba suyas y ancestrales.

Por estas razones, en primer lugar, la Corte ordenó al Estado adoptar en su derecho interno las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otro carácter que fueran necesarias para crear un mecanismo efectivo de delimitación, demarcación y titulación de la propiedad de los miembros de la comunidad Mayagna Awas Tingni, de acuerdo con su derecho consuetudinario, sus valores, usos y costumbres; asimismo delimitar, demarcar y titular el territorio de propiedad de la comunidad; y abstenerse de realizar, hasta tanto existiera dicha delimitación, actos que pudieran llevar a que el propio Estado o terceros que actuaran con su aquiescencia o sin ella afectaran la existencia, el valor, el uso o el goce de los bienes ubicados en la zona geográfica donde ésta habita y realiza sus actividades.

En segundo lugar, la Corte Interamericana consideró que el artículo 21 de la Convención protege el derecho a la propiedad en un sentido que comprende, entre otros, los derechos de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal y la relación especial que tienen los indígenas con la tierra, razón por la cual no debía permitir de allí en adelante que se explotaran recursos naturales sin consulta previa en las tierras ancestrales de la comunidad mencionada. En tercer lugar, la Corte observó que la Comisión no probó que se hubiesen causado

---

106 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 31 de agosto de 2001, Serie C, n.º 79, párrs. 164, 165 y 166.

daños materiales a los miembros de la comunidad Mayagna, de manera que no ordenó su reparación, y que la sentencia en sí misma constituía una forma de reparación para ella.

Y, por último, la Corte consideró que debido a la situación en la cual se encontraban los miembros de la comunidad Mayagna Awas Tingni por falta de delimitación, demarcación y titulación de su propiedad comunal, debía reparársele el daño inmaterial ocasionado, por vía sustitutiva, mediante una indemnización pecuniaria, conforme a la equidad y con base en una apreciación prudente de este; así, estimó que el Estado debía invertir, por concepto de reparación del daño inmaterial causado a la comunidad, la suma de cincuenta mil dólares de los Estados Unidos en obras o servicios de interés colectivo en beneficio de la comunidad, de común acuerdo con ésta y bajo la supervisión de la Comisión Interamericana.

En el caso de Plan de Sánchez vs. Guatemala[107] tras la masacre cometida contra varios miembros de una comunidad indígena, la Corte Interamericana consideró que las reparaciones no se agotaban con la indemnización de los daños materiales e inmateriales a las víctimas, sino que a ellas debían agregarse otras formas de reparación, y condenó al Estado de Guatemala a medidas de satisfacción diferentes de la reparación pecuniaria que buscaran reparar el daño inmaterial, y a medidas de repercusión pública, dada la extrema gravedad de los hechos y el carácter colectivo de los daños ocasionados. De este modo, ordenó investigar los hechos que generaron las violaciones e identificar, juzgar y sancionar a los responsables, garantizando que el proceso surtiera los debidos efectos y que no se recurriera a figuras como la amnistía, la prescripción o las excluyentes de responsabilidad.

Por otra parte, indicó que el Estado debía realizar un acto público de reconocimiento de responsabilidad internacional por los hechos ocurridos y en desagravio de las víctimas y de la comunidad, en la aldea de Plan de Sánchez, donde ocurrió la masacre, con la presencia de altas autoridades del Estado y, en particular, con la presencia de los miembros de la comunidad y de las víctimas del caso, y con su participación. El Estado, entonces, debía disponer los medios necesarios para facilitar la presencia de las personas mencionadas, debía realizar el acto tanto en español como en el idioma maya achí, y difundirlo a través de los medios de comunicación, siempre teniendo en cuenta las tradiciones y costumbres de la comunidad.

---

107 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala, Reparaciones, sentencia del 19 de noviembre 2004. Serie C n.º 116, párrs. 93 y siguientes.

Así mismo, ordenó la traducción de la sentencia a la lengua maya achí y la publicación de la lista de las víctimas en el *Diario Oficial* de Guatemala y en otro diario de circulación nacional, además de entregar la suma fijada en equidad de veinticinco mil dólares de los Estados Unidos de América o su equivalente en moneda nacional del Estado, como garantía de no repetición para el mantenimiento y la mejoras de la capilla en la cual las víctimas rinden tributo a las personas que fueron ejecutadas en la masacre, suma que debía ser entregada a los líderes o representantes de la comunidad. Lo anterior, con el fin de despertar la conciencia pública para evitar la repetición de hechos como los ocurridos y para conservar viva la memoria de las personas fallecidas.

Por último, se le ordenó al Estado desarrollar en la comunidad afectada, independientemente de las obras públicas del presupuesto nacional que se destinaran para esa región o municipio, programas de estudio y difusión de la cultura maya achí a través de la Academia de Lenguas Mayas de Guatemala u otra organización similar; de mantenimiento y mejoras en el sistema de comunicación vial entre la comunidad y la cabecera municipal; de sistema de alcantarillado y suministro de agua potable; de dotación de personal docente capacitado en enseñanza intercultural y bilingüe en la educación primaria, secundaria y diversificada; y de establecimiento de un centro salud en la aldea de Plan de Sánchez con el personal y las condiciones adecuadas para brindar atención médica y psicológica.

De manera muy similar, se ordenaron medidas de reparación pecuniarias y no pecuniarias en el caso Moiwana vs. Surinam[108], tras verificar que miembros de las Fuerzas Armadas de Surinam atacaron a la comunidad N'djuka Maroon de Moiwana, masacraron a más de 40 hombres, mujeres y niños, y arrasaron la comunidad, y que los que lograron escapar huyeron a los bosques circundantes y después fueron exiliados o internamente desplazados, sin que a la fecha de la presentación de la demanda hubiera habido ninguna investigación al respecto. En este caso se condenó al Estado como en el caso anterior, y se agregaron algunas medidas teniendo en cuenta que en este evento los restos de las víctimas habían desaparecido, lo cual implicaba un daño muy grave dentro de la cultura de esta comunidad ya que para ellos no realizar las ceremonias fúnebres necesarias puede generar consecuencias terribles, que nunca se les había reconocido el derecho de propiedad sobre sus territorios y que los sobrevivientes se encontraban dispersos y desplazados en imposibilidad de vivir según sus costumbres y tradiciones. Se indicó que la impunidad y el desconocimiento por parte de los miembros de

---

108 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 15 de junio de 2005, Serie C n.º 124.

la comunidad acerca de los motivos del ataque son las razones principales del profundo temor que tienen los sobrevivientes de ser objeto de futuras agresiones, y por ello no regresan a sus tierras tradicionales; y que la comunidad indicó que solo cuando se hiciera justicia se aplacarían los espíritus enfurecidos de sus familiares fallecidos, se purificaría su tierra y podrían regresar a ella.

En este caso la Corte Interamericana consideró víctima a la comunidad en general y afirmó que en materia de daño material estaba probado que los miembros de la comunidad fueron forzados a dejar sus hogares y tierras tradicionales abruptamente y se encontraban en situación de desplazamiento, y que habían sufrido pobreza y privaciones desde su huida dado que la posibilidad de utilizar sus medios tradicionales de subsistencia se vio limitada drásticamente, razón por la cual se ordenó el pago de tres mil dólares de los Estados Unidos a cada uno de los sobrevivientes. Y en cuanto al daño inmaterial, indicó que éste puede comprender los sufrimientos y aflicciones, el menoscabo de valores muy significativos y las alteraciones de carácter no pecuniario en las condiciones de existencia; y que no siendo posible asignar al daño inmaterial un equivalente monetario preciso, para fines de la reparación integral, solo puede ser objeto de compensación de dos maneras: mediante el pago de una cantidad de dinero o la entrega de bienes o servicios apreciables en dinero que el tribunal determine en aplicación razonable del arbitrio judicial y en términos de equidad, y mediante la realización de actos u obras de alcance o repercusión públicos, que tengan como efecto, entre otros, el reconocimiento de la dignidad y evitar la repetición de las violaciones de derechos humanos.

De esta manera, afirmó que el daño inmaterial en este caso provenía en primer lugar de la impunidad y por ende el miedo de regresar a sus tierras tradicionales, y en segundo lugar del hecho de desconocer el paradero de los restos mortales de las víctimas y por ende de la imposibilidad de haber realizado los ritos y ceremonias necesarios, lo cual causaba profunda angustia y desesperación en la comunidad. Por estas razones se ordenó el pago de diez mil dólares de Estados Unidos a cada uno de los sobrevivientes y las siguientes formas alternativas de reparación: investigar los hechos del caso, identificar, juzgar y sancionar a los responsables; recuperar los restos de los miembros de la comunidad que fallecieron en el ataque empleando todos los medios técnicos y científicos posibles y entregarlos a los miembros de la comunidad sobrevivientes para que los fallecidos pudieran ser honrados según los rituales de la cultura n'djuka; adoptar todas las medidas legislativas, administrativas y de cualquier otra índole necesarias para asegurar a los miembros de la comunidad su derecho de propiedad sobre los territorios tradicionales de los que fueron expulsados y asegurar, por lo tanto, el uso y goce de estos territorios, incluyendo la creación de un mecanismo efectivo

para delimitar, demarcar y titular dichos territorios tradicionales; garantizar la seguridad de quienes decidieran regresar cuando estuvieran satisfechos con lo realizado por parte del Estado para poder hacerlo; implementar un programa de desarrollo para proveer servicios sociales básicos a los miembros de la comunidad, cuando éstos regresaran, mediante la creación de un fondo de un millón doscientos mil dólares para salud, educación y vivienda; reconocer públicamente su responsabilidad internacional por los hechos del caso y emitir una disculpa a los miembros de la comunidad; y establecer un monumento para señalar los hechos que ocurrieron en la aldea de Moiwana que fuera un recordatorio para la nación entera de lo que sucedió y de lo que no deberá repetirse en el futuro, su ubicación y diseño debía definirse en consulta con la comunidad[109].

En la sentencia sobre el caso del pueblo Saramaka vs. Surinam, la Corte Interamericana consideró, al fijar la indemnización por los daños materiales, que se extrajo una cantidad considerable de madera valiosa del territorio del pueblo saramaka sin antes consultarle ni brindarle una indemnización. Además, las pruebas demostraron que las concesiones madereras que otorgó el Estado causaron graves daños a la propiedad en el territorio ocupado y utilizado tradicionalmente por el pueblo saramaka, razón por la cual la Corte ordenó una compensación monetaria para el pueblo, por los daños materiales causados directamente por estas actividades.

Además, al fijar la indemnización por los daños inmateriales la Corte describió el daño ambiental y la destrucción de las tierras y recursos utilizados tradicionalmente por el pueblo saramaka, así como el impacto que ello tuvo sobre la propiedad de dicho pueblo, no solo en cuanto a los recursos de subsistencia sino también respecto de la conexión espiritual que éste tiene con su territorio.

---

109 En este caso el juez Cançado Trindade en su voto razonado propuso conceptualizar una nueva categoría de daño, denominada "daño espiritual"; una forma agravada del daño moral que tiene una relación directa con lo más íntimo de la persona humana, con su ser interior, sus creencias en el destino humano y sus relaciones con sus muertos e incluso con los futuros vivos aún no nacidos. Se trata de una categoría de daño directa y exclusivamente relacionada con las creencias en torno a la muerte, los deberes para con los muertos, la significación especial de los rituales mortuorios y la importancia de los restos humanos y su tratamiento según cada cultura, cosmovisión y creencias. Considera el juez que la relación de los vivos con sus muertos ha existido desde siempre y que así mismo el derecho la ha tenido en cuenta desde el origen del derecho de gentes y que el daño causado a estos aspectos debe considerarse como una categoría adicional. Indica además, que este daño espiritual, no da lugar a reparaciones pecuniarias, sino a otras formas de reparación, teniendo en cuenta que se trata de una daño en el que no pueden separarse los vivos de los muertos, y porque, a diferencia del daño moral, el daño espiritual no es susceptible de ser cuantificado y sólo puede ser resarcido, de manera segura, por medio de obligaciones de hacer en la forma de satisfacción, como por ejemplo, honrando a los muertos en las personas de los vivos.

Así mismo, indicó que existían pruebas que indicaban el sufrimiento y la angustia que el pueblo saramaka había padecido como resultado de una larga y continua lucha por el reconocimiento legal de su derecho al territorio que tradicionalmente han ocupado y utilizado durante siglos, así como la frustración respecto del sistema legal interno que no los protegía contra violaciones a dicho derecho; y que todo ello constituía una denigración de sus valores culturales y espirituales, de manera que el daño inmaterial que estas alteraciones causaron en el tejido de la sociedad misma del pueblo saramaka les daba el derecho de obtener una justa indemnización. En dicha sentencia se indicó además que todos los asuntos relacionados con el proceso de consulta con el pueblo saramaka, así como aquellos relacionados con los beneficiarios de la justa indemnización que se debe compartir, deberán ser determinados y resueltos por el pueblo saramaka de conformidad con sus costumbres y normas tradicionales, y según lo ordenado por el Tribunal en la sentencia; y se le ordenó al Estado obligación de otorgarle a la comunidad el reconocimiento legal de la capacidad jurídica colectiva correspondiente con el propósito de garantizarles el ejercicio y goce pleno de su derecho a la propiedad de carácter comunal, así como el acceso a la justicia como comunidad, de conformidad con su derecho consuetudinario y tradiciones[110].

Los anteriores son solo algunos ejemplos de las medidas reparadoras e indemnizaciones que ha ordenado la Corte Interamericana en repetidas ocasiones. Como puede verse, este organismo ha reconocido a las comunidades indígenas como sujetos de derecho susceptibles de ser indemnizados tanto por el daño material como por el daño inmaterial que se les cause, a través de indemnizaciones monetarias pero también de medidas compensatorias que no tienen necesariamente un carácter pecuniario, de manera mucho más avanzada y elaborada de lo que hemos logrado hasta ahora en Colombia[111].

---

110 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 28 de noviembre de 2007, Serie C n.º 172, párr. 200.

111 Otros casos en los que pueden observarse medidas de reparación ordenadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos son: Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay, Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia del 17 del junio de 2005. Serie C n.º 125, en la que se le ordenó al Estado identificar el territorio tradicional de los miembros de la comunidad y entregárselos de manera gratuita, a suministrarles los bienes y servicios básicos necesarios para su subsistencia mientras se encontraran sin tierras y a crear un fondo destinado exclusivamente a la adquisición de las tierras a entregarse a los miembros de la comunidad mencionada, entre otras. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 29 de marzo de 2006, Serie C n.º 146; Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, Fondo y reparaciones, sentencia del 27 de junio de 2012, Serie C n.º 245; entre otras.

C. La visión iku de la reparación del daño inmaterial en Colombia y sus propuestas de reparación efectiva

En los apartes anteriores se ilustraron las medidas de reparación del daño causado a las comunidades indígenas por la violación de sus derechos territoriales y a la consulta previa que hasta el momento se han implementado, de manera más tímida en el ordenamiento interno colombiano y de manera más amplia en el sistema interamericano de derechos humanos. Se pasa ahora a explicar cómo para la comunidad indígena iku las indemnizaciones y medidas de reparación que ha recibido hasta ahora, que tal y como se ha visto no han sido muchas, no alcanzan a reparar el daño de manera integral ni a restablecer las cosas al estado anterior dada la gravedad de las violaciones de que han sido víctimas; y se enunciarán algunas propuestas hechas por ellos, que en su concepto serían idóneas para compensar en mayor medida los daños que han padecido como comunidad por las intervenciones realizadas en sus territorios ancestrales. En su opinión, el sistema de responsabilidad civil actual tal y como está concebido en el ordenamiento jurídico colombiano no es suficiente para reparar los daños que se les han causado y que se les siguen causando, teniendo en cuenta que en materia de comunidades indígenas los componentes filosóficos, religiosos y de sacralidad colectiva no están incluidos dentro de él y son los más importantes en estos casos; al no existir una conjunción entre estas dos materias los pueblos no se sienten reparados con los mecanismos legales existentes.

Los indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta, entre ellos los iku, consideran que hay de daños espirituales a los principios ancestrales y al orden del territorio, así como daños culturales y daños ambientales y físicos en el territorio tradicional y ancestral de la Línea Negra, tal y como se vio anteriormente, que además afectan a la comunidad como sujeto y no solo a cada miembro considerado individualmente. Entre ellos se encuentran toda afectación, alteración, degradación o deterioro de los ecosistemas de tierra, del litoral y del mar, de las fuentes hídricas y de los recursos naturales renovables y no renovables asociados ambiental y culturalmente al territorio tradicional y ancestral; el desconocimiento y transgresión al ordenamiento tradicional y ancestral dentro de la Línea Negra, su integralidad y conectividad de espacios y recursos naturales; la imposibilidad de una libre y permanente locomoción de los miembros de estos cuatro pueblos por dicho territorio, incluido un libre, privado y permanente acceso a sus espacios sagrados para adelantar allí sus prácticas culturales, espirituales y de gobierno; la permanencia en el tiempo de los daños y afectaciones ya producidos sobre el sistema de espacios sagrados de la Línea Negra; la imposibilidad de un restablecimiento y saneamiento espiritual por parte de las autoridades públicas

propias de los pueblos de la Sierra; y la alteración de los elementos materiales que permiten el ejercicio y vivencia de la conectividad del territorio como son, entre otros, la guaquería, la remoción de piedras y otros materiales.

Consideran además estas comunidades que la mayoría de las veces esos daños son irreparables, incompensable e incuantificables y que esto debe tenerse en cuenta siempre al momento de definir el área de influencia de los proyectos, obras o actividades que pretendan realizarse dentro de su ámbito territorial, y los procesos de evaluación ambiental adelantados por las autoridades competentes dentro del trámite de solicitudes de permisos, licencias, concesiones o autorizaciones que estas adelanten respecto del uso, manejo, aprovechamiento, exploración y explotación de sus recursos naturales; e indican que para efectos de la toma de decisiones armónicas y coordinadas relativas a la planificación, gestión, administración, uso, manejo y aprovechamiento de los recursos naturales dentro del territorio tradicional y ancestral de los pueblos arhuaco, kogui, wiwa y kankuamo, las autoridades estatales competentes, en coordinación con las autoridades de los cuatro pueblos, deben evaluar, ponderar y considerar en sus diferentes actuaciones, decisiones, estudios y conceptos, las afectaciones e impactos sobre la integralidad y el sistema de conectividad de los espacios sagrados de la Línea Negra y sus recursos, ya que la configuración de este tipo de daños constituye una amenaza a la integridad y a la supervivencia física y cultural de los mencionados pueblos[112].

En materia de reparación de dichos daños, se indica que cuando se causa un daño, lo que debe repararse es la Ley de Origen ya que las vulneraciones graves al territorio y a la cultura son vulneraciones a esta, y su integralidad es lo que garantiza la supervivencia e identidad cultural de los pueblos de la Sierra. De este modo, es posible encontrar algunas propuestas elaboradas por ellos en esta materia en el documento denominado "Propuestas para el programa de garantías de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas de Colombia, propuesta conjunta de los pueblos indígenas Iku (Arhuaco), Kággba (Kogui), Kankuamo y Wiwa de la Sierra Nevada de Santa Marta, Yukpas de la Serranía del Perijá y Ette Ennaka (Chimila) de los departamentos Cesar y Magdalena"[113],

---

112 Documento Madre de la Línea Negra –Jaba Séshizha– de los cuatro pueblos indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta, base para la elaboración del proyecto de decreto para la regulación de la Línea Negra, elaborado por las autoridades de las cuatro comunidades en diciembre del 2015.

113 Confederación Indígena Tayrona, *Propuestas para el programa de garantías de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas de Colombia, propuesta conjunta de los pueblos indígenas iku (Arhuaco), Kággba (Kogui), Kankuamo y Wiwa de la Sierra Nevada de Santa Marta, Yukpas de la Serranía del Perijá y Ette Ennaka (Chimila) de los departamentos Cesar y Magdalena*, Valledupar, junio de 2011.

que se expondrán a continuación y que, en su concepto, con su implementación el daño que se les ha causado se vería reparado en gran medida.

En primer lugar se afirma en dicho documento que generalmente para ellos no existe una clasificación entre medidas de prevención o de reparación, ya que en la práctica la complejidad y el entrelazamiento de factores y hechos constitutivos de violaciones a los derechos de los pueblos indígenas hacen que una medida en pro del restablecimiento de un derecho resulte ser simultáneamente una medida preventiva en relación con otros derechos relacionados con aquel que ha sido vulnerado, y reparadora en relación con el derecho mismo sobre el que se formula; y se indica que la cadena de daños, afectaciones y reparaciones sería infinita si no se buscan y encuentran inmediatamente las medidas efectivas para la prevención de los daños causados por el desconocimiento de sus derechos territoriales[114].

Teniendo en cuenta lo anterior, en materia de territorio proponen que el Estado colombiano respete, reconozca y garantice el derecho a la propiedad de los territorios ancestrales de los pueblos indígenas de manera integral, ajustándose a la visión de estos, que comprende la tierra con sus sitios sagrados, el agua, el aire, los minerales, el petróleo y demás elementos del subsuelo, y toda la naturaleza en general; y permita que las autoridades indígenas reglamenten la tenencia, el manejo, uso y cuidado de dichos territorios según su ordenamiento ancestral.

Así mismo, dada su deuda histórica con los pueblos indígenas, el Estado debe proteger su pervivencia, su cultura, su territorio y sus formas de organización social y política, aceptando que para la realización de cualquier proyecto, obra, concesión mineras o de otra índole, megaproyecto o cualquier otra actividad que pueda afectar la pervivencia y permanencia física y cultural de las comunidades, es necesario no solo consultarlas sino obtener de parte de éstas su consentimiento previo, libre e informado; e implementando mecanismos eficientes para la real y efectiva protección de los territorios ancestrales y la prevención de hechos constitutivos de vulneración de derechos sobre estos. Dicha implementación debe hacerse de manera concertada con las comunidades.

Por otra parte, estas comunidades manifiestan que es necesario que el Estado brinde todas las garantías para la recuperación y protección de todos los sitios sagrados de la Sierra Nevada de Santa Marta, teniendo en cuenta que en ellos está la vida de los pueblos indígenas, su cultura y sus leyes. Para esto es necesario, además, que se adopten medidas legislativas y administrativas que garanticen el cumplimiento de las resoluciones 02 de 1973 y 837 de 1995 del

---

114 Cit. ibídem.

Ministerio del Interior, referentes a la Línea Negra como límite del espacio y territorio sagrado de los pueblos mencionados, y la integridad del territorio ante cualquier tipo de intervención externa. Para cumplir esta medida, consideran que el Gobierno Nacional, con la colaboración del Departamento Nacional de Planeación, el Ministerio de Cultura, el Instituto Colombiano de Antropología e Historia, el Instituto Colombiano para el Desarrollo Rural, el Ministerio de Agricultura y el Ministerio de Hacienda, en concertación con los pueblos indígenas, debe diseñar y ejecutar estrategias orientadas a garantizar el acceso, la recuperación, la protección y la propiedad de los sitios y áreas sagrados ubicados en los territorios ancestrales.

En esta misma materia consideran las comunidades que el Gobierno, en concertación con los pueblos indígenas, debe establecer prioridades y compromisos para la adquisición y adjudicación a favor de los pueblos de la Sierra de los predios donde se encuentran sitios sagrados dentro de la Línea Negra y en la zona del piedemonte de la Sierra Nevada. Además, debe proveer los recursos económicos necesarios para la caracterización de los sitios sagrados de los pueblos indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta, conforme a la tradición cultural de cada pueblo y atendiendo a sus particularidades cosmogónicas; y para realizar capacitaciones para el respeto a los sitios sagrados dirigidas tanto a los miembros de la fuerza pública como a todo tipo de funcionarios, con el propósito de evitar saqueos, profanaciones o destrucciones en dichos lugares.

Además, manifiestan en dicho documento que el Estado, en concertación con los pueblos indígenas, debe implementar medidas de reparación de los daños causados a la integridad de los territorios indígenas, a los sitios sagrados y a la vida colectiva, tales como:

- El reconocimiento público del daño causado a los sitios sagrados y al orden ambiental, territorial y social de la Sierra Nevada de Santa Marta.

- La formulación e implementación de proyectos de conservación y restauración ambiental y ecológica de estos sitios.

- El establecimiento de mecanismos para garantizar la no repetición de intervenciones de impacto negativo sobre los sitios sagrados como el saqueo o guaquería y la realización de proyectos inconsultos, así como la imposición de mecanismos para la recuperación de objetos sagrados al territorio ancestral.

- La creación de un fondo económico para implementar un programa de apoyo para la recuperación espiritual de los sitios sagrados afectados y de los territorios intervenidos, teniendo en cuenta que los trabajos y pagamentos necesarios para este fin solo los pueden realizar los mamos.

- La realización de los estudios legales, ambientales y culturales necesarios para definir y dar viabilidad a las figuras legales más adecuadas para declarar

áreas protegidas y de uso especial indígena, de tal manera que se pueda recuperar el acceso, uso y manejo cultural de ciertas zonas y espacios sagrados de los que actualmente se encuentran despojados.

Otra medida que las comunidades indígenas de la Sierra consideran urgente es la regulación y puesta en funcionamiento de las entidades territoriales indígenas creadas por la Constitución Política, que aún no se han implementado y que les permitirían a las comunidades administrar sus recursos económicos, proteger los recursos naturales y gobernar según sus sistemas tradicionales, cosmovisión y derecho propio.

Las comunidades indígenas consideran necesario que el Estado colombiano adelante un plan especial para la legalización, el saneamiento y la ampliación de los territorios de los pueblos indígenas de la Sierra, con un presupuesto amplio y suficiente que permita atacar el riesgo de extinción actual en que se encuentran dichos pueblos; y que reconozca y respete el derecho de propiedad histórica y ancestral que los cuatro pueblos poseen sobre el ámbito territorial de la Línea Negra, reconocimiento que implica que las entidades estatales se comprometan efectivamente con la titulación, el saneamiento y la ampliación de los resguardos indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta. Con el fin de lograr este propósito, deben caracterizarse los territorios ancestrales teniendo en cuenta los sitios sagrados, los territorios de frontera y aquellos pueblos con características culturales y productivas como la caza, la pesca y la recolección; adquirirse los predios necesarios para la ampliación de los resguardos y restituirse las tierras que han sido usurpadas o abandonadas por causa del conflicto armado y por la construcción de megaproyectos.

Por último, se indica allí que las comunidades de la Sierra consideran importante que se implementen las siguientes medidas:

- Que el Gobierno Nacional, en consulta y concertación con las autoridades legítimas de las organizaciones indígenas, formule un plan de protección ambiental desde la visión de ordenamiento territorial propia de los pueblos indígenas, priorizando los proyectos o iniciativas de rehabilitación, regeneración o restablecimiento del ecosistema de conformidad con los procedimientos culturales propios.

- Que garantice el derecho al consentimiento previo libre e informado, salvaguardando la autonomía, la integridad y la visión territorial de los pueblos indígenas, y acoja y promueva las iniciativas que sobre este asunto se realicen en territorios indígenas.

- Que se lleve a cabo el saneamiento ambiental y restablecimiento del equilibrio espiritual de los territorios, conforme a la visión ancestral, mediante una limpieza física del territorio retirando de él elementos no biodegradables o contaminantes, minas antipersonales, restos humanos no indígenas depositados en lugares

inapropiados, antenas y demás elementos que afectan física y espiritualmente a las comunidades, y se respalden política y económicamente las labores de saneamiento espiritual que realizarán los mamos como parte fundamental de este proceso.

– Que se prohíba la presencia militar y la realización de actividades bélicas dentro de los territorios indígenas tanto a los actores armados legales como a los ilegales, y en consecuencia se retiren las bases, los campamentos, los puestos de control y similares, con el fin de eliminar los riesgos de confrontación armada y lograr la paz y tranquilidad dentro de dichos territorios.

– Que el Estado reconozca los daños causados al gobierno de los pueblos indígenas a través de la historia y en consecuencia garantice el respeto y funcionamiento de las jurisdicciones y competencias, y de la organización cultural, social y política en los territorios ancestrales y proteja el ejercicio de las autoridades tradicionales como encargadas de vigilar, administrar y controlar su territorio.

– Que el Estado colombiano, en su compromiso de proteger la diversidad étnica y cultural de la Nación, adopte medidas efectivas tendientes a garantizar la dignidad y el buen nombre de los pueblos indígenas.

– Que el Estado implemente estrategias de recuperación y conservación de la memoria histórica de los pueblos indígenas y reconozca los aportes que éstos han hecho a la sociedad, al mundo y al universo, así como que su protección implica un imperativo jurídico, moral y social para la humanidad, y que se fortalezcan sus lenguas y su patrimonio cultural y arqueológico.

– Que se comprometa a garantizar que los elementos sagrados y todos los materiales que permiten mantener la relación espiritual con el territorio y la cultura no sean usurpados ni saqueados.

– Que formule estrategias dirigidas a la recuperación y restitución de los materiales sagrados y del patrimonio arqueológico que han sido extraídos de los territorios indígenas de la Sierra, de los lugares de pagamento, y de los sitios sagrados, garantizando compensaciones justas y equitativas conforme a las indicaciones de las comunidades cuando materialmente no sea posible dicha restitución.

– Que se reconozca y adopte el Sistema Educativo Indígena Propio (SEIP) con todos sus componentes, así como una política educativa con enfoque diferencial que garantice el acceso a la educación superior para miembros de los pueblos indígenas, y la promoción de relaciones interculturales armónicas.

– Y que se formule e implemente el Sistema Intercultural de Salud de los Pueblos Indígenas (SISPI) en concertación con estos y respetando sus tradiciones y conocimientos ancestrales[115].

---

115 Cit. ibídem.

Por su parte, en el Proyecto final de Plan Salvaguarda Iku[116] se indica que es muy importante que el Estado repare los daños causados a la comunidad por la violación de sus derechos territoriales y que se adopten las medidas de reparación mencionadas, ya que la realización de cualquier conducta prohibida o contraria a la Ley de Origen genera un desequilibrio grave en la Madre Tierra y, por ende, en la vida de la sociedad iku y también de las sociedades no indígenas, desequilibrio que se materializa en desastres naturales, enfermedades, debilitamiento del gobierno, etcétera, y que solo puede ser reparado por quien lo originó. Las acciones prohibidas por la Ley de Origen ofenden no solo al iku como persona y como comunidad, sino también a las autoridades espirituales, por eso es fundamental restaurar el equilibrio y mantener la armonía con la Madre Naturaleza y así prevenir, minimizar y controlar la aparición de problemas, desastres y enfermedades.

> Para la armonía de la vida en sociedad, propia del indígena y del humano en general, se requiere tener ordenadas tanto la dimensión física como espiritual de las personas; siendo la espiritual la que sustenta la material. Es decir que toda manifestación de desequilibrio en el campo físico encuentra sus causas profundas en un desequilibrio en el campo espiritual. Por la misma razón no basta en un proceso de saneamiento o corrección de faltas, la reparación del daño físico, sino que debe observar su conexidad con el orden espiritual y reparar la perturbación en ese plano[117].

Como puede observarse, en los casos específicos de afectaciones territoriales, la comunidad iku tiene una concepción precisa del daño inmaterial causado a ella, como una ruptura del equilibrio y de la armonía que debe existir entre el mundo físico y el espiritual. Cuando se producen violaciones al territorio y al medio ambiente se generan consecuencias en el mundo espiritual que luego repercutirán nuevamente en el mundo físico en forma de tragedias, enfermedades, desastres y pobreza. De aquí la importancia de la consulta previa antes de la realización de cualquier tipo de intervención, teniendo en cuenta que en la mayoría de los casos dichos daños son irreparables y, cuando lo son, las cortes colombianas aún son muy tímidas al momento de ordenar medidas efectivas de compensación ya que el sistema de responsabilidad civil existente en el ordenamiento jurídico interno no alcanza, por una parte, a abarcar este tipo de daño inmaterial en cabeza de una colectividad como sujeto (que no es ni una persona natural ni una persona jurídica) y, por otra parte, a reconocer este

---

116 Proyecto final de Plan Salvaguarda Iku, Nabusímake, 2015.
117 Cit. ibídem.

tipo de medidas reparadoras y compensatorias que en la mayoría de los casos no tienen un equivalente pecuniario, y que si bien han sido reconocidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y en alguna medida por la Corte Constitucional colombiana, aún no tienen mayor acogida ni en la jurisdicción ordinaria ni en la contencioso-administrativa, tal y como se verá a continuación.

III. La insuficiencia e ineficacia de la categorización del daño inmaterial y sus mecanismos de reparación en los casos de violación de derechos territoriales y de errónea aplicación de la consulta previa en la comunidad iku

Se ha visto hasta ahora que las comunidades indígenas son consideradas sujetos de derecho en el ordenamiento jurídico colombiano y que, por ende, son titulares de derechos fundamentales reconocidos nacional e internacionalmente, tales como el derecho al territorio colectivo y el derecho a la consulta previa. Así mismo, se ha acogido la teoría según la cual la vulneración de derechos fundamentales equivale a un daño y por ende su consecuencia lógica debe ser la reparación integral de este, y se analizaron algunos casos específicos de daños inmateriales causados a la comunidad arhuaca así como el concepto que ésta tiene de daño inmaterial desde el punto de vista de su cosmovisión, y las ideas que se proponen para su reparación, que hasta el día de hoy no ha sido suficiente.

Por otra parte, se analizaron las formas de reparación que han ordenado el sistema interamericano de derechos humanos, la Corte Constitucional colombiana y el Consejo de Estado, principalmente en el marco de la acción de tutela en el caso nacional, y se indicó que se han tomado diferentes medidas de indemnización, compensación y reparación, según el caso concreto, para resarcir integralmente los daños inmateriales causados a las comunidades indígenas cuando se han violado sus derechos territoriales y a la consulta previa; y se afirmó que desde el punto de vista de la comunidad arhuaca de la Sierra Nevada de Santa Marta dichas medidas aún no son suficientes para que ésta considere que los daños se le han reparado *in integrum* y que han recibido las indemnizaciones necesarias.

Teniendo en cuenta lo anterior, a continuación se hará una breve síntesis de la evolución de la figura del daño inmaterial en Colombia y de su reparación tanto en las sentencias del Consejo de Estado como en aquellas de la Corte Suprema de Justicia, para luego pasar a analizar las figuras del daño a los derechos humanos fundamentales y del perjuicio inmaterial por vulneración o afectación relevante a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados, y así explicar cómo estas nuevas categorías de daño inmaterial habrían podido

ser categorías aptas para reparar los daños causados a las comunidades indígenas por la violación de sus derechos fundamentales si éstas hubieran sido concebidas de otra manera. Además, se reiterará que mientras en sede de tutela se ha buscado el reconocimiento del daño inmaterial causado a la comunidad y su reparación, en materia ordinaria y contencioso-administrativa lo anterior no ha tenido mayor desarrollo.

A. Síntesis de la historia del daño inmaterial en Colombia

La responsabilidad civil es la obligación de indemnizar un daño antijurídico que ha sido causado a un sujeto que no tenía la obligación de soportarlo[118], de manera que sus elementos son, según el profesor Juan Carlos Henao, el daño, la imputación y el fundamento[119]; y según la doctrina tradicional, el daño, la culpa o el fundamento de la responsabilidad objetiva y el nexo de causalidad existente entre los dos anteriores[120]. En todo caso, sea cual sea la denominación que se

---

118 Artículos 2341,2347 y 2356 del Código Civil colombiano y artículo 90 de la Constitución Política de 1991. Sobre responsabilidad civil: Alpa, Guido, *Responsabilità civile e danno,* Il Mulino, Bologna, 1991, pp. 15-16; Baudouin, Jean-Louis et Deslauriers, Patrice, *La responsabilité civile* 6 ed., Éditions Yvon Blas, Québec, 2003, p. 63-65; Bustamante, Jorge, *Teoría general de la responsabilidad civil 9 ed.,* Abeldo-Perrot, Buenos Aires, 1997, pp. 71-82; De Cupis, Adriano, *I fatti illeciti*, Casa Editrice Dr. Francesco Vallardi, Milano, 1970, p. 39; Mazeaud Henri et Léon et Tunc André, *Traité theorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t. 1, Éditions Montchrestien, París, 1957, pp. 224-261; Monateri, Pier Giuseppe, *Le fonti delle obbligazioni 3. La responsabilità civile*, Dir. Rodolfo Sacco, utet, Torino, 1998, pp. 1-28; Savatier, René, *Traité de la Responsabilité civile en droit français*, tomo 1, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1951, p. 5; Tamayo Jaramillo, Javier, *De la responsabilidad civil*, tomo 2, Temis, Bogotá, 1999, pp. 9-14; Viney Geneviéve, *Traité de droit civil. Introduction à la responsabilité*, lgdj, París, 1995, pp. 347-402.

119 Henao, Juan Carlos, *Le dommage. Analyse à partir de la responsabilité civile extracontractuelle de l'État en droit colombien et en droit français*, tesis doctoral, Universidad de París 2 Panthéon-Assas, sustentada el 27 de noviembre de 2007. Según el autor, la culpa ya no es un elemento necesario para que surja la obligación de reparar un daño, de hecho, hoy en día en muchas ocasiones hay lugar a la reparación sin que se haya presentado ninguna culpa. En épocas anteriores la base de la reparación era la culpa dada la influencia religiosa en el derecho, de modo que solo había lugar a la reparación si se había presentado una culpa; y así fue hasta el siglo xix en el que se abandonó esa concepción religiosa y si bien la culpa sigue siendo muy importante, ya no es el único fundamento de la responsabilidad, hoy en día se responde también ante oros eventos distintos de la culpa como el riesgo, el daño especial, la realización de actividades peligrosas, entre otras.

120 Sobre los elementos de la responsabilidad civil: Alpa, Guido, *Responsabilità civile e danno,* Il Mulino, Bologna, 1991, pp. 115-537; Baudouin, Jean-Louis et Deslauriers, Patrice, *La responsabilité civile 6 ed.,* Éditions Yvon Blas, Québec, 2003, pp. 63-65; Brasiello, Teucro, *I limiti della responsabilità per danni nel nuovo sistema legislativo italiano*, Alberto Morano Editore, Napoli 1942; Bustamante, Jorge, *Teoría general de la responsabilidad civil*, 9 ed., Abeldo-Perrot, Buenos Aires, 1997, pp. 107-108; Mazeaud, Henri et Léon et Tunc André, *Traité theorique et pratique de la responsabilité civile*

les dé a sus elementos, el elemento principal siempre será el daño, teniendo en cuenta que éste es la razón de ser de la responsabilidad, porque sin daño no podría hablarse de ella[121].

En lo que concierne al presente trabajo, habida cuenta de que desde el inicio se ha hecho énfasis en el daño causado con ocasión de la violación del derecho al territorio y a la consulta previa de la comunidad iku y su reparación, del mismo modo en el presente capítulo se analizará el elemento daño y su reparación y no se profundizará en los demás elementos de la responsabilidad.

El daño es toda lesión que pueda causársele a un derecho o a una situación no contraria a derecho[122], o, al menos, toda alteración negativa de un estado de cosas existente[123]. También se ha definido como perjuicio, aminoración o alteración de una situación favorable[124] o como el menoscabo a las facultades jurídicas para disfrutar de un bien patrimonial o extrapatrimonial[125]; además, se ha establecido que debe ser personal y cierto[126], y que puede ser material o inmaterial, según la doctrina y la jurisprudencia colombianas, tal y como se verá más adelante[127].

---

délictuelle et contractuelle Tome premier, Éditions Montchrestien, París, 1957, pp. 262, 419 y 313, tomo 2; M'Causland, María Cecilia, *Tipología y reparación del daño inmaterial en Colombia*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2015, p. 13; Tamayo Jaramillo, Javier, *De la responsabilidad civil*, tomo 2, Temis, Bogotá, 1999, p. 169; Viney Geneviéve, *Traité de droit civil. Les conditions de la responsabilité*, LGDJ, París, 1998, pp. 3, 151, 313.

121 Henao, Juan Carlos, *El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, pp. 36-37; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 4 de abril de 1968, MP Fernando Hinestrosa; Mazeaud, Henri y Léon y Tunc André, *Tratado de la responsabilidad civil*, tomo I, volumen 1, trad. Luis Alcalá-Zamora, Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1977, p. 293; Viney, Geneviéve, *Traité de droit civil. Les conditions de la responsabilité*, LGDJ, París, 1998, p. 3; entre otros.

122 El daño a un interés ilícito o contrario a derecho, en cambio, no es indemnizable y así lo estableció el Consejo de Estado la sentencia de la Sección Tercera, del 1.º de julio de 2004, exp. 14565, MP Alier Hernández, caso en el cual no se indemnizó el daño causado al propietario de un camión cisterna matriculado en Venezuela pero que trabajaba en Colombia, que fue estrellado por un camión de la fuerza pública colombiana, por considerar que al momento del accidente se estaba llevando a cabo una se actividad contraria a derecho.

123 Cit. ibídem, p. 84.

124 De Cupis, Adriano, *El daño. Teoría general de la responsabilidad civil*, trad. Ángel Martínez, Bosch, Barcelona, 1970, p. 81.

125 Tamayo Jaramillo, Javier, *De la responsabilidad civil. De los perjuicios y su indemnización*, tomo 2, Temis, Bogotá, 1986, p. 5.

126 Henao, Juan Carlos, *El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, p. 87; Mazeaud, Henri y Léon y Tunc André, *Tratado de la responsabilidad civil*, tomo I, vol. 1, trad. Luis Alcalá-Zamora, Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1977, pp. 301 y 385.

127 Henao, Juan Carlos, *El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, p. 192. Sobre clasificación del daño reparable véase también Mazeaud, Henri y Léon y Tunc André, *Tratado de*

Más recientemente, el profesor Henao lo ha definido como "toda afrenta a los intereses lícitos de una persona, trátese de derechos pecuniarios o de no pecuniarios, de derechos individuales o de colectivos, que se presenta como lesión definitiva de un derecho o como alteración de su goce pacífico y que, gracias a la posibilidad de accionar judicialmente, es objeto de reparación si los otros requisitos de la responsabilidad civil –imputación y fundamento del deber de reparar– se encuentran reunidos"[128].

Antes de continuar, vale la pena resaltar dos aspectos de la anterior definición: por una parte, que los intereses y derechos legítimos que deben ser protegidos pueden ser tanto individuales como colectivos y que en el ordenamiento jurídico colombiano la reparación del daño causado a uno u otro varía, como también varía la acción a la que debe recurrirse para solicitarla. Los derechos e intereses individuales son todos aquellos que expresan el interés propio del individuo entendido aisladamente como ser humano particular, todos los derechos pecuniarios o no, reales o personales, y los derechos o libertades constitucionales fundamentales. Éstos se protegen mediante acción de tutela, el medio de control de reparación directa, el medio de control de nulidad o de nulidad y restablecimiento del derecho y constituyen el centro de los casos por excelencia en los que opera la responsabilidad civil[129]. Mientras que los derechos e intereses colectivos han sido definidos por la jurisprudencia como intereses que le pertenecen a cada uno de los miembros de una colectividad y se concretizan en la participación activa de ellos en aras de su defensa y protección[130], o como derechos que tienen la capacidad de comprometer en su ejercicio a toda la colectividad porque responden a la urgencia de satisfacer deseos colectivos y sociales que son ejercidos por los miembros del grupo humano de manera idéntica y compartida[131]; y por la doctrina, como aquellos así definidos por el legislador, cuyo ejercicio compromete a toda la sociedad porque expresa un derecho supraindividual e indivisible cuya defensa directa delante del juez se hace por excelencia mediante la acción

---

la responsabilidad civil, tomo I, vol. 1, trad. Luis Alcalá-Zamora, Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1977, pp. 299 y 423; De Cupis, Adriano, *El daño. Teoría general de la responsabilidad civil*, trad. Ángel Martínez, Bosch, Barcelona, 1970, p. 120.

128 Henao, Juan Carlos, *Las formas de reparación en la responsabilidad del Estado: hacia su unificación sustancial en todas las acciones contra el Estado*, en Revista de Derecho Privado n.º 28, 2015, p. 280.

129 Henao, Juan Carlos, *De tal derecho lesionado, tal acción* en V Jornadas de Derecho Constitucional y Derecho Administrativo, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005, pp. 486-541.

130 Corte Constitucional, sentencia C-569 de 2004, MP Rodrigo Uprimny.

131 Henao, Juan Carlos, *De tal derecho lesionado, tal acción* en V Jornadas de Derecho Constitucional y Derecho Administrativo, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005, pp. 486-541.

popular[132]. En ambos casos, bien sea frente a intereses individuales o a intereses colectivos, si se presenta un daño, éste debe repararse, teniendo además que la simple amenaza de lesión definitiva de cualquier derecho o interés lícito también constituye daño como tal[133].

Por otra parte, y como se mencionó antes, el daño, además de ser personal y cierto y de poder provenir tanto de la lesión de intereses individuales como de derechos colectivos, se ha clasificado según las principales maneras como se presenta o de los diversos rubros reconocidos por la jurisprudencia que permiten conocer las diferentes expresiones de su realidad[134].

Si bien en general no existe una clasificación pacífica y unánime en materia de tipología de daño en el derecho comparado, ya que cada país tiene su propia clasificación, la clasificación general por excelencia es aquella que se refiere al daño pecuniario y al daño no pecuniario, sin que necesariamente este último se refiera solo al daño moral, ya que existen otras categorías de daño no pecuniario, como el daño fisiológico, el daño a la vida de relación, el daño a la salud, entre otros; por tal razón, en Colombia se ha preferido la clasificación relativa al daño material y al daño inmaterial dentro del cual el daño moral es solo una especie de este, teniendo en cuenta además que esta clasificación hace referencia a la posibilidad de valorar o no en dinero el derecho lesionado: si el derecho o interés lesionado no tiene un equivalente pecuniario será un daño inmaterial, sin importar que al momento de la indemnización se reciba una suma de dinero, otro tipo de compensación, o ambas[135].

---

132 Cit. ibídem.

133 Henao, Juan Carlos, *Las formas de reparación en la responsabilidad del Estado: hacia su unificación sustancial en todas las acciones contra el Estado* en Revista de Derecho Privado n.º 28, 2015, pp. 282-283, donde se cita además a De Cupis, Adriano, *El daño. Teoría general de la responsabilidad civil*, Bosch, Barcelona, 1975, p. 91.

134 Henao, Juan Carlos, *El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, p. 191.

135 Cit. ibídem, pp. 191-195; véase también Tamayo Jaramillo, Javier, *De la responsabilidad civil. De los perjuicios y su indemnización*, tomo 2, Temis, Bogotá, 1986, p. 119; para daño moral: Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativa, Sección Tercera, 6 de septiembre de 2001, exp. 13232; Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativa, Sección Tercera, 8 de marzo de 2007, exp. 16205; Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativa, Sección Tercera, 30 de enero de 2012, exp. 20786; Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativa, Sección Tercera, 28 de agosto de 2014, exp. 36149. Para daño a la salud: Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativa, Sección Tercera, 14 de septiembre de 2011, exp. 19031; Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativa, Sección Tercera, 28 de marzo de 2012, exp. 2216; para daño a bienes constitucionales: Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativa, Sección Tercera, 1.º de noviembre de 2012, exps. 19990002 04 y 2000-00003-04 AG; Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativa, Sección Tercera, 27 de febrero de 2013, exp. 25636; Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativa, Sección Tercera, 20 de octubre de 2014, exp. 33413.

Hechas las anteriores precisiones se procederá a analizar la figura del daño inmaterial en Colombia y su evolución con el fin de comprender si dentro de alguna de sus categorías puede incorporarse el daño inmaterial causado a las comunidades indígenas por la violación de sus derechos al territorio y a la consulta previa. Como bien se ha dicho, se trata de un daño que no tiene una naturaleza económica porque no se puede medir en dinero y por ende con su indemnización se busca compensar y no restituir, es decir, a través del dinero o de los bienes que se entregan o de las prestaciones de hacer o de no hacer que el juez ordena se pretende aliviar o morigerar de alguna manera la afectación sufrida sin importar que haya o no dinero de por medio[136]. Otro punto importante al respecto es que a los daños no pecuniarios no se les aplica el principio de la indemnización integral, comoquiera que en este tipo de daños el derecho conculcado no tiene equivalente pecuniario o monetario, no hay posibilidad de indemnizar integralmente cuando se carece de un punto de comparación pues no hay un equivalente que permita comparar el derecho afectado, por eso se aplica más bien el criterio de la igualdad de trato frente a casos similares y de equidad según el *arbitrio judicis*[137].

En lo que tiene que ver con el daño inmaterial y su reparación en la jurisdicción ordinaria, en Colombia no existe una tipificación cerrada del daño inmaterial fijada por el legislador, de manera que ha sido la jurisprudencia civil la que ha marcado la evolución al respecto y el valor de su reparación[138], razón por la cual se pasa a exponer dicha evolución tanto en materia de tipologías como de su indemnización. Teniendo en cuenta que la primera vez que se reconoció la existencia de un daño distinto del daño material o pecuniario en el país fue por parte de la Corte Suprema de Justicia, se hará referencia en primer lugar a la evolución de la materia en la jurisdicción ordinaria para luego pasar a analizar los mismos temas en la jurisprudencia contencioso-administrativa del Consejo de Estado.

El 21 de julio de 1922 la Sala de Casación Civil de dicha Corte resolvió la demanda interpuesta por el señor León Villaveces contra el Cementerio Central y el Municipio de Bogotá, quien solicitaba la indemnización de todos los daños y perjuicios por él sufridos dada la extracción de los restos de su difunta esposa de la bóveda que él había mandado construir de manera muy especial, la destrucción de esta y de la lápida de mármol y el depósito de los restos en una fosa común,

---

136 Henao, Juan Carlos, *El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, p. 231.

137 Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativa, Sección Tercera, 13 de febrero de 2003, exp. 12654, CP Alier Hernández; Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativa, Sección Tercera, 24 de junio de 2004, exp. 14950, CP Ricardo Hoyos.

138 M'Causland, María Cecilia, *Tipología y reparación del daño inmaterial en Colombia*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2015, p. 9.

restos, bóveda, ataúd y lápida que para él tenían un valor muy significativo y en los cuales había puesto especial cuidado, todo lo anterior sin su consentimiento. En este caso la Sala consideró que los artículos 2341 y 2356 del Código Civil colombiano indican que todo daño causado a otro debe ser indemnizado y que la expresión 'todo' no se limita al daño patrimonial, ya que los bienes patrimoniales son solo parte de los elementos que integran a la persona humana como sujeto de derecho, de manera que se puede dañar a un individuo tanto menoscabando su hacienda como infringiéndole sufrimiento, dolor o molestia. Por esta razón, afirmó que la extracción de los restos de su esposa y destrucción de su tumba le habían causado al demandante un *daño moral* que debía ser reparado y que la dificultad de cuantificarlo no podía ser óbice para reconocerlo, y ordenó el nombramiento de peritos con el fin de que éstos determinaran la correspondiente indemnización.

De este modo, la Sala de Casación Civil el 22 de agosto de 1924 dictó la sentencia complementaria a la anterior con base en el dictamen elaborado por los peritos para determinar la forma de reparación en dicho caso. Se indicó allí que teniendo en cuenta el valor especial que tenían los restos de su esposa, la bóveda adquirida en propiedad y la lápida de mármol traída de Europa, además de la posición social del señor Villaveces y su señora permitían comprender la aflicción que pudo causarle la destrucción de la tumba y la pérdida de las cenizas; se indicó además que estos elementos no tenían un valor pecuniario ni un interés de uso, como puede tenerlo una finca, de manera que una indemnización pecuniaria no cumpliría el objetivo buscado, y se condenó entonces al Municipio de Bogotá al pago de 3000 pesos al demandado para que éste construyera un monumento en honor a la señora Villaveces donde pudiera evocar su memoria.

Se resalta de esta sentencia el hecho de que además de ser la primera en reconocer el daño moral, consideró que este tipo de daño debe ser valorado por un perito en aras de determinar su reparación. Así mismo, el hecho de que ordenó una indemnización satisfactoria y no restitutoria con la que pudiera aminorarse el dolor sufrido por el demandante y de que fue ordenada en equidad. De aquí en adelante, pasaron varios años antes de que se reconocieran otras categorías de daño por parte de la Corte Suprema de Justicia, de hecho, se reconocía solamente el daño material y el daño moral como único daño inmaterial.

Finalmente, alrededor de los años cuarenta la Corte Suprema empezó a acoger la clasificación del daño moral propuesta por los hermanos Mazeaud en Francia[139], según la cual el daño moral era la consecuencia de la afectación de

---

139 Mazeaud, Henri et Léon et Tunc André, *Traité theorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, t. 1, Éditions Montchrestien, París, 1957, p. 383.

cualquier derecho personalísimo pero podía presentarse de dos maneras: como *daño moral subjetivado*, que a su vez podía ser o un menoscabo a la parte social del patrimonio, por ejemplo cuando se vulneraba la reputación de una persona, o un menoscabo a la parte afectiva del patrimonio, como cuando se vulneraban los sentimientos como tal, o un menoscabo a la parte estética; y como *daño moral objetivado* entendido como las consecuencias patrimoniales de los daños morales subjetivados[140] (que hoy correspondería al lucro cesante).

Posteriormente, en el año de 1968 se presentó una nueva propuesta de clasificación por parte del magistrado Fernando Hinestrosa, quien en la sentencia de la Sala de Casación Civil del 4 de abril del mencionado año abandonó la clasificación francesa que se venía aplicando y la sustituyó por la clasificación italiana existente en la época según la cual el daño no patrimonial se clasifica en *daño moral* y *daño a la vida de relación*. En esta sentencia el demandante solicitaba la indemnización de todos los perjuicios sufridos a raíz del accidente que sufrió la flota en la que se transportaba, por el cual sufrió graves quebrantos de salud y la muerte de su hijo menor de edad; y se afirmó allí que el daño a la persona puede consistir en un desmedro de su integridad física o mental, o en una injuria al honor o a la intimidad, que pueden tener repercusiones económicas y repercusiones en la vida de relación de la víctima. Sin embargo, este planteamiento no fue reiterado y se siguió aplicando la clasificación francesa hasta los años ochenta, durante los cuales se produjo un retroceso y se afirmó nuevamente por parte de la Corte Suprema que el único daño no patrimonial indemnizable era el daño moral[141].

En el 2008 esta concepción restringida del daño inmaterial como daño moral exclusivamente relacionado con la afectación de los sentimientos fue revaluada por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia del 13 de mayo, en la que se retomó, por primera vez el planteamiento expuesto en la sentencia de 1968 relativo a la existencia de un *daño a la vida de relación*. Se indicó allí que, a diferencia del daño moral que se relaciona con la órbita más íntima del individuo, el daño a la vida de relación es una afectación a su esfera exterior que puede advertirse en el deterioro de su calidad de vida, en la pérdida o disminución

---

140 Algunas sentencias en las que puede observarse esta clasificación son Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil del 28 de septiembre de 1937; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil del 15 de marzo de 1941; Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales del 23 de abril de 1941; Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales del 5 de noviembre de 1942; Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales del 19 de diciembre de 1956; entre otras.

141 Sobre evolución del daño inmaterial en Colombia en materia civil véase Navia Arroyo, Felipe, *Estudio sobre el daño moral*, Editorial Elocuencia, Bogotá, 1979; M'Causland, María Cecilia, *Tipología y reparación del daño no patrimonial. Situación en Iberoamérica y en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2008, pp. 64-76.

de la capacidad de relacionarse con las personas y cosas o de disfrutar de su existencia o de realizar las conductas cotidianas o habituales; y se afirmó que en dicha materia se acogerían todos los planteamientos del Consejo de Estado al respecto, sobre los cuales se profundizará en el siguiente aparte.

Hasta aquí los avances en materia de daño inmaterial en la jurisdicción civil hasta el año 2014 en el que se adoptó una nueva categoría denominada *daño a los derechos humanos fundamentales* como el buen nombre, la propia imagen, la libertad, la privacidad y la dignidad, que gozan de especial protección constitucional, que serán analizados en el siguiente literal y que completan la trilogía de daño inmaterial reconocido por la Corte Suprema de Justicia actualmente: daño moral, daño a la vida de relación y daño a los derechos humanos fundamentales.

En cuanto a la reparación del daño inmaterial en materia civil, debe decirse que en este campo también se ha presentado una evolución. Inicialmente la Corte suprema indemnizaba el daño moral en equidad conforme a las pruebas allegadas al proceso y con la finalidad de lograr una indemnización satisfactoria[142]. Posteriormente, decidió aplicar el artículo 95 del Código Penal de 1936, que establecía que cuando no fuera posible establecer el valor monetario del daño causado por el delito el juez podría fijar la indemnización correspondiente con un límite de 2000 pesos. Más adelante, en sentencia del 27 de septiembre de 1974 rechazó la posición anterior teniendo en cuenta que el mencionado artículo 95 era de aplicación exclusiva al daño moral proveniente del delito y no de la responsabilidad civil, y estableció nuevamente la equidad como criterio para fijar la indemnización. De allí en adelante la Corte ha mantenido esta postura, de manera que en cada caso concreto el juez fija la indemnización del daño moral según su criterio, y no se han querido establecer ni topes o límites a ella ni patrones de corrección monetaria[143]. Actualmente lo máximo que se reconoce por esta categoría son $72.000.000.

En cuanto a la reparación del daño a la vida de relación, del mismo modo la Corte decidió no aplicar topes ni medidas de corrección monetaria y en la mencionada sentencia del 13 de mayo de 2008 dispuso que el juez establecerá su cuantía, en cada caso, en forma mesurada y cuidadosa, analizando las privaciones, limitaciones y alteraciones que como consecuencia de la lesión deba afrontar la víctima; y lo máximo que se ha reconocido son $140.000.000.

---

142 M'Causland, María Cecilia, *Tipología y reparación del daño no patrimonial. Situación en Iberoamérica y en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2008, p. 71.

143 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 17 de agosto de 2001.

Por último, vale la pena mencionar que hasta el año 2014 las medidas de reparación del daño inmaterial no pecuniarias ordenadas por la Corte Suprema de Justicia fueron muy escasas.

En cuanto a la evolución del daño inmaterial en la jurisdicción contenciosa, debe decirse que hasta 1993 el Consejo de Estado seguía los lineamientos perfilados por la Corte Suprema de Justicia y mantuvo la línea general según la cual el *daño moral* era la única categoría indemnizable de daño inmaterial.

Sin embargo, en 1992 la Sección Primera del Tribunal Administrativo de Antioquia ordenó una indemnización de 2000 gramos oro por concepto de daño fisiológico, indicando que según el artículo 2341 del Código Civil se establecía la obligación de reparar, sin distinción alguna, todos los perjuicios causados a la persona o a los bienes de otro y que la paraplejia sufrida por el demandante lo privaría de los placeres cotidianos de la vida como caminar, bailar, nadar y desplazarse cómodamente. Con base en este pronunciamiento, en sentencia del 6 de mayo de 1993[144] el Consejo de Estado reconoció esta nueva forma de daño denominada *perjuicio fisiológico o a la vida de relación*, independientemente del daño material y del daño moral y relacionado con la pérdida de la capacidad de realizar actividades vitales que hacen agradable la existencia y que solo podía provenir de lesiones a la salud. Se trataba de una categoría tomada del derecho italiano en el que, dado que el artículo 2059 del Código Civil limitaba el daño no patrimonial a los eventos taxativos contenidos en la ley, se creó esta categoría aduciendo que si la Constitución Política protege el derecho a la salud, los daños a esta debían ser indemnizados.

Este daño fisiológico adoptado por el Consejo de Estado era más restrictivo que aquel que se incorporó en la jurisprudencia civil en el 68 como daño a la vida de relación porque, como se dijo, solo procedía ante lesiones a la salud y se refería exclusivamente a la imposibilidad de realizar actividades placenteras que no producían rendimiento patrimonial pero que hacían agradable la existencia.

En el 2000 la Sección Tercera profirió la sentencia del 19 de julio[145], que fue reiterada durante varios años y en la que se abandonó la categoría de perjuicio fisiológico y se indicó que ésta es diferente a la del *daño a la vida de relación*, categoría que en cambio decidió conservar. Se afirmó allí que el daño a la vida de relación no es la lesión en sí misma sino todas las consecuencias que de ésta

144 Consejo de Estado, Sala Contencioso Administrativa, Sección Tercera, 6 de mayo de 1993, exp. 7428, CP Julio César Uribe.

145 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 19 de julio de 2000, exp. 11842, CP Alier Hernández.

puedan derivarse y es una categoría mucho más amplia, ya que no solo se refiere a la imposibilidad de gozar de los placeres de la vida sino que incluye también la afectación de actividades rutinarias que ya no podrán realizarse o para cuya realización se requerirá de un esfuerzo adicional, como, por ejemplo, ir al baño o lavarse los dientes. Se precisó además que este daño puede provenir de diferentes hechos y no exclusivamente de una lesión corporal, puede derivarse de una injuria, de un sufrimiento intenso o incluso de una afectación al patrimonio si la pérdida económica es tan grande que además del daño material como tal altera las posibilidades vitales de la persona o modifica sustancialmente su rol vital; situaciones todas que pueden afectar la vida social del individuo. Y se agregó que el daño a la vida de relación puede ser sufrido tanto por la víctima directa como por las personas cercanas a ella bien sea por parentesco o por amistad.

Por otra parte, el Consejo de Estado decidió descartar la utilización de la expresión "alteración a las condiciones de existencia" teniendo en cuenta que cualquier perjuicio implica una alteración en las condiciones de existencia de la víctima, y eligió la de daño a la vida de relación, agregando que no se refiere solo a la relación con las demás personas sino también a la modificación en cualquier aspecto de su vida y con las cosas del mundo; el daño a la vida de relación se refiere a todo daño extrapatrimonial a la vida exterior distinto del daño moral que se refiere al daño que afecta directamente la vida interior del individuo.

Esta situación duró algunos, años pero empezó a cambiar en el 2007 cuando en una sentencia del 4 de diciembre[146], de manera aislada, se afirmó que la alteración de las condiciones estéticas podría originar un perjuicio inmaterial independiente y autónomo, y en sentencias del 15 de agosto[147] y el 18 de octubre[148] del mismo año se reconoció un perjuicio llamado *alteración de las condiciones de existencia*. En estos casos se explicó que dicho perjuicio consistía en la modificación anormal y negativa de la vida que habían tenido los demandantes, sin que ella pudiera confundirse con el daño moral, y se dio una definición que en todos los aspectos coincidía con la de daño a la vida de relación, por lo cual se entendió que se trataba de un simple cambio de nombre pero que no se estaba reconociendo nada distinto al daño moral y al daño a la vida de relación que se venía reconociendo desde el año 2000.

---

146 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 4 de diciembre de 2007, exp. 17918, CP Enrique Gil.

147 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 15 de agosto de 2007, exp. AG-0004-01, CP Enrique Gil.

148 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 18 de octubre de 2007, exp. AG-00029-01, CP Enrique Gil.

Con estos antecedentes, desde el año 2008 hasta el año 2011 se utilizaron indistintamente las categorías de *daño a la vida de relación* y de *alteración a las condiciones de existencia* pero con prevalencia de esta última, aunque su contenido seguía siendo el mismo, es decir, aquel establecido en la sentencia del año 2000.

En el 2011 la Sección Tercera del Consejo de Estado profirió dos sentencias que modificaron todo el panorama hasta el momento existente, es decir, las categorías de daño moral y daño a la vida de relación como subespecies del daño no patrimonial, ya que a raíz de la expedición de aquellas[149] se abandonó tanto la categoría de daño a la vida de relación como aquella de alteración a las condiciones de existencia en caso de lesiones corporales y adoptó la de *daño a la salud*, pero de una manera confusa y que ha dejado en muchas ocasiones una sensación de inseguridad jurídica.

Se afirmó allí que "la Sala considera necesario recoger la denominación 'alteración a las condiciones de existencia' para avanzar en el estudio de esta clase de daños. En efecto, el daño a la vida de relación o la alteración a las condiciones de existencia no pueden comprender, de ninguna forma, el daño a la salud –comúnmente conocido como perjuicio fisiológico o biológico– comoquiera que éste último está encaminado a la reparación de cualquier lesión o afectación a la integridad psicofísica. […] Con la implementación del daño a la vida de relación o la alteración de las condiciones de existencia, se permitió que se implementaran en nuestro ordenamiento jurídico unos tipos de daños abiertos que en su aplicación pueden generar vulneraciones al principio de igualdad material".

Dicho lo anterior, indicó que del análisis de la jurisprudencia del Consejo de Estado podía inferirse que la línea jurisprudencial trazada en torno a la tipología del perjuicio inmaterial indica que debe indemnizarse, por un lado, el daño moral y, por el otro, las lesiones a la integridad corporal (daño a la salud) y las consecuencias que el daño produce tanto en lo interno (alteración a las condiciones de existencia) como en lo externo (daño a la vida de relación), dualidad que llevaba a confusiones y equívocos, por lo cual debía adoptarse únicamente el concepto de *daño a la salud* como perjuicio inmaterial diferente al moral cuando el daño proviniera de una lesión corporal, y crearse una tercera categoría, que se analizará a continuación, en la que quedarían incluidos los demás daños a derechos fundamentales distintos del derecho a la salud. De este modo, actualmente la jurisdicción contencioso-administrativa reconoce como categorías de

149 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 14 de septiembre de 2011, exps. 19031 y 38222.

daño inmaterial el daño moral, el daño a la salud y una tercera categoría que se procede a desarrollar.

En cuanto a la reparación del daño inmaterial en la jurisdicción contenciosa se tiene lo siguiente: en lo que se refiere al daño moral, este al principio se indemnizaba de la misma manera que lo hacía la Corte Suprema de Justicia, es decir, primero en equidad y luego aplicando el artículo 95 del Código Penal de 1936; sin embargo, cuando en 1974 la Corte abandonó la aplicación de dicha norma, el Consejo de Estado no lo hizo. En 1978 consideró prudente actualizar la suma de 2000 pesos contenida en el mencionado artículo y adoptar el referente de 1000 gramos oro como tope para la indemnización del daño moral, referente que fue a su vez adoptado por el Código Penal de 1980[150].

Este patrón se mantuvo hasta el 2001 cuando en sentencia del 6 de septiembre[151] el Consejo de Estado rechazó la utilización del oro y empezó a recurrir al salario mínimo vigente como mecanismo de corrección monetaria, con un límite de 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes (mucho más que lo reconocido por la Corte) como tope para la indemnización del daño moral. Hoy en día este tope se mantiene, aunque para los casos más graves se han reconocido hasta 300.

En cuanto al daño a la vida de relación, en la época en que se reconoció como perjuicio fisiológico el tope de las condenas por este rubro era de 4000 gramos oro y a partir de la sentencia del 6 de septiembre de 2001 se dijo que su valor debía calcularse también en salarios mínimos; a diferencia del daño moral, no se impuso ningún tope, pero el máximo por el que se ha condenado ha sido de 400 salarios mínimos legales mensuales vigentes, límite que se mantuvo para la alteración de las condiciones de existencia y que se mantiene vigente en el caso de daño a la salud.

B. Nuevas categorías de daño: el daño a los derechos humanos fundamentales y los perjuicios inmateriales por vulneraciones o afectaciones relevantes a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados

En tiempos recientes se han producido algunas modificaciones en la materia, y se han creado dos nuevas categorías de daño inmaterial.

---

150 M'Causland, María Cecilia, *Tipología y reparación del daño no patrimonial. Situación en Iberoamérica y en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2008, pp. 76-77.

151 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección tercera, 6 de septiembre de 2001, exp.13.232-15.646.

En materia civil, la sentencia del 13 de mayo de 2008 de la Corte Suprema de Justicia en la que se afirmaba que el daño inmaterial estaba compuesto por el daño moral y el daño a la vida de relación se aplicó de manera reiterada hasta el 2014, año en el que se produjo un cambio de jurisprudencia. Sin embargo, ya en el 2013 la sentencia de la Sala de Casación Civil del 9 de diciembre de dicho año[152] permitió vislumbrar que tal cambio se avecinaba, ya que en su parte motiva se afirmó que el perjuicio extrapatrimonial no se reduce al daño moral porque dentro del conjunto de bienes no patrimoniales que pueden resultar afectados por conductas dolosas o culposas se encuentran intereses jurídicos distintos del dolor y la tristeza, de manera que además del tradicional daño moral, son especies del daño no patrimonial el daño a la vida de relación y la lesión a bienes jurídicos de especial protección constitucional.

Con este antecedente, el 5 de agosto de 2014 la Sala Civil expidió la sentencia más reciente que hay en materia de tipología y reparación de daño inmaterial[153] adicionando expresamente una nueva categoría denominada *daño a los derechos humanos fundamentales como el buen nombre, la propia imagen, la libertad, la privacidad y la dignidad que gozan de especial protección constitucional*, distinta e independiente de los ya reconocidos daños morales y daños a la vida de relación. En este caso, los demandantes habían solicitado un crédito ante el Banco Central Hipotecario y pagaron puntualmente todas las cuotas, tanto así que en el año 2000 el representante legal del BCH les informó que como resultado del proceso de reliquidación del crédito se les había aplicado una disminución de cuatro millones de pesos aproximadamente y le cedió el referido crédito al Banco Granahorrar. En septiembre del mismo año el crédito tenía un saldo de $9.986.116,29, al cual se hizo un abono de $9.900.000; sin embargo, al mes siguiente llegó un extracto de crédito hipotecario en el que figuraba un saldo final de $4.721.250, es decir, la suma que les había sido condonada por el banco anterior. A partir de ese momento los demandantes rechazaron el cobro y empezaron a vivir una agotadora lucha para que Granahorrar les aclarara su situación crediticia, lucha los sumió en un estado de zozobra, intranquilidad, angustia, tormento y desasosiego, que se tradujeron en un evidente daño moral. Además, el reporte negativo ante las centrales de información afectó su buen nombre e historia crediticia, les impidió acceder a créditos con otras entidades,

---

152 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 9 de diciembre de 3013, rad. 88001-31-03-001-2002-00099-01.

153 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 5 de agosto de 3014, rad. 11001-31-03-003-2003-00660-01.

obstaculizó la realización de negocios y les generó pérdidas económicas que significaron un ostensible daño patrimonial.

En este caso, la Sala de Casación Civil indicó que el daño es una modificación de la realidad que consiste en el desmejoramiento o pérdida de las condiciones en las que se hallaba una persona o cosa por la acción de las fuerzas de la naturaleza o del hombre, y que desde el punto de vista jurídico significa la vulneración de un interés tutelado por el ordenamiento legal, consecuencia de una acción u omisión humana, que repercute en una lesión a bienes como el patrimonio o la integridad personal, y frente al cual se impone una reacción a manera de reparación o, al menos, de satisfacción o consuelo. La Sala reiteró el concepto de daño moral que había venido aplicando, y dijo que éste "está circunscrito a la lesión de la esfera sentimental y afectiva del sujeto, que corresponde a la órbita subjetiva, íntima o interna del individuo, de ordinario explicitado material u objetivamente por el dolor, la pesadumbre, perturbación de ánimo, el sufrimiento espiritual, el pesar, la congoja, aflicción, sufrimiento, pena, angustia, zozobra, desolación, impotencia u otros signos expresivos, que se concretan en el menoscabo de los sentimientos, de los afectos de la víctima y, por lo tanto, en el sufrimiento moral, en el dolor que la persona tiene que soportar por cierto evento dañoso".

En cuanto al daño a la vida de relación, la Sala reiteró el fallo del 13 de mayo de 2008 en el que se trata de "un daño autónomo que se refleja en la afectación de la actividad social no patrimonial de la persona, vista en sentido amplio, sin que pueda pensarse que se trata de una categoría que absorbe, excluye o descarta el reconocimiento de otras clases de daño –patrimonial o extrapatrimonial– que poseen alcance y contenido disímil, ni confundirlo con éstos, como si se tratara de una inaceptable amalgama de conceptos, puesto que una indebida interpretación conduciría a que no pudiera cumplirse con la reparación integral ordenada por la ley y la equidad". E indicó que, tal y como lo estableció el Consejo de Estado, no consiste en la lesión en sí misma sino en sus consecuencias en la vida de relación de quien las sufre.

Acto seguido la Sala afirmó que en aras de proteger los derechos fundamentales y de cumplir con el principio de reparación integral, era necesario ajustar la jurisprudencia a las nuevas necesidades sociales y por ende reconocer una nueva categoría de daño que no encaja dentro de las categorías tradicionales en que se subdivide el daño extrapatrimonial, y que dentro del texto del fallo denominó de diferentes maneras tales como: daño a los derechos humanos fundamentales, daño a bienes personalísimos de especial protección constitucional que constituyen derechos humanos fundamentales, daño a los bienes esenciales de la personalidad subjetivos o fundamentales o daño a los bienes jurídicos esenciales del individuo. Este tipo de daño fue definido como "el agravio o la lesión que se

causa a un derecho inherente al ser humano, que el ordenamiento jurídico debe hacer respetar por constituir una manifestación de su dignidad y de su propia esfera individual".

Al respecto, la Corte mencionó varios artículos de la Constitución Política de 1991 referidos, especialmente, a la dignidad, a la honra, al buen nombre y a la reputación, mencionando ocasionalmente otros derechos, como la intimidad y la libertad, y afirmó que las normas constitucionales que consagran la inviolabilidad de los derechos fundamentales deben ser objeto de protección y exigibilidad también en el campo del derecho civil, es decir que si esos derechos realmente son inalienables y constituyen intereses jurídicos tutelados por el ordenamiento positivo, entonces tienen que ser resarcibles en todos los casos en que resulten seriamente vulnerados.

De este modo, en cuanto a la reparación de este tipo de daño, la Corte indicó que una de las características del derecho privado es que la protección judicial se concreta en una indemnización pecuniaria, a diferencia del amparo constitucional, cuya protección consiste en una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo a fin de garantizar al agraviado el pleno goce de su derecho, y volver al estado anterior a la violación, cuando fuere posible. Manifestó también que

> tal protección, sin embargo, para que sea eficaz, presupone que esta clase de daño guarde correspondencia con los valores del ordenamiento jurídico que le imprimen sentido y coherencia al sistema, lo que impone la necesidad de delimitar la extensión del resarcimiento; es decir que se debe discernir entre los padecimientos que son dignos de tutela civil y los que deben quedar al margen de ella, pues de lo contrario se corre el riesgo de incurrir en una peligrosa anarquía conceptual que banalice las conquistas de la responsabilidad civil y borre los límites entre lo que es jurídicamente relevante y lo que constituye simples bagatelas.
>
> La atención debe centrarse, entonces, *no en la posibilidad de admitir la indemnización del daño a los bienes personalísimos protegidos por la Constitución y por los tratados internacionales que reconocen derechos fundamentales, como categoría autónoma perteneciente al género de los perjuicios extrapatrimoniales, pues su existencia hoy en día no se pone en duda*; sino en precisar en qué casos resulta viable su concesión, con el fin de evitar un pago doble o exagerado de una misma consecuencia nociva que tiene su causa adecuada en un único evento [énfasis nuestro].

Además, la Corte consideró que la reparación de este daño no patrimonial no cumple una función resarcitoria ya que ningún bien material es equiparable al valor absoluto de la dignidad humana, que es irremplazable, de manera que deberá aplicarse el criterio de razonabilidad del juez para determinar en cada

caso concreto si la medida de satisfacción que se otorgue es equitativa, suficiente, necesaria y adecuada para consolar a la víctima por la pérdida de un bien inestimable en dinero, para reivindicar su derecho fundamental y para reparar el agravio o la ofensa infligida a su dignidad.

Y, en este punto, expresó que "no es el desconocimiento de cualquier interés personal el que justifica el resarcimiento integral en los términos del artículo 16 de la Ley 446 de 1998, porque el tipo de daño que se viene analizando solamente se configura cuando se violan ciertos derechos fundamentales que comprometen de modo directo la dignidad, tales como la libertad, la intimidad personal y familiar, la honra y el buen nombre", dejando por fuera los demás derechos constitucionales fundamentales.

En el caso concreto se consideró que la indemnización por el daño moral causado a cada uno de los demandantes debía ser por diez millones de pesos, mientras que aquella por el menoscabo a los derechos superiores relativos a la dignidad y al buen nombre debía ser por veinte millones de pesos para cada uno.

Desde entonces la Corte Suprema de Justicia reconoce e indemniza el daño moral, el daño a la vida de relación y esta tercera categoría de daño a derechos constitucionales inherentes a la esfera individual del ser humano tales como el buen nombre, la honra o la intimidad, en cuyo caso la indemnización máxima ha sido de veinte millones de pesos.

En cuanto a la jurisdicción contencioso-administrativa, tal y como se dijo, en el año 2011 se presentó un primer antecedente en la misma sentencia que suprimió el daño a la vida de relación y acogió la categoría de daño a la salud para el caso de lesiones corporales[154]. Allí mismo, la Sección Tercera del Consejo de Estado indicó que además del daño moral y el daño a la salud debía haber una tercera categoría para aquellos eventos en los cuales el daño no proviniera de una lesión corporal, caso en el cual debería reconocerse una tercera categoría denominada "daño a cualquier otro bien, derecho o interés legítimo constitucional o jurídicamente tutelado que no esté comprendido dentro del concepto de daño corporal y que merezca una valoración e indemnización a través de las tipologías tradicionales como el daño a la vida de relación o la alteración grave a las condiciones de existencia o mediante el reconocimiento individual o autónomo del daño (v. gr. El derecho al buen nombre, al honor o a la honra, el derecho a tener una familia, entre otros), siempre que esté acreditada en el

154 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 14 de septiembre de 2011, exps. 19031 y 38222.

proceso su concreción y sea preciso su resarcimiento, de conformidad con los lineamientos que fije en su momento esta corporación"[155].

A partir de ese momento y hasta el 2014 se vivió una época de confusión total en materia de reparación del daño inmaterial en el Consejo de Estado, teniendo en cuenta que a raíz de estas dos providencias se abrieron todo tipo de posibilidades: algunos magistrados ordenaban la indemnización del daño a la salud, otros siguieron hablando de daño a la vida de relación o de alteración de las condiciones de existencia, otros aplicaron la nueva categoría de daño a todos los demás derechos jurídicamente protegidos, sin que pudiera identificarse una línea jurisprudencial clara en la materia.

Finalmente, en el 2014 la Sección Tercera del Consejo de Estado aprobó un documento sobre la tipología y la reparación de los daños inmateriales con el fin de establecer una línea clara al respecto y establecer los criterios aplicables, y profirió ocho sentencias de unificación jurisprudencial[156] que reflejan el acuerdo al que se llegó en el documento mencionado y aplican los criterios allí establecidos[157].

Se indicó en primer lugar que los tipos de daño inmaterial reconocidos por la Sección Tercera del Consejo de Estado a partir de ese momento serían *el daño moral*, *el daño inmaterial por afectación relevante a bienes o derechos convencional o constitucionalmente amparados* y *el daño a la salud derivado de una lesión corporal o psicofísica*.

En cuanto al daño moral, se dijo que se encuentra compuesto por el dolor, la aflicción y en general los sentimientos de desesperación, congoja, desasosiego, temor, zozobra, etc., que invaden a la víctima directa o indirecta de un daño antijurídico, individual o colectivo; se hizo una distinción en relación con el daño moral puede provenir de la muerte, de lesiones personales o de privación injusta de la libertad; y, en cada uno de estos tres casos se crearon unas tablas de topes indemnizatorios en salarios mínimos legales mensuales vigentes partiendo de 100 como el más alto hacia abajo, según el nivel de cercanía entre la víctima directa y los perjudicados en cinco niveles[158]. Por último, se precisó que en casos

---

155 Las apreciaciones y análisis de esta nueva subdivisión del daño inmaterial por parte del Consejo de Estado será analizada en el siguiente literal.

156 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 28 de agosto de 2014, exps. 26251, 27709, 28804, 28832, 31170, 31172, 32988 y 36149.

157 M'Causland, María Cecilia, *Tipología y reparación del daño inmaterial en Colombia*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2015, p. 29.

158 El nivel 1 comprende la relación afectiva, propia de las relaciones conyugales y paterno-filiales o, en general, de los miembros de un mismo núcleo familiar (primer de consanguinidad, cónyuges o compañeros permanentes o estables), y a este nivel le corresponde el tope indemnizatorio (100 smlmv). En el nivel

excepcionales, como la violación grave de derechos humanos, la indemnización puede ser mayor siempre y cuando se pruebe la gravedad de los hechos y sin que se pueda superar el triple de los máximos establecidos.

En materia de daño por afectación relevante a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados, no se dio una definición precisa pero se presume que se refiere a aquél creado por las sentencias del año 2011, es decir, *daño a cualquier otro bien, derecho o interés legítimo constitucional o jurídicamente tutelado que no esté comprendido dentro del concepto de daño corporal y que merezca una valoración e indemnización*, excluyendo la parte que se refería a *las tipologías tradicionales como el daño a la vida de relación o la alteración grave a las condiciones de existencia*.

En este caso se indicó que estos daños pueden reconocerse a petición de parte o de oficio; que se prefiere la compensación a través de medidas de reparación no indemnizatorias a favor tanto de la víctima directa como de su núcleo familiar más cercano (cónyuge o compañero permanente o estable y parientes hasta el primer grado de consanguinidad sin importar si la relación familiar es biológica, civil derivada de la adopción o "de crianza"); que las medidas de reparación integral no indemnizatorias operarán teniendo en cuenta la relevancia del caso y la gravedad de los hechos, con el propósito de reconocer la dignidad de las víctimas, reprobar las violaciones a los derechos humanos y concretar la garantía de verdad, justicia, reparación, no repetición y las demás definidas por el derecho internacional; y que en casos excepcionales cuando las mencionadas medidas no sean suficientes puede otorgarse una indemnización solo a la víctima directa hasta de 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Por último, en cuanto al daño a la salud el tribunal indicó que se reiteran la definición y las características dadas en la sentencia del 14 de septiembre de 2011, expediente 19031, y que además la indemnización estará sujeta a lo probado en el proceso y será única y exclusivamente para la víctima directa; que su cuantía

---

2 se ubica la relación afectiva propia del segundo grado de consanguinidad o civil (abuelos, hermanos y nietos), y a este nivel le corresponde una indemnización equivalente al 50% del tope indemnizatorio. El nivel 3 está comprendido por la relación afectiva propia del tercer grado de consanguinidad o civil y a este nivel le corresponde una indemnización equivalente al 35% del tope indemnizatorio. El nivel 4 comprende la relación afectiva propia del cuarto grado de consanguinidad o civil y este nivel corresponde una indemnización equivalente al 25% del tope indemnizatorio. Y el nivel 5 comprende las relaciones afectivas no familiares (terceros damnificados) y a este nivel le corresponde una indemnización equivalente al 15% del tope indemnizatorio.

En el caso de lesiones personales se ubica en el primer nivel también a la víctima directa y en el de privación injusta de la libertad se utiliza el número de meses de prisión para calcular la indemnización según los mismos niveles.

no podrá exceder de 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes según la gravedad de la lesión, para lo cual también se estableció una tabla que va de 10 a 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes; que dicha gravedad se refiere tanto a los aspectos funcionales y biológicos como a los psíquicos del ser humano, por lo cual el juez deberá considerar las consecuencias de la enfermedad o accidente que reflejen alteraciones del comportamiento y desempeño de la persona dentro de su entorno social y cultural, teniendo en cuenta las siguientes variables:

- la pérdida o anormalidad de la estructura o función psicológica, fisiológica o anatómica temporal o permanente;
- la anomalía, defecto o pérdida producida en un miembro, órgano, tejido u otra estructura corporal o mental;
- la exteriorización de un estado patológico que refleje perturbaciones de un órgano;
- la reversibilidad o irreversibilidad de la patología;
- la restricción o ausencia de la capacidad para realizar una actividad normal o rutinaria;
- los excesos en el desempeño y comportamiento dentro de una actividad normal o rutinaria;
- las limitaciones o impedimentos para el desempeño de un rol determinado;
- los factores sociales, culturales u ocupacionales;
- la edad;
- el sexo;
- las que tengan relación con la afectación de bienes placenteros, lúdicos y agradables de la víctima;
- las demás que se acrediten dentro del proceso.

Concluyó el tribunal afirmando que en casos excepcionales la indemnización puede ser superior a los 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes, hasta un tope de 400, siempre y cuando se acredite la gravedad y no se indemnicen perjuicios doblemente.

Como puede observarse, si bien en el documento de la Sección Tercera y en las ocho sentencias de unificación que lo aplican se alude de una nueva categoría de daño inmaterial relativa a la afectación relevante a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados, no se profundiza en su definición y solo se dan algunas características muy generales al respecto, que no alcanzan a explicar de manera profunda lo que se pretende reparar con ella, si tiene

carácter restrictivo o si abarca todos los derechos constitucionales, si incluye o no el daño a la vida de relación o la alteración a las condiciones de existencia, si puede aplicarse ante cualquier evento de violación a los derechos humanos teniendo en cuenta que las medidas reparadoras que acepta están inspiradas en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos o no, etc. Son muchas las dudas que quedan al respecto.

Algunas de las sentencias de unificación mencionadas reconocieron la afectación relevante a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados. Por ejemplo, en la sentencia correspondiente al expediente 26251[159], la Sección Tercera condenó al Estado a la realización de un acto público de reconocimiento de responsabilidad dentro de los hechos en que resultó fallecido el menor Iván Ramiro Londoño Gutiérrez y a la ubicación de una placa en un lugar visible de las instalaciones de la institución de la que se escapó, que permita recordar y conmemorar los hechos ocurridos, teniendo en cuenta que el menor murió tras fugarse del centro de rehabilitación en el que se encontraba por descuido de los empleados de este y que hubo fallas en su búsqueda.

Así mismo, tras el homicidio de dos jóvenes y la desaparición forzada de otros dos a manos de las Fuerzas Militares, en la sentencia correspondiente al expediente 32988 proferida por el consejero Ramiro Pazos, la Sección Tercera ordenó como medidas reparadoras por la afectación relevante a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados (familia, verdad recurso judicial efectivo): enviar copias auténticas de la totalidad del expediente a la Fiscalía General de la Nación para determinar no solo los responsables directos sino también los autores intelectuales de los hechos, remitir copia del expediente a la Comisión Nacional de Búsqueda de Personas Desaparecidas para que se accionen los mecanismos de su competencia, publicar en un periódico de amplia circulación nacional y en uno de amplia circulación local en el departamento de Antioquia los apartes pertinentes del fallo y rectificar la verdadera identidad de las víctimas con el fin de restablecer la dignidad, la honra, el buen nombre y la reputación de las familias, entre otras.

En este caso se explicó de manera un poco más profunda esta nueva categoría de daño y se dijo que se trata de un daño inmaterial que proviene de la vulneración o afectación de derechos contenidos en fuentes normativas diversas; que se trata de vulneraciones o afectaciones relevantes, las cuales producen un efecto dañoso, negativo y antijurídico a bienes o derechos constitucionales

---

159 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 28 de agosto de 2014, exp. 26251.

y convencionales; que es un daño autónomo porque no depende de otras categorías de daños, ni depende del agotamiento previo de otros requisitos; que la vulneración o afectación relevante puede ser temporal o definitiva; que la reparación de dicho daño tiene como objetivo restablecer plenamente a la víctima en el ejercicio de sus derechos; y que esa reparación está orientada a restaurar plenamente los bienes o derechos constitucionales y convencionales, de manera individual y colectiva; lograr no solo que desaparezcan las causas originarias de la lesividad, sino también que la víctima pueda volver a disfrutar de sus derechos en similares condiciones en las que estuvo antes de que ocurriera el daño; propender a que en el futuro la vulneración o afectación no se repita; y buscar la realización efectiva de la igualdad sustancial.

Se dijo además que la reparación del daño es dispositiva porque puede operar de oficio siempre y cuando aparezca acreditada su existencia y que se trata de un daño que se repara principalmente con medidas de carácter no pecuniario a pesar de que en casos excepcionales, a consideración del juez, puede otorgarse una indemnización, única y exclusivamente a la víctima directa, mediante el establecimiento de una medida pecuniaria hasta 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Por último, el tribunal afirmó que es un daño que requiere de un presupuesto de declaración, ya que debe existir una expresa declaración de responsabilidad del Estado por la existencia de un daño a bienes constitucionales y convencionales imputables a este, y se deben justificar y especificar las medidas de reparación integral adecuadas y pertinentes al caso.

En un reciente pronunciamiento de la Subsección B de la Sección Tercera del Consejo de Estado[160], con ocasión de la ocurrencia de la masacre del Alto de la Sarna, por primera vez desde su creación, dicha corporación extendió esta categoría de daños a la vulneración de otros derechos fundamentales distintos de aquellos cuya violación se había venido indemnizando hasta el momento (honra, buen nombre, intimidad), tales como el derecho a la vida, a la integridad personal, a la dignidad humana, a no ser objeto de tratos inhumanos o degradantes, así como a los derechos de los niños a la integridad, a tener una familia y a ser protegidos contra toda forma violencia física o moral, y a no ser sometidos a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. Puede ser este el inicio de un nuevo camino en el que empiecen a incluirse aquí otro tipo de derechos constitucional y convencionalmente protegidos, pero, se

160 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, 27 de agosto de 2019, exp. 44240, CP Alberto Montaña Plata.

reitera, aún no se ha visto ninguna sentencia en la que se incluyan los derechos de los pueblos indígenas.

C. El daño inmaterial causado a las comunidades indígenas, particularmente a la comunidad iku, con ocasión de la aplicación de la consulta previa y de la violación de sus derechos territoriales no encaja en las tipologías de daño inmaterial reconocido en Colombia

Si bien esta no es la oportunidad ni el escenario para formular críticas generales a la evolución del daño inmaterial en Colombia y a las nuevas tipologías que de él se están reconociendo hoy, teniendo en cuenta que la presente investigación ha estado enfocada específicamente en los daños no patrimoniales causados a las comunidades indígenas con ocasión de la consulta previa y de la violación de sus derechos territoriales, sí resultaba necesario realizar el análisis anterior con el fin de establecer si dichos daños pueden o no encuadrarse dentro de alguna de ellas. Debe tenerse en cuenta que existen dos factores importantes que valorar: por un lado las categorías de daño inmaterial reconocidas en Colombia, que, como se vio, son el daño moral, el daño a la vida de relación, el daño a la salud, la vulneración a derechos humanos fundamentales y el daño por vulneración a bienes constitucional y convencionalmente protegidos, que hacen referencia a afectaciones precisas que puede sufrir el ser humano; y, por otro, el sujeto pasivo o víctima de estos daños que tradicionalmente en el ordenamiento jurídico colombiano ha sido un sujeto individual.

Lo primero que debe tenerse en cuenta al respecto entonces, es que las comunidades indígenas han sido reconocidas tanto por el derecho internacional como por el ordenamiento interno como sujetos de derecho distintos de la persona natural o individuo, de la multiplicidad de sujetos que la componen y de la persona jurídica que conforma, y este es uno de los obstáculos más grandes a la hora de encuadrar los daños que sujetos de este tipo padecen. Al ser un sujeto de derecho debe reconocerse que si se vulneran sus derechos fundamentales esto acarrea un daño, y en Colombia, tal y como se ha visto a lo largo de este capítulo, ante la ocurrencia de un daño que la víctima no tenía por qué sufrir, éste debe repararse. Por otra parte, si bien al hablar de *comunidad* se entiende que se está haciendo referencia a un grupo de personas, a partir del reconocimiento mencionado no es posible hablar de daños colectivos sino de daños individuales padecidos por un sujeto determinado, que es la comunidad como tal. De este modo, se está hablando de un daño inmaterial que se le causa a un sujeto de derecho que no es un ser humano pero que tampoco puede

considerarse la sumatoria de varios seres humanos, sino un sujeto en sí mismo, que tiene un sentir propio y que padece daños inmateriales especiales que lo afectan independientemente de la afectación que se produzca también en cada uno de los miembros que lo componen individualmente considerados.

Por otra parte, el otro obstáculo de gran envergadura está en que dentro de esas categorías reconocidas no hay ninguna que contenga afectaciones de tipo cultural, espiritual, ancestral, religioso, místico o como quiera llamarse; en el ámbito de la responsabilidad civil se trata principalmente de categorías individualistas que atañen al dolor, la aflicción, la angustia del fuero interno de un ser humano o a su esfera exterior expresada en su salud o en sus relaciones sociales con los demás individuos pero que no alcanzan a cubrir este aspecto relacionado con la identidad cultural de una comunidad ancestral, ni con su sentir histórico ni con su relación con la tierra y la naturaleza, que va mucho más allá que la defensa de un ambiente sano. O, desde otros puntos de vista, se reconocen daños colectivos principalmente relacionados con este último aspecto pero que tampoco tienen correspondencia con aquello que se ha tratado de explicar en este escrito como ese sentir propio de una cultura que se comparte en su interior y que, si se lesiona, causa un daño que aquí no queda cubierto. Teniendo en cuenta lo anterior, se pasará a analizar categoría por categoría con el fin de establecer si alguna de ellas podría ser la adecuada para empezar a reconocer este tipo de daño.

En cuanto al daño moral, se ha visto que éste se refiere a la aflicción, al dolor y a la tristeza que pueden padecer un sujeto tras la ocurrencia de un evento negativo y que así se ha reconocido tanto en la jurisdicción civil como en la contenciosa. Se trata, entonces, de un daño que en principio se predica únicamente del ser humano como persona natural y aún se discute si puede predicarse o no de la persona jurídica. El profesor Juan Carlos Henao, por ejemplo, considera que ello no es posible teniendo en cuenta que las personas jurídicas en sí mismas no tienen cualidades humanas y por ende no tienen afecto ni pueden sentir dolor y la noción de *daño moral* está relacionada específicamente con este tipo de cualidades; sin embargo, hay otras posiciones en las cuales sí se reconoce esta posibilidad, tal y como ocurrió en una sentencia del Consejo de Estado del año 1994[161] en la que se indicó que las personas jurídicas sí pueden sufrir perjuicios morales referidos al campo del honor, del buen nombre y de las consideraciones sociales. En todo caso, aunque aún hay excepciones, en Colombia la regla gene-

161 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 18 de abril de 1994, exp. 7881.

ral es que no se reconoce daño moral a las personas jurídicas[162] precisamente por tratarse de un daño relativo al dolor y al sufrimiento y porque a la persona jurídica podrían reconocérsele otro tipo de daños.

Al hablar de *comunidad indígena* podría pensarse que se aplican las mismas observaciones hechas para la persona jurídica, es decir, que se si bien se trata de un sujeto de derecho, es un sujeto que no tiene sentimientos ni cualidades humanas y del que por ende no podría predicarse la existencia de un daño moral. Sin embargo, se ha visto en profundidad en las páginas anteriores que las comunidades indígenas –para el caso concreto, la comunidad iku– tienen una particularísima relación con el territorio basada en su cosmovisión y creencias ancestrales, que crea unos vínculos tan fuertes y especiales con este, que su vulneración implica para ellas la sensación de desaparecer, con la angustia que esto conlleva. Y no solo eso: además, al considerar que en su territorio se encuentran grabadas las normas de la Ley de Origen y que bajo la forma de piedras, árboles, montañas, ríos y demás elementos naturales sus dioses y padres ancestrales están representados en la tierra, cualquier afectación a los ellos genera dolor, rabia y una gran sensación de impotencia e incertidumbre frente a su futuro, además del miedo a la reacción de los dioses, que si bien son sentidos por cada uno de los miembros también terminan siendo una sensación generalizada que afecta a la comunidad entera.

Así mismo, se vio que su concepción de los recursos naturales implica que cada uno de ellos tiene un papel específico necesario para mantener la armonía y el equilibrio que debe existir entre la Madre Tierra y el mundo espiritual, de manera que su explotación indiscriminada y la violación de aquellos que son sagrados generan en la comunidad los mismos sentimientos de angustia, miedo, dolor, rabia e incertidumbre.

La alteración del orden sagrado impuesto por la Ley de la Madre, en cualquiera de sus manifestaciones, no solo afecta a cada individuo en su esfera privada, sino que genera la desarticulación de la comunidad como tal al verse asaltada por el miedo a la reacción de los dioses que puede materializarse en enfermedades y desastres naturales, por la angustia de desaparecer a causa del desplazamiento que puede generar un megaproyecto o de las consecuencias de estas iniciativas en sus actividades cotidianas y en su *modus vivendi* que siempre está relacionado con su tierra, por el dolor y la rabia que produce el ataque directo a sus dioses y Padres Espirituales representados en los elementos de la naturaleza, y por la frustración

---

162 Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 13 de abril de 2000, exp. 13342.

que genera el sentimiento de no ser tenidos en cuenta y de ser irrespetados en sus creencias más profundas.

Si se piensa en las anteriores consideraciones, podría decirse que lo cierto es que aunque en teoría cabría la posibilidad de aceptar que dentro de la comunidad afectada puede existir un sentimiento generalizado de aflicción, dolor, angustia y tristeza tras la violación de sus derechos territoriales con ocasión de la aplicación indebida de la consulta previa, tal y como se ha visto a lo largo del presente escrito, en la práctica la tipología de daño moral ha sido concebida de manera tal que resulta difícil encajar este sentimiento general en una figura consagrada para proteger el dolor individual. No resulta entonces posible encuadrar en el daño moral, que es tan íntimo y del interior del ser humano, aquel que sufre la comunidad indígena ante la violación de sus derechos fundamentales. Téngase en cuenta además que el daño que causan estas violaciones más que tristeza produce descomposición del orden de las cosas, desarmonías que luego se reflejan en fenómenos naturales, desconocimiento de las funciones de cada elemento de la naturaleza que causa desequilibrio social, político y cultural, incomunicación con los dioses por afectación de los lugares sagrados y de trabajo espiritual, irrespeto de los restos mortuorios de los antepasados que desata su furia, entre muchos otros que ya se mencionaron y que claramente no se identifican con el concepto de *daño moral*.

En materia de daño a la vida de relación, se indicó que éste corresponde a las afectaciones a la esfera exterior de quien lo ha padecido y que puede advertirse en el deterioro de su calidad de vida, en la pérdida o disminución de la capacidad de relacionarse con las personas y cosas, de disfrutar de su existencia o de realizar las conductas cotidianas o habituales, y que así fue reconocido hasta hace poco tanto por la Corte Suprema de Justicia como por el Consejo de Estado; es de tener en cuenta, además, que es un daño que puede provenir de diferentes hechos y no exclusivamente de una lesión corporal, tales como una injuria, un sufrimiento intenso o incluso de una afectación al patrimonio, situaciones todas que pueden afectar la vida social del individuo, entre otros; y que no se refiere solamente a la relación con las demás personas sino también a la modificación importante de cualquier aspecto de la vida y a la relación con las cosas del mundo.

Si se consideran las características anteriormente mencionadas, resulta que este también es un daño que ha sido concebido principalmente para reparar a la persona natural o al individuo en aquellos casos en los cuales se vean afectadas sus relaciones con los demás y con el mundo exterior, y por más que se pretenda asimilar la comunidad indígena a un sujeto de derechos, es muy difícil asimilarla a la persona como tal.

Las personas pueden ser víctimas de alteraciones en sus relaciones con las cosas del mundo o con los demás, mientras que las comunidades indígenas sufren daños no en sus relaciones sino en su interior al perderse la armonía con el territorio, con sus dioses y con sus ancestros, al romperse el equilibrio natural que dispone la Ley de Origen y al no permitirse la realización de las actividades religiosas tradicionales que mantienen la correlación de beneficios entre el mundo exterior y el plano espiritual, conceptos que tampoco parecen tener cabida en esta categoría.

Ante una violación al territorio bien sea porque los derechos sobre este no sean reconocidos, por la extracción de recursos naturales o por la realización de proyectos de infraestructura o de actividades para la explotación de ellos, como ya se ha visto, necesariamente se produce para la comunidad una alteración profunda en su relación con la tierra y sus recursos, en la realización de sus actividades cotidianas y en la capacidad a veces no solo de disfrutar sino de mantener su existencia. Alteración o daño que además está ligado al sentir colectivo y genera la pérdida de la capacidad de relacionarse de la misma manera con la naturaleza, de realizar las actividades rutinarias necesarias para su subsistencia, como cazar, cultivar, pescar y proveerse de los elementos necesarios para la realización de los pagamentos y rituales y para la elaboración de sus medicinas, de vivir de manera tranquila según su cultura y cosmovisión y llevar a cabo sus prácticas tradicionales, y cambia su manera de relacionarse con el resto del mundo al sentir amenazada su propia existencia. Igual que en el caso anterior, parce que esto va más mucho más allá del daño a la vida de relación de una persona.

En la práctica, como se vio anteriormente, si bien en la jurisdicción civil se sigue manteniendo esta categoría de daño, se ha aplicado siempre para reparar daños causados a personas naturales, y, en materia contenciosa, ésta desapareció y fue reemplazada por la de daño a la salud y la de daño inmaterial por afectación relevante a bienes o derechos convencional o constitucionalmente amparados. De este modo, tampoco puede decirse que el daño a la vida de relación sea la categoría dentro de la cual podrían encuadrarse los daños causados a las comunidades indígenas con ocasión de la aplicación de la consulta previa y de la violación de sus derechos territoriales.

Por último, en cuanto a los daños a los derechos fundamentales en la jurisdicción civil y al daño inmaterial por afectación relevante a bienes o derechos convencional o constitucionalmente amparados en la jurisdicción contenciosa, debe decirse que si bien estas categorías habrían sido tal vez las más apropiadas para encuadrar los daños causados a la comunidad iku y a las comunidades indígenas en general por la afectación a sus derechos territoriales y a la consulta previa, la manera en la que fueron concebidas tampoco lo permite.

En materia civil, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia del 5 de agosto de 2014 adicionó expresamente esta nueva categoría y la denominó *daño a los derechos humanos fundamentales como el buen nombre, la propia imagen, la libertad, la privacidad y la dignidad que gozan de especial protección constitucional*, y en el desarrollo de la explicación de ella indicó que se trata de daños a los derechos humanos fundamentales, a bienes personalísimos de especial protección constitucional que constituyen derechos humanos fundamentales, a los bienes esenciales de la personalidad subjetivos o fundamentales o a los bienes jurídicos esenciales del individuo.

De este modo, el alto tribunal nuevamente circunscribió de manera expresa esta nueva categoría a las personas naturales como tal sin tener en cuenta que existe un tipo de sujeto distinto, que son las comunidades indígenas, que también tienen derechos fundamentales, cuya vulneración genera consecuencias que deben ser reparadas, recalcando que se trata de agravios o lesiones que se causan a un derecho inherente al ser humano que el ordenamiento jurídico debe hacer respetar por constituir una manifestación de su dignidad y de su propia esfera individual. Además, circunscribió este tipo de daño a los derechos relacionados con la honra, el buen nombre y a la reputación y, ocasionalmente, la intimidad y la libertad; y concluyó diciendo que "no es el desconocimiento de cualquier interés personal el que justifica el resarcimiento integral en los términos del artículo 16 de la Ley 446 de 1998, porque el tipo de daño que se viene analizando solamente se configura cuando se violan ciertos derechos fundamentales que comprometen de modo directo la dignidad, tales como la libertad, la intimidad personal y familiar, la honra y el buen nombre", dejando por fuera los demás derechos constitucionales fundamentales y por ende aquellos de las comunidades indígenas relacionados con el territorio y la consulta previa.

Por su parte, en materia contencioso-administrativa empezó a hablarse de "daños a cualquier otro bien, derecho o interés legítimo constitucional o jurídicamente tutelado que no esté comprendido dentro del concepto de daño corporal y que merezca una valoración e indemnización a través de las tipologías tradicionales como el daño a la vida de relación o la alteración grave a las condiciones de existencia o mediante el reconocimiento individual o autónomo del daño (*v. gr.*, el derecho al buen nombre, al honor o a la honra, el derecho a tener una familia, entre otros), siempre que esté acreditada en el proceso su concreción y sea preciso su resarcimiento, de conformidad con los lineamientos que fije en su momento esta corporación"; y, en el 2014 se acogió la categoría de daño por afectación relevante a bienes o derechos convencional o constitucionalmente amparados, sin que se diera una definición concreta de los mismos sino solo algunos de sus elementos característicos, que vale la pena repetir, como por ejemplo que su indemnización

debe darse preferentemente a través de medidas reparadoras no pecuniarias salvo en casos excepcionales; que se trata de un daño inmaterial que proviene de la vulneración o afectación a derechos contenidos en fuentes normativas diversas; que se trata de vulneraciones o afectaciones relevantes, las cuales producen un efecto dañoso, negativo sobre bienes o derechos constitucionales y convencionales; que la vulneración o afectación relevante puede ser temporal o definitiva; que la reparación de dicho daño tiene como objetivo restablecer plenamente a la víctima en el ejercicio de sus derechos; y que esa reparación está orientada a restaurar plenamente los bienes o derechos constitucionales y convencionales, de manera individual y colectiva, a lograr no solo que desaparezcan las causas originarias de la lesividad, sino también que la víctima pueda volver a disfrutar de sus derechos en similares condiciones en las que estuvo antes de que ocurriera el daño, a propender a que en el futuro la vulneración o afectación no se repita y a buscar la realización efectiva de la igualdad sustancial.

De los elementos mencionados podría inferirse que esta sería la categoría de daño inmaterial en la que sería posible encuadrar finalmente los daños objeto de la presente investigación, teniendo en cuenta que no se hace una referencia tan explícita como en los casos anteriores al individuo o al ser humano, que los derechos al territorio y a la consulta previa son derechos fundamentales del sujeto comunidad indígena protegidos tanto por la Constitución Política como por el derecho internacional y que, tal y como se ha visto, su vulneración tiene consecuencias que producen daños inmateriales a la comunidad.

El problema radica en que, en primer lugar, sobre esta nueva categoría solo se dan en la jurisprudencia que la crea algunas características muy generales que no alcanzan a explicar de manera profunda lo que se pretende reparar con ella, si ésta tiene carácter restrictivo o si abarca todos los derechos constitucionales, y si puede aplicarse ante cualquier evento de violación a los derechos humanos teniendo en cuenta que está inspirada en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; en segundo lugar, se afirma que este daño no se refiere a la lesión misma del derecho fundamental sino a sus consecuencias, pero las sentencias de unificación que lo desarrollan no hacen particular referencia a estas sino solo a la lesión como tal[163], de manera que no queda claro qué es exactamente lo que se pretende cobijar dentro de esta tercera categoría; y, en tercer lugar, al ser tan difícil comprender los alcances de esta categoría tampoco resulta posible que sea aquella destinada a comprender los daños causados a las comunidades indígenas

163 M'Causland, María Cecilia, *Tipología y reparación del daño inmaterial en Colombia*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2015, pp. 39-44.

con ocasión de la consulta previa y de la afectación de sus derechos territoriales, porque si bien estos son derechos relevantes y están convencional y constitucionalmente protegidos no se ha planteado aún esta posibilidad en la jurisprudencia.

Por otra parte, si se retoma lo dicho antes, la única ventaja que tendría esta categoría sobre las otras en materia de comunidades indígenas es que no hace una referencia expresa al individuo, pero, por lo demás, si lo que se pretende reparar con ella son las consecuencias de la afectación al derecho, éstas, como ya se dijo, también encajarían dentro el daño moral y del daño a la vida de relación; y en cuanto a las medidas reparatorias, éstas también pueden ordenarse para reparar los daños inmateriales tradicionalmente reconocidos tal y como se viene haciende desde el año de 1922 cuando se ordenó la construcción de un monumento para honrar la memoria de la esposa del señor Villaveces.

Visto lo anterior no queda más que concluir que efectivamente, en la práctica, los daños inmateriales causados a las comunidades indígenas, y en particular a la comunidad arhuaca de la Sierra Nevada de Santa Marta, con ocasión de la aplicación errónea de la consulta previa o de la vulneración de sus derechos territoriales, no encajan en ninguna de las categorías de daño inmaterial actualmente reconocidas por el ordenamiento jurídico colombiano; aunque en teoría no sería descabellado pensar éstos podrían caber tanto en el daño moral como en el daño a la vida de relación teniendo en cuenta que se trata de daños individuales causados a un sujeto de derecho, e incluso en el daño por afectación relevante de bienes y derechos convencional y constitucionalmente protegidos si éste hubiera sido concebido de manera clara y no hubiera dejado en el aire tantas dudas y confusiones.

Puede concluirse asimismo que la insuficiencia del sistema de responsabilidad civil frente a este tipo de daños se deriva de esta imposibilidad de adecuarlos en las categorías existentes de daño inmaterial y no en la dificultad de su reparación, ya que, como se ha visto, el ordenamiento nacional no tiene ni ha tenido problema en reconocer todo tipo de medidas indemnizatorias, reparatorias, resarcitorias, satisfactorias, garantías de no repetición e incluso cesación del ilícito, teniendo en cuenta que lo que se busca siempre es la reparación integral.

Tal vez es por estas razones por lo que en materia de daños inmateriales causados a las comunidades indígenas no ha habido desarrollo jurisprudencial ni en la jurisdicción civil ni en la contenciosa y ha sido la Corte Constitucional la encargada del asunto a través de la acción de tutela como acción de responsabilidad civil[164].

---

164 Henao, Juan Carlos, *La acción de tutela y la responsabilidad extracontractual del Estado*. Homenaje a Fernando Hinestrosa. Treinta años de rectorado, *Liber amicorum*. Estudios y temas, Universidad Externado

De este modo, tanto desde el punto de vista del sujeto pasivo o víctima del daño como desde el punto de vista del contenido de él, se encuentran aún enormes dificultades a la hora de reconocer y reparar el daño inmaterial causado a las comunidades indígenas y especialmente a la comunidad iku, en la que tal y como se pudo ver, todo lo que sucede dentro de su territorio afecta profundamente su cosmovisión y la posibilidad misma de su pervivencia, porque todo está interconectado. Las intervenciones inconsultas producen el agotamiento de los recursos naturales, la imposibilidad de realizar los pagamentos y la destrucción de los cerros, los mares y demás elementos del ecosistema, y todos los espacios muertos consumen mayor energía y llevan lentamente al desequilibrio, a la enfermedad y finalmente a la muerte y a la extinción de la cultura.

---

de Colombia, Bogotá, 1993. En este artículo el autor considera que los requisitos y los elementos de la responsabilidad civil están presentes en la tutela ya que en ésta también se debe establecer un daño por la vía de la amenaza, probar la certeza de la existencia de la misma, imputársela a alguien y encontrar un fundamento para que se obligue a que cese esa amenaza y no se convierta en lesión definitiva, y que los elementos estructurantes de la acción son los mismos tanto en la tutela como en la reparación directa porque la acción de tutela, en el fondo, también es una acción de responsabilidad civil con la única diferencia de que el daño se presenta en forma de amenaza mientras que en la reparación directa se presenta como daño consumado.

Lo primero que debe tenerse en cuenta al momento de estudiar o investigar sobre materias relacionadas con comunidades indígenas en Colombia es que generalmente ellas se encuadran en una realidad distinta de aquella que se vive en el mundo no indígena, donde muchas veces los conceptos y significados son diferentes de aquellos que se manejan por fuera de ellas y donde no necesariamente se pueden realizar comparaciones con el mundo exterior ni pretender aplicar de la misma forma las normas y los sistemas del ordenamiento jurídico existentes, precisamente por las diferencias que pueden llegar a existir en la comprensión de los lenguajes y en la aplicación de los significados.

La extrema inaccesibilidad que caracterizó a la Sierra Nevada de Santa Marta hasta mediados del siglo XIX trajo consigo una enorme dificultad para conocer su naturaleza y las características de su población. Por tal razón solo existen algunos estudios aislados al respecto, como los del geógrafo y geólogo alemán Wilhelm Sievers y algunas investigaciones realizadas por Elisée Reclus y Gerardo Reichel-Dolmatoff. Sin embargo, actualmente la situación es muy distinta y el acceso tanto a la comunidad arhuaca como a sus territorios se ha facilitado ampliamente, pero aún es necesario un contacto directo con sus miembros para estar seguros de no incurrir en errores en cualquier asunto que a ellos ataña, porque son escasos los documentos escritos que describen su cultura ya que ellos mismos son reacios a develar sus secretos ancestrales y prefieren mantener la tradición oral que los ha identificado.

En cuanto al origen de la nación arhuaca, la teoría más acogida es aquella según la cual al llegar los conquistadores al territorio que hoy corresponde a la costa Caribe del Estado colombiano, encontraron allí a los indígenas tayronas, de quienes los arhuacos o iku y las otras tres comunidades que habitan actualmente en la Sierra, es decir, los kogui, los kankwamo y los wiwa, serían descendientes directos, que habitaban en la Sierra Nevada de Santa Marta desde el mar Caribe hasta las cumbres nevadas del *Gonavindua* (hoy pico Simón Bolívar) y del *Aloglue* (hoy pico Cristóbal Colón).

Tras la llegada de los españoles y la Conquista, los tayronas tuvieron que emprender la huida y abandonar los territorios que ocupaban en las partes más bajas de la Sierra; por ende, teniendo tuvieron que acostumbrarse a vivir en cotas más altas y adoptar una nueva alimentación, y perdieron el acceso a las zonas ubicadas a nivel del mar, los sitios sagrados que allí se encontraban y los materiales y recursos naturales que utilizaban para sus rituales, medicina, cocina y vestido.

Después de la independencia y el inicio de la República, tanto los iku como los demás indígenas del país permanecieron en el anonimato absoluto y fueron considerados animales, salvajes, seres sin alma e inimputables absolutos. De hecho, en ninguna de las constituciones políticas que rigieron en Colombia a partir de la independencia, incluida la de 1886, se hace referencia alguna a ellos como sujetos de derecho. Esto, en cierta medida fue positivo para ellos, en cuanto a que pudieron recuperar gran parte de su espacio en las partes bajas de la Sierra y empoderar su cultura, pero, por otra parte, fue negativo porque eran tratados con desprecio y la actitud frente a ellos era la de oprimirlos para igualarlos a los no indígenas con el fin obtener un Estado uniforme y poder acceder a sus territorios como podía hacerse en el resto del país.

En 1850 se dio inicio a una nueva invasión en la Sierra Nevada de Santa Marta por parte de exploradores antropólogos y luego por personas movidas por intereses religiosos y económicos. En este contexto, se expidió la Ley 89 de 1890 cuyo título era "la manera como deben ser gobernados los salvajes que vayan reduciéndose a la vida civilizada", con el fin de acabar con la figura de los resguardos y lograr que poco a poco los indígenas fueran entrando a formar parte de la sociedad civil sin ningún tipo de diferencia. Esta ley, sin embargo, terminó siendo la única herramienta con que contaron por muchos años los indígenas para proteger sus territorios y la figura de los resguardos coloniales.

En este contexto, y tras la solicitud por parte de la comunidad iku para que se enviaran a sus territorios algunos maestros que pudieran enseñarles español y matemáticas con el fin de facilitar sus relaciones con los no indígenas y evitar los engaños y abusos, en 1916 el presidente José Vicente Concha envió un grupo de misioneros capuchinos con quienes había firmado un contrato llamado Convenio de Misiones. En cumplimiento de dicho contrato, los capuchinos construyeron una escuela de grandes dimensiones y cuatro años después su función principal se convirtió en atropellar la cultura indígena y prohibir la difusión de ella. Muchas familias escaparon de sus hogares nuevamente, internándose en las montañas tal y como lo hicieron sus antepasados en épocas de la Conquista, esta vez para proteger a los niños y escapar del régimen de esta comunidad religiosa que había sido enviada por el propio gobierno, y para protegerse a sí mismos, ya que se volvió frecuente el asesinato de los mamos. Muchos de los éxodos de la población por causa de la misión capuchina permitieron que ésta se apropiara de gran parte de sus territorios y solo en 1983 la comunidad y sus autoridades se tomaron de manera pacífica la casa de dichos sacerdotes y éstos tuvieron que abandonar finalmente la zona, después de dejar estragos irreparables.

De este periodo y a causa de los constantes intentos de aculturación surgió en 1944 la Liga de Indígenas de la Sierra Nevada con el fin de contar con

un mecanismo organizado para empezar a defender sus intereses de manera contundente, que dejó de funcionar poco tiempo después porque las presiones fueron demasiado fuertes. Sin embargo, en 1972 ésta se reorganizó y se instauró el Cabildo Gobernador como nueva forma de gobierno interno para proteger los intereses de la comunidad indígena y estar unidos contra los atropellos, y en 1983 se creó la Confederación Indígena Tayrona (CIT), que aún está en funcionamiento como directiva de la comunidad, es muy activa y tiene su sede en Valledupar.

La comunidad arhuaca o iku habita en la en la vertiente sur y suroccidental de la Sierra Nevada de Santa Marta, su principal asentamiento y capital religiosa y política es Nabusímake, y considera que su territorio ancestral comprende todo aquello que se encuentra en el interior de la Línea Negra pese a que ha perdido una gran parte de él principalmente en las partes bajas de la montaña y el nivel del mar. Los resguardos arhuacos oficialmente reconocidos hasta la fecha son el Resguardo Arhuaco de la Sierra, el Resguardo Arhuaco de Businchama y el Resguardo Kogui-Malayo-Arhuaco, bajo esta figura colonial de la que hoy solo se mantiene el nombre. Además hay una serie de pueblos talanquera, que son asentamientos arhuacos que se ubican en las partes fronterizas de los resguardos y que tienen como finalidad preservar el territorio ancestral y alejarlo de los riesgos y amenazas provenientes de afuera.

El municipio de Pueblo Bello es el más cercano a Nabusímake y a los demás asentamientos arhuacos en el Cesar, allí conviven y coinciden dos culturas diferentes: arhuacos y ciudadanos no indígenas. Si bien se trata de un lugar de contrastes, el 83% de la población de Pueblo Bello es arhuaca y hasta el año de 1997 no existía como municipio; sin embargo, la ordenanza número 037 de 1997 ordenó su creación como tal, atentando contra los derechos fundamentales de los indígenas porque para su conformación no se realizó la respectiva consulta previa, pese a que parte del territorio del nuevo municipio había sido reconocido como territorio indígena mediante las resoluciones 078 de 1983 y 032 de 1996, proferidas por el Incora. Tras la interposición de una acción de tutela por parte de la comunidad iku, la Corte Constitucional, en una sentencia bastante desafortunada, denegó la protección de los derechos invocados por considerar que existían otros mecanismos de defensa judicial tales como la acción popular y la vía contencioso-administrativa, sin hacer mención del derecho fundamental a la consulta previa.

El territorio en el que habitan los arhuacos presenta condiciones geográficas y naturales muy favorables; se trata de una zona que no solo cubre todos los pisos térmicos, lo cual implica la posibilidad de cualquier proyecto agrícola, sino que además es una zona rica en agua, fauna y flora de todo tipo, extensísimas playas, recursos mineros y maravillosos paisajes. Por esta razón, allí confluyen todo tipo

de intereses, aquellos de grandes inversionistas interesados en la construcción de megaproyectos turísticos, de hacendados y agricultores, del Estado para la realización de hidroeléctricas, explotación minera, entre otros, e incluso de los delincuentes para el cultivo de marihuana, amapola y coca.

Lo anterior se contrapone a la visión que tienen los arhuacos sobre el territorio. En la cultura arhuaca la filosofía y la espiritualidad son parte fundamental del día a día, la relación existente entre lo sagrado (lo espiritual) y lo profano o terreno (la política y el derecho) es sumamente estrecha, y según su tradición cultural, el pueblo arhuaco fue creado con una misión, unas leyes propias y un territorio delimitado para la eternidad. Para ellos, el territorio de la Sierra Nevada en su conjunto es un espacio sagrado por ser un resumen vivo de la diversidad del universo, cada elemento de la naturaleza dentro de la Sierra representa tanto las cosas del mundo como a los Padres Espirituales, a los diferentes dioses y a cada una de las normas de la Ley de Origen.

Para ellos la Sierra Nevada de Santa Marta es el corazón del mundo y tienen la convicción de que la naturaleza, los seres humanos y la sociedad son una unidad en sí misma y están regidas por una sola Ley Sagrada, que es inmutable, preexistente, primitiva y sobreviviente a todos y a todo. La Ley de Origen constituye el pensamiento universal de lo no manifiesto y da origen a la creación de la materia y a su evolución, equilibrio, preservación y armonía. Se trata de una ley que rige todos y cada uno de los movimientos y actuaciones tanto de la naturaleza como de los seres humanos y que se encuentra plasmada en esta y en la memoria de los mamos, razón por la cual es fundamental mantener los elementos de la naturaleza en su lugar ya que así fueron dispuestos por ella y además, de su interpretación se derivan los postulados que ella consagra.

Según la Ley de Origen la función principal de los iku es cuidar la Sierra y todo lo que en ella se encuentra para, así mismo, cuidar el resto del mundo y mantener su armonía y equilibrio. Los mamos son los encargados de conocer, comprender, interpretar y transmitir los principios de esta ley al resto de la comunidad y de realizar los trabajos o "pagamentos" necesarios para restablecer el orden cuando éste se haya alterado. De aquí que, dentro de los centros poblacionales en los cuales se ha organizado la comunidad iku, éste sea el objetivo del día a día a través de la conservación de las costumbres, la realización de las prácticas ancestrales, la protección de los recursos naturales y del medio ambiente y el rechazo a las prácticas no indígenas y su modo de vida que, aunque inevitablemente ha permeado la originalidad de su cultura, en la mayor parte de sus aspectos les resulta ajeno. Los mamos son los grandes protectores de la Tierra, de sus habitantes humanos y de los no humanos, representados en los lugares sagrados que permiten la comunicación constante con los dioses; y, ade-

más, tienen el derecho y la capacidad de influir, a través de rituales religiosos, en cada una de las decisiones que toma cada miembro de la comunidad, incluso en tratándose de decisiones íntimas y personalísimas. En materia colectiva, ninguna decisión interna ni externa (decisiones relativas a las relaciones con el Estado y los hermanos menores) se toma sin que el consejo de mamos haya proferido su aprobación y haya dado las directrices necesarias para implementarla ya que los mamos son además los jefes políticos en la comunidad.

Esta misma ley es además aquella que le indica a cada arhuaco el modo según el cual debe relacionarse con los elementos del mundo: según ella, cada individuo tiene un derecho y un deber frente a los demás hombres y componentes de la naturaleza: el derecho a no ser dañado y el deber de no dañar, y en el caso en el cual se reciba un daño, la Ley de la Madre indica que no se debe guardar rencor ni buscar venganza, sino simplemente realizar los trabajos necesarios para restablecer la armonía y el equilibrio. El universo y todo lo que hay en él es una cadena de correlaciones de materia a espíritu y de espíritu a materia que permiten el equilibrio y la convivencia, y dentro de esta concepción de relaciones los no indígenas abastecen materialmente a los indígenas de algunos elementos necesarios, por lo cual éstos deben hacer pagamentos, y los indígenas procuran mantener la armonía del mundo para que todos, también los no indígenas, puedan vivir en la Tierra.

La correlación de beneficios se refleja en todo el funcionamiento de la naturaleza y en las relaciones de los seres humanos. El sistema jurídico de los arhuacos tiene como fundamento la filosofía religiosa anteriormente descrita, el principio básico para hacer justicia corresponde a la búsqueda de la causa del problema, causa que podrá encontrarse o bien en los pensamientos y comportamientos del culpable o bien en aquellos de sus ancestros. Será delito todo aquello que infrinja la Ley de la Madre, es decir, todo comportamiento que rompa el equilibrio de la armonía universal. Una vez encontrada esta causa deberá restablecerse el equilibrio roto a través del mamo y de los trabajos o pagamentos que él determine que se deban realizar.

Los iku consideran que la Sierra Nevada de Santa Marta es como un cuerpo humano en el que la cabeza son los picos nevados, las lagunas de los páramos son el corazón, las venas y arterias son los ríos y quebradas, los huesos son las rocas, los músculos son las capas de tierra y el pelo y las vellosidades son las palmas y los pajonales; así, la filosofía común de la Sierra se basa en la vida y la fertilidad expresadas en el agua de las nieves, el mar, los ríos, las quebradas y las lluvias, como elementos femeninos, y en los cerros y los árboles, como elementos masculinos. De este modo, toda la geografía de la Sierra es sagrada para ellos y cualquier intervención externa en ella genera daños gravísimos tanto

para la comunidad y su cultura como para el mundo en general. Tanto es así, que la violación de su territorio ancestral y de los lugares sagrados por parte del Estado o de los particulares implicaría la lenta desaparición de su cultura.

La organización política en la cultura iku está estrechamente ligada a la espiritualidad. La organización política tradicional es la base del funcionamiento de la comunidad, pero en aras de proteger sus derechos frente al Estado y a la sociedad, han creado además una serie de autoridades civiles semitradicionales encargadas de mantener contacto permanente con el mundo exterior. En dicha organización se encuentran las siguientes autoridades, en orden de importancia: la Madre o Ley de Origen, los Padres y Madres espirituales y los ancestros en el mundo espiritual; y luego, los mamos, la Asamblea General, el cabildo gobernador, el secretario general y el tesorero, los comisarios, cabos y semaneros, las autoridades centrales de Nabusímake y las autoridades regionales.

En cuanto a las condiciones actuales en las que se encuentra la comunidad, lo primero que debe decirse es que si bien a partir de la expedición de la Constitución Política de 1991 se elevó a rango constitucional el reconocimiento y respeto de los pueblos indígenas y sus derechos, y hoy se reconoce su derecho al territorio, a la autonomía, a la justicia propia, a la participación mediante la consulta previa, al respeto de su cosmogonía, a la supervivencia como grupo diferenciado, a la propiedad de sus tierras y a la administración de los recursos naturales que existen en ellas, al autogobierno y a la identidad e integridad cultural, aún son muchas las problemáticas a las que deben enfrentarse.

Los inconvenientes de mayor envergadura en términos de violación de derechos de los indígenas iku provienen, por un lado, del conflicto armado que vive Colombia. para lo cual se tomaron importantes medidas por parte de la Corte Constitucional en el auto 004 de 2009, y, por el otro, de la dificultad que tienen para lograr que sus territorios sean respetados y permanezcan libres de las intervenciones del "hermano menor"; en segunda medida, se han visto afectados por otro tipo de problemas atinentes a la evangelización religiosa, la salud, la educación y el saneamiento de necesidades básicas tales como electricidad, acueducto y alcantarillado.

En cuanto a las problemáticas territoriales, estas se derivan principalmente de los conflictos socioculturales provenientes de la visión de los *bunachi* de controlar el territorio y promover el desarrollo económico y la concepción que tienen los pueblos indígenas y en particular el pueblo iku de su territorio ancestral como base de su existencia, historia y cultura. Para éste el territorio es un ser vivo con un componente espiritual y otro físico, es allí donde se desarrollan su cultura, su conocimiento ancestral, las relaciones sociales, culturales y espirituales, y todo aquello que constituye la base de su supervivencia; es el

elemento sagrado concedido por los Padres espirituales, donde se origina la vida y confluye la existencia de todos los seres; es el escenario donde se desarrolla e interpreta la Ley de Origen con el fin de lograr la armonía y el equilibrio entre los humanos, la naturaleza y el universo en general; el territorio es un código que contiene la normatividad que regula cada elemento de la naturaleza y que garantiza la permanencia de la vida.

El territorio ancestral está conformado por un sistema de hitos sagrados, tanto terrestres como aéreos y acuáticos, que están interconectados entre sí y donde surgió y se mantiene la cultura de sus habitantes. Estos hitos conforman un campo magnético, tal como el cuerpo humano, por lo cual cada uno de sus puntos tiene una función energética específica que no debe ser alterada, ya que del funcionamiento de estas energías depende el comportamiento de la naturaleza y de los seres humanos. La contaminación energética y espiritual tiene un efecto destructor de la biodiversidad en la Sierra y en el universo, prácticas como la minería, la tala de árboles y en general la explotación de recursos naturales genera un desequilibrio con consecuencias tan graves como el calentamiento global, la deforestación, las enfermedades, los conflictos y las guerras entre los pueblos y las naciones.

La lucha más importante de los iku históricamente ha sido la defensa, protección, recuperación y el control del territorio ancestral y de todos los elementos y manifestaciones naturales que en él existen dentro de los límites de la Línea Negra, razón por la cual han luchado, como las demás comunidades del país, por mantener la figura del resguardo. El límite territorial de la Línea negra fue reconocido por primera vez por parte del Estado colombiano mediante la Resolución 02 de 1973 del Ministerio de Gobierno (hoy Ministerio del Interior), como demarcación del territorio ancestral de los pueblos indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta, modificada posteriormente por la Resolución 837 de 1995, proferida por la misma entidad, en la que se reconocieron como sagrados 53 hitos periféricos. Sin embargo, para los arhuacos, la Línea Negra no debe entenderse como una simple frontera sino como el límite establecido por los padres superiores desde donde inicia el territorio ancestral y desde donde los iku deben cumplir su misión principal: la defensa y protección del corazón del mundo. Además, pese a que dicho límite se encuentra reconocido, en la práctica no impidió que la comunidad perdiera gran parte de los territorios que allí se encuentran, razón por la cual se está impulsando un proyecto de decreto que reconozca la totalidad de los hitos sagrados que la conforman y varias acciones para el saneamiento de los resguardos.

Pese a que La Constitución Política de 1991 le otorgó rango constitucional al resguardo indicando que es de propiedad colectiva, inajenable e inembargable;

a que el Decreto 2164 de 1995 indicó que el resguardo es una institución legal y sociopolítica de carácter especial, conformada por una o más comunidades indígenas, que con un título de propiedad colectiva goza de las garantías de la propiedad privada, poseen su territorio y se rigen para el manejo de éste y su vida interna por una organización autónoma amparada por el fuero indígena y su sistema normativo propio; y a que el Convenio 169 de la OIT, ratificado en Colombia con la Ley 91 de 1993, les reconoció el derecho de propiedad y posesión a los pueblos indígenas sobre los territorios o tierras que tradicionalmente han ocupado, se siguen presentando violaciones territoriales en las comunidades y no ha sido posible que el Congreso expida la ley sobre consulta previa ni aquella relativa a las entidades territoriales indígenas. Esta figura crearía seguridad jurídica en cuanto al territorio que les corresponde, a sus derechos y a sus funciones propias dentro de dicho territorio, y resultaría vital para la superación de la figura del resguardo colonial, en pro de un real pluralismo jurídico que acabe con las relaciones de dependencia que actualmente existen entre éstos y los municipios a los que pertenecen geográficamente, por ejemplo en materia de Sistema Nacional de Participaciones y de explotación de recursos naturales.

Una de las problemáticas territoriales más complejas ha sido la explotación de los recursos naturales en el territorio ancestral y la instalación de infraestructura para el desarrollo de diferentes proyectos sin el cumplimiento cabal de las consultas previas, razón por la cual es fundamental, por un lado, la creación de ley estatutaria correspondiente y, por otro lado, que en la creación de dicha ley sean tenidos en cuenta los planteamientos de las comunidades indígenas al respecto ya que a raíz de su falta de regulación y de su aplicación deficiente se causan daños a las comunidades indígenas, en especial desde el punto de vista del daño inmaterial, que difícilmente se reparan porque el sistema de responsabilidad civil colombiano aún no los contempla.

Para comprender los daños que se les causan a las comunidades indígenas y en particular a la comunidad indígena iku, con ocasión de la aplicación de la consulta previa y de la violación de sus derechos territoriales fue necesario estudiar de manera detallada el marco normativo y jurisprudencial tanto nacional como internacional de la consulta previa, y analizar el concepto y significado de esta dentro del ordenamiento jurídico colombiano y aquel que tiene en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como el de su concepto y significado dentro de la comunidad arhuaca, para luego hacer referencia al denominado "protocolo de consulta previa" y a las principales contradicciones existentes entre las concepciones arhuaca, colombiana e interamericana de esta figura y de sus efectos. Lo anterior, teniendo en cuenta que si bien la consulta previa fue diseñada como un derecho-mecanismo para

delimitar y proteger los derechos de las comunidades indígenas y para lograr que la participación de estas en la toma de las decisiones que les conciernen sea efectiva, sus objetivos se han desviado y se ha convertido, las más de las veces, en un requisito formal que de ser cumplido abre las puertas para todo tipo de intervenciones en los territorios ancestrales indígenas.

Actualmente los ordenamientos jurídicos internos, en materia indígena y de consulta previa, están cada vez más llamados a aplicar normas supranacionales teniendo en cuenta además que por lo general aquellos y específicamente el ordenamiento jurídico colombiano se caracterizan por la escasez de normatividad al respecto, el desorden de la existente y su dispersión e incertidumbre. El desarrollo legislativo y jurisprudencial de estos temas en el derecho local ha sido deficiente.

En el campo del derecho internacional existe un instrumento internacional específico que regula la consulta previa y se trata del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, pero además de éste se cuenta con los pronunciamientos de la Comisión de Expertos en Aplicación de convenios y recomendaciones de la OIT (CEACR), la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), los pronunciamientos emitidos por el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (Comité de Derechos Humanos), por el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CEDR), por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC), por el Relator Especial de las Naciones Unidas sobre los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de los Pueblos Indígenas y, por último, con las recomendaciones del Foro Permanente para Cuestiones Indígenas de las Naciones Unidas (Foro Permanente).

Por otra parte, se encuentran los pronunciamientos y sentencias de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que son vinculantes para los estados que han ratificado la Convención Interamericana de Derechos Humanos, el Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas de la Organización de Estados Americanos (Proyecto de la OEA) y las directrices de organismos multilaterales como el Banco Mundial y el Banco Interamericano que no son vinculantes, pero, a pesar de ello, fijan algunos estándares sobre consulta previa que influyen en la decisión de otorgar préstamos a aquellos.

Los instrumentos internacionales más importantes son el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de los Derechos de los Pueblos Indígenas de la ONU. El primero establece que todos los estados en los que haya presencia indígena deben, de la mano con las comunidades, desarrollar una acción coordinada y

sistemática con miras a proteger los derechos de dichos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad, derechos, valores y costumbres; y que los gobiernos deben consultar a los pueblos interesados cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarlos directamente; establecer los medios con los cuales éstos podrán participar libremente en la adopción de decisiones y en los procesos de elección de organismos administrativos y de otra índole responsables de las políticas y los programas que les conciernan; y establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de aquellos. Además, ordena que las consultas se efectúen de buena fe y de una manera apropiada al contexto específico para llegar a acuerdos o lograr el consentimiento sobre las medidas propuestas.

El Convenio establece también que dichos pueblos deben participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarlos directamente, atinentes al mejoramiento de sus condiciones de vida, de trabajo, de salud y de educación; que se debe velar por que siempre se evalúe la incidencia social, espiritual, cultural y sobre el medio ambiente que las actividades de desarrollo puedan tener sobre esos pueblos; y que los resultados de dichos estudios deben ser considerados criterios fundamentales para la ejecución de las actividades propuestas.

Lo anterior, teniendo en cuenta que los estados parte deben reconocer el derecho de propiedad y posesión sobre las tierras que han ocupado tradicionalmente las comunidades indígenas y tomar las medidas necesarias para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar las tierras que no están exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que han tenido acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia; así mismo, proteger los derechos de los pueblos indígenas a los recursos naturales existentes en sus tierras permitiendo que ellos participen en su utilización, administración y conservación, aunque éstos pertenezcan al Estado, mediante la consulta previa, con el fin de determinar si sus intereses se verían perjudicados, y, de ser así, en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier tipo de explotación. Y que las comunidades indígenas no deben ser trasladadas de las tierras que ocupan y solo de manera muy excepcional, si se considera necesario el traslado y reubicación de ellas, éste solo podrá efectuarse con su pleno consentimiento libre e informado, y teniendo en cuenta que deben tener derecho al retorno, y que si éste no es posible, deberán recibir tierras cuya calidad sea por lo menos igual a la de las tierras que ocupaban anteriormente o, si lo prefieren, una indemnización plena en dinero o en especie.

La Guía de Aplicación del Convenio 169 indica que los estados deben celebrar consultas previas, con el objetivo de lograr el acuerdo o consentimiento

de los pueblos indígenas afectados con la medida propuesta. Así, junto con la realización conjunta de los estudios necesarios de impacto ambiental, cultural, social y espiritual, y antes de autorizar actividades de exploración o explotación de recursos, la consulta debe ocuparse de determinar los posibles daños o perjuicios que se les pueden causar a los pueblos indígenas. Si se determina que se les producirán daños, será necesario empezar un diálogo para determinar la naturaleza y alcance de estos; y si luego de la consulta se determina que debe continuarse con el proyecto, será necesario iniciar una nueva etapa de consulta para establecer cómo los pueblos indígenas podrán participar en los beneficios del desarrollo, así como la compensación por los daños que resultarán de las actividades propuestas.

Por su parte, la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas del año 2007 incorpora el principio no solo de consulta sino de consentimiento libre, previo e informado tanto para el traslado de grupos indígenas de sus tierras como para la adopción y aplicación de medidas legislativas y administrativas que puedan afectarlos directamente, explotación de recursos naturales y otras situaciones; y les ordena a los estados reparar todos los daños causados a los bienes intelectuales, culturales o espirituales que los grupos indígenas hayan sufrido con ocasión de proyectos realizados sin su consentimiento. Además, reitera sus derechos a la igualdad, a la diversidad étnica, a la libre determinación, a los derechos colectivos indispensables para su supervivencia, a su cultura y tradiciones espirituales, y se concentra en la protección de su derecho fundamental al territorio, a la participación en las decisiones que les conciernan y a dar su consentimiento previo, libre e informado cuando ello sea necesario, teniendo en cuenta la especial relación cultural, espiritual y de supervivencia que existe entre las comunidades y sus territorios ancestrales.

Con base en estos documentos y en los demás expedidos por organismos internacionales, puede afirmarse que la tendencia internacional incluso desde el punto de vista de las empresas privadas es ya no solo la realización de procesos de consulta previa en todos los eventos que ésta sea necesaria, sino además la propensión a la obtención del consentimiento previo libre e informado de las comunidades indígenas para aquellas intervenciones legislativas o administrativas que puedan involucrarlos. Sin embargo, aún falta camino para alcanzar estos objetivos y en la mayoría de países que han ratificado el Convenio 169, éste no se aplica en su totalidad y los gobiernos no han establecido regulaciones claras y exhaustivas que cumplan con lo dispuesto en dicho tratado.

La Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos han contribuido enormemente en la evolución de la protección general de los derechos de las comunidades indígenas, y, en particular, de sus derechos territoriales, de la

consulta previa y del consentimiento previo, libre e informado cuando éste sea necesario. En el sistema interamericano de derechos humanos los derechos territoriales de los pueblos indígenas y tribales se fundamentan principalmente en el artículo XXIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y en el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; y si bien ninguno de los dos se refiere expresamente a los pueblos indígenas, tanto la Comisión como la Corte Interamericana de Derechos Humanos los han hecho extensivos a los mismos a través de su interpretación, contribuyendo a desarrollar los contenidos mínimos del derecho de propiedad comunal de los pueblos indígenas sobre sus tierras, territorios y recursos naturales, bien sea a través de informes, solicitudes de medidas cautelares o sentencias, según sea el caso.

La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es una de las fuentes de derecho internacional más avanzadas y garantistas en materia de consulta previa y es vinculante para los estados parte, entre ellos Colombia. De este modo, ha reconocido, la particular relación existente entre los pueblos indígenas con sus territorios ancestrales y los recursos naturales que allí se encuentran, ya que se trata de una vinculación de gran importancia para el goce de otros derechos, y la falta de garantías por parte del Estado puede implicar someterlos a situaciones de desprotección que conllevan violaciones del derecho a la vida, a la integridad personal, a la existencia digna, a la alimentación, al agua, a la salud, a la educación, entre otros. De la preservación de la conexión particular entre las comunidades indígenas y sus tierras y recursos depende la existencia misma de estos pueblos.

Ha reconocido la jurisprudencia interamericana además el derecho de propiedad de los pueblos indígenas sobre sus territorios como un derecho jurídicamente equivalente al derecho de propiedad privada no indígena, aspecto que se deriva del deber de no discriminación establecido en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Se trata de un derecho cuyos titulares son las personas individuales que conforman los pueblos indígenas y cuyo ejercicio se desenvuelve en sistemas de propiedad colectiva, y, en forma simultánea, también es un derecho colectivo cuyo titular es el pueblo correspondiente.

El sistema interamericano ha afirmado asimismo que la propiedad territorial indígena es una forma de propiedad que se fundamenta no en el reconocimiento oficial del Estado sino en el uso y la posesión tradicionales de las tierras y recursos con independencia del reconocimiento estatal. De manera tal que los pueblos indígenas que han perdido la posesión del territorio ocupado ancestralmente mantienen sus derechos de propiedad y son titulares del derecho a la recuperación de sus tierras.

Y el sistema ha ratificado el derecho de las comunidades a que los estados delimiten, demarquen y titulen las zonas geográficas habitadas por indígenas y aquellas en las que realizan sus actividades culturales y espirituales, sin que se admita que el reconocimiento del derecho de propiedad de los pueblos indígenas sea sustituido por otras figuras tales como las concesiones forestales o los parques y reservas naturales; el derecho de los pueblos indígenas como titulares de derechos de propiedad y dominio sobre las tierras y recursos que han ocupado históricamente sin importar que no tengan un título jurídico formal de propiedad; el derecho de los pueblos indígenas a ser consultados antes de la exploración o explotación de recursos naturales aunque estos pertenezcan al Estado, con el fin de determinar los daños ambientales y culturales que puedan causarse, los mecanismos de mitigación e indemnización de estos, la imposición de las sanciones correspondientes y los beneficios que aquellos percibirán; el deber del Estado de garantizar a los pueblos indígenas la participación en el proceso de los estudios previos de impacto social, cultural y ambiental y de que éstos se realicen en cooperación con los pueblos interesados y con respeto de sus tradiciones y cultura; la obligación del Estado de consultar de manera previa, culturalmente adecuada, informada y de buena fe a los pueblos indígenas y garantizar su participación en las decisiones relativas a cualquier medida administrativa o legislativa que los afecte y, en especial que tenga que ver con sus territorios, teniendo en cuenta de nuevo la especial relación entre estos, la tierra y los recursos naturales; y de que la consulta esté dirigida a obtener su consentimiento libre, previo e informado cuando se trate de planes o proyectos de desarrollo o inversión que impliquen el desplazamiento de los pueblos indígenas de sus territorios tradicionales, de casos en que la ejecución de planes de inversión o desarrollo o de concesiones de explotación de los recursos naturales privaría a los pueblos indígenas de la capacidad de usar y gozar de sus tierras y de otros recursos naturales necesarios para su subsistencia, y de casos de depósito o almacenamiento de materiales peligrosos en tierras o territorios indígenas.

En cuanto a la normatividad colombiana, antes de 1991 no existía una verdadera protección de los derechos de los pueblos indígenas ni de los indígenas como tal; sin embargo, existieron algunas normas que evitaron en cierta medida su desaparición. Según las Leyes de Indias, España solo se consideraba dueña de las tierras por ella realmente ocupadas mas no de las que los indígenas conservaran en su poder; y aunque con la llegada de la República se intentó eliminar la figura del resguardo, la Ley del 25 de mayo de 1824 dispuso que se respetarían todas las propiedades de los indígenas y se les defendería de las agresiones de sus vecinos, y la Ley 89 de 1890 reconoció algunos derechos provisionales que

resultaron siendo la tabla de salvación de los pueblos indígenas de Colombia y la base de algunas normas posteriores.

El verdadero reconocimiento de los derechos indígenas se dio con la expedición de la Constitución Política de 1991, que define al Estado colombiano como un Estado social de derecho, organizado en forma de República unitaria y descentralizada, democrática, participativa y pluralista, fundada en el respeto de la dignidad humana y que reconoce la diversidad étnica y cultural de la Nación. Específicamente en materia de derechos indígenas hace, entre otros, los siguientes avances:

- Protege por primera vez la integridad étnica, cultural, social y económica, y la autonomía administrativa y judicial de los pueblos indígenas, teniendo en cuenta que se trata de sujetos de especial protección constitucional.

- Crea la jurisdicción especial indígena e indica que las autoridades de los pueblos indígenas pueden ejercer funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial.

- Establece que los territorios indígenas son entidades territoriales y que las entidades territoriales gozan de autonomía para la gestión de sus intereses y tienen derecho a gobernarse por autoridades propias, a ejercer las competencias que les correspondan, a administrar sus recursos y a establecer los tributos necesarios para el cumplimiento de sus funciones y a participar en las rentas nacionales.

- Reconoce por primera vez que las comunidades indígenas de Colombia cuentan con autonomía política, económica y administrativa y que la protección especial que existe frente a la diversidad étnica y cultural debe entenderse tanto desde el punto de vista colectivo como desde el punto de vista individual, teniendo en cuenta que cada una de las comunidades es entendida y protegida como sujeto de derecho.

- Afirma que los resguardos son de propiedad colectiva y no enajenable y que los territorios indígenas estarán gobernados por consejos conformados y reglamentados según los usos y costumbres de sus comunidades.

- Por primera vez se refiere sutilmente a la consulta previa, cuando indica que la explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas debe hacerse sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas, y que en las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación el Gobierno debe propiciar la participación de los representantes de las respectivas comunidades.

- Y establece el bloque de constitucionalidad e indica que los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso que reconozcan derechos humanos y que prohíban su limitación prevalecen en el orden interno,

y que los derechos y deberes consagrados en la Carta deben interpretarse de conformidad con ellos.

Se resalta que a partir de 1991 las comunidades indígenas son consideradas sujeto de derecho, que la propiedad colectiva que ellas ejercen sobre sus resguardos y territorios ancestrales tiene el carácter de derecho fundamental, que también lo tiene el derecho a la consulta previa antes de la realización de trabajos de explotación de recursos naturales, así como a beneficiarse de estas actividades y recibir una indemnización por los daños que con ellas se les causen, y que estos derechos podrán defenderse con acciones individuales tales como la tutela y la acción de reparación directa.

Con posterioridad a la expedición de la Constitución Política de 1991 dichos reconocimientos han sido desarrollados tanto por la legislación como por la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana, mucho más por la segunda que por la primera. Las leyes relacionadas con la materia, posteriores a 1991, se han enfocado en reiterar las características de los resguardos, en crear entidades para la protección de los indígenas y en dotar de tierras a las comunidades indígenas que a lo largo de la historia se han visto despojadas de ellas. Las únicas normas relativas a la consulta previa han sido el Decreto 1320 de 1998 (norma muy controvertida por aspectos que tienen que ver especialmente con su legitimidad, legalidad y ámbito de aplicación), la Directiva Presidencial 01 de 2010, la Directiva Presidencial 10 de 2013, en las que se indican algunas de las características que debe tener la consulta previa y el procedimiento que debe seguirse para su realización pero de manera muy general y sin haber sido consultadas con las comunidades indígenas; y, por último, los decretos 2613 de 2013 y 2333 de 2014. La ley estatutaria que según la Constitución debe regular la materia no se ha expedido.

En realidad ha sido la Corte Constitucional la encargada de definir el alcance de los derechos de las comunidades indígenas en materia territorial y de consulta previa. Esto se ha hecho tanto a través de sentencias de tutela como de sentencias de constitucionalidad, y al respecto pueden mencionarse algunas sentencias hito que forman parte de una línea jurisprudencial bastante uniforme, teniendo en cuenta que entre el año de 1992 y el 2016 lo que ha hecho la entidad es avanzar en el reconocimiento de derechos indígenas y no hay líneas jurisprudenciales encontradas al respecto. En esta materia, la Corte, con el paso del tiempo ha ido complementado los alcances tanto de los derechos territoriales y del derecho a la consulta previa, como de sus características, ámbito de aplicación, requisitos, etc.

Al respecto la Corte Constitucional ha reconocido lo siguiente:

– El derecho a la propiedad colectiva ejercido sobre los territorios ancestrales reviste una importancia particular para la cultura y los valores ancestrales de las comunidades indígenas, de manera que es un derecho fundamental. El resguardo es una forma de propiedad colectiva de la tierra en la que los pueblos indígenas tienen derecho a participar en la utilización, administración y conservación de los recursos naturales allí existentes y a ser consultados antes de cualquier intervención y que este derecho aplica no solo para los territorios titulados sino para todo el territorio ancestral, es decir, aquel que las comunidades consideren de su propiedad por estar asentadas en él, o por realizar actividades de cualquier índole en él, o por encontrarse en él lugares sagrados, etc.

– El derecho anteriormente mencionado incluye los recursos naturales que se encuentren en el territorio considerado ancestral por la comunidad respectiva, y estas tienen derecho al control, uso y aprovechamiento de ellos. Su explotación debe hacerse sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades, y, éstas, por intermedio de sus representantes, deben participar en las decisiones que se adopten respecto a dicha explotación y tienen derecho a participar en las ganancias que de ésta se obtengan. Cuando los derechos de propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo pertenezcan al Estado, éste deberá establecer procedimientos tendientes a consultar a las comunidades con el fin de determinar si los intereses étnicos serán perjudicados.

– Las comunidades indígenas son sujetos de derecho con personería sustantiva y por ende tienen derechos fundamentales susceptibles de ser protegidos mediante acción de tutela, entre los cuales está el derecho a la propiedad colectiva de sus territorios incluidos sus recursos naturales y el derecho a la consulta previa. Existe una analogía entre el derecho a la vida y el derecho a la pervivencia de las comunidades indígenas.

– La participación mediante la consulta previa es un derecho fundamental de los pueblos indígenas ya que es un elemento básico para preservar la integridad étnica, social y económica de estos, y para asegurar así su subsistencia como grupo social. La consulta a las comunidades indígenas que puedan resultar afectadas con motivo de la explotación de recursos naturales comporta la adopción de relaciones de comunicación y entendimiento, caracterizadas por el mutuo respeto y la buena fe entre aquéllas y las autoridades públicas, tendientes a buscar 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, y los mecanismos, procedimientos y actividades requeridos para ponerlos en ejecución. La comunidad debe estar enterada de la manera como la ejecución de los proyectos puede conllevar una afectación o menoscabo a los elementos que constituyen la base de su cohesión social, cultural, económica,

política y espiritual; y se le debe dar la oportunidad para que libremente y sin interferencias extrañas pueda valorar conscientemente las ventajas y desventajas de los proyectos propuestos, ser oída en relación con las inquietudes y pretensiones que presente, y pronunciarse sobre la viabilidad de ellos. No tiene valor de consulta previa la simple información o notificación hecha a la comunidad indígena sobre un proyecto de exploración o explotación de recursos naturales.

A partir del año 2002 se reconoce que el derecho a la consulta previa es aplicable también en los casos de medidas legislativas, es decir, que debe realizarse este procedimiento antes de la expedición de cualquier tipo de norma que pueda afectar directamente a una comunidad indígena. Lo anterior, teniendo en cuenta que el deber de consulta no surge frente a toda medida legislativa que sea susceptible de afectar a las comunidades indígenas, sino únicamente frente a aquellas que puedan afectarlas *directamente* bien sea porque les impone restricciones o gravámenes o, por el contrario, porque les confiere beneficios. La omisión de consulta en materia legislativa tiene consecuencias en el ordenamiento interno tales como que la ley no consultada se torne inconstitucional o que se establezca la presencia de una omisión legislativa, de manera que la ley se conserve en el ordenamiento pero que se ordenen las medidas necesarias para subsanarla. Por medidas legislativas se entienden todo tipo de normas nacionales e incluso de aprobación de tratados internacionales.

En el año 2009 se reconoció por primera vez la necesidad de obtener el consentimiento previo, libre e informado y no solo de adelantar la consulta, en los casos de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tengan mayor impacto dentro del territorio de afrodescendientes e indígenas, cuando ellos puedan implicar cambios sociales y económicos profundos, como la pérdida de las tierras tradicionales, el desalojo, la migración, el agotamiento de recursos necesarios para la subsistencia física y cultural, o la destrucción y contaminación del medio ambiente tradicional. Es decir, se acogieron los criterios de la Corte Interamericana según los cuales se debe obtener el consentimiento cuando las intervenciones impliquen su traslado o desplazamiento, o estén relacionadas con el almacenamiento o vertimiento de desechos tóxicos en sus territorios, o representen un alto impacto social, cultural y ambiental, que ponga en riesgo la existencia de la comunidad. Las comunidades no tienen un poder de veto frente a cualquier caso de consulta previa pero en estos eventos específicos la intervención no se podrá llevar a cabo sin el consentimiento.

Se reconoce el derecho a la consulta previa no solo antes de la iniciación de cualquier medida sino además después de esta cuando haya una situación ya definida y se siga afectando la integridad cultural, social, cultural y económica de una comunidad, no por la ausencia de la consulta *per se*, sino, precisamente,

por la realización de acciones en desarrollo de un acto que no fue consultado. Mientras se mantengan los actos de ejecución existe un daño actual susceptible de amparo y tendrá que realizarse una consulta con el fin de determinar el alcance de los daños y su reparación.

Entre los requisitos para la realización de la consulta previa se ha dicho que ésta debe desarrollarse conforme a su carácter de derecho fundamental; que no se admiten posturas adversariales o de confrontación sino un diálogo entre iguales; que no se admite la asimilación de la consulta previa a meros trámites administrativos o reuniones informativas; que es necesario establecer relaciones de comunicación basadas en el principio de buena fe; que no se debe fijar un término único para materializar el proceso de consulta sino que dicho término se debe adoptar bajo una estrategia de enfoque diferencial según las particularidades del grupo y sus costumbres; que se debe definir el procedimiento que se ha de seguir en cada proceso de consulta previa, en particular mediante un proceso preconsultivo y postconsultivo que se debe realizar de común acuerdo con la comunidad afectada y demás grupos participantes; que se deben ponderar los intereses en juego y someter los derechos, alternativas propuestas e intereses de los grupos étnicos afectados únicamente a aquellas limitaciones constitucionalmente imperiosas; que se debe buscar el consentimiento libre, previo e informado en aquellos eventos en que la medida implique el traslado o desplazamiento de las comunidades, el almacenamiento o vertimiento de desechos tóxicos en las tierras étnicas, o represente un alto impacto social, cultural y ambiental que conlleve poner en riesgo la existencia de ellas; que es obligatorio el control de las autoridades en materia ambiental y arqueológica; que es obligatorio garantizar que los beneficios que conlleven la ejecución de la obra o la explotación de los recursos sean compartidos de manera equitativa con las comunidades, así como garantizar el cumplimiento de medidas de mitigación e indemnización por los daños ocasionados; y que es obligatorio que las comunidades étnicas cuenten con el acompañamiento de la Defensoría del Pueblo y la Procuraduría General de la Nación en el proceso de consulta y búsqueda del consentimiento.

En cuanto a las finalidades de la consulta previa, se ha establecido que esta debe dotar a las comunidades de conocimiento pleno sobre los proyectos y decisiones que les conciernen directamente; ilustrar a las comunidades sobre la manera como la ejecución de dichos 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; y brindar la oportunidad a las comunidades para que libremente y sin interferencias extrañas, mediante la

convocatoria de sus integrantes o representantes, valoren conscientemente las ventajas y desventajas del proyecto, sean oídas en relación con las inquietudes y pretensiones que tengan y puedan pronunciarse sobre la viabilidad del proyecto.

No se puede desconocer la existencia de comunidades étnicas en la zona de influencia de un proyecto con el único argumento de que su presencia no ha sido certificada por el Ministerio del Interior; tampoco se puede negar el derecho de una comunidad étnica a ser consultada con el argumento de que la titulación de un resguardo o territorio colectivo tuvo lugar después de la expedición del certificado de presencia de comunidades por parte de dicho ministerio o tras el otorgamiento de la licencia ambiental para el respectivo proyecto; no se puede negar el derecho de un grupo étnico a ser consultado con el argumento de que su territorio no se encuentra titulado como resguardo indígena; y cuando existan dudas sobre la presencia de grupos étnicos en el área de influencia de un proyecto, el Ministerio debe efectuar un reconocimiento en el terreno y dirimir la controversia.

Los daños derivados de la aplicación errónea de la consulta previa o de su no aplicación muchas veces desbordan el ámbito del derecho y es necesario recurrir al peritaje antropológico para su determinación. Cuando se analizan cuestiones étnicas a los ojos del Estado o del derecho tradicional es muy difícil encontrar o comprender la posible afectación. La imposibilidad de cuantificar o medir bajo una cosmovisión diferente el significado de lo sagrado o lo que no se puede ver es un aspecto particularmente complejo desde el ámbito jurídico. Sin embargo, el hecho de que se presenten estas dificultades no significa que no puedan ser examinadas por el derecho, razón por la cual conceptos como las afectaciones a elementos territoriales han empezado a ser reconocidas por las autoridades de los diferentes estados.

Específicamente en lo que se refiere al pueblo arhuaco, la Corte Constitucional reconoce la Línea Negra como límite del territorio ancestral de este y considera que cualquier proyecto o actividad que pretenda realizarse dentro de ella debe ser consultado con los pueblos indígenas que allí habitan, aunque su realización pretenda llevarse a cabo por fuera de los resguardos. Frente al asunto de la Línea Negra, el principio de solidaridad se presenta en dos dimensiones: una negativa, por la cual el Estado y las sociedades ajenas al territorio deben abstenerse de efectuar prácticas que atenten contra la existencia e identidad de las comunidades que habitan la Sierra Nevada de Santa Marta, y una positiva, que establece que tanto el Estado como las sociedades ajenas al territorio son garantes de la protección de las comunidades que allí habitan y deben realizar acciones afirmativas como la promoción de mecanismos que permitan la reproducción de sus saberes, la pervivencia de sus costumbres, la preservación de su

identidad de grupo, además de la creación de normas jurídicas o la imposición de sanciones para quienes pretendan desconocer ese pacto social.

Además, según la Corte todos los actos administrativos por medio de los cuales se hayan concedido permisos para la explotación de recursos dentro de la Línea Negra después de la ratificación por parte de Colombia del Convenio 169 de la OIT, sin realizar el procedimiento de consulta previa, vulneran los derechos fundamentales de las comunidades indígenas que habitan la Sierra Nevada de Santa Marta; razón por la cual tales actos administrativos, aunque se presuman legales, son susceptibles de perder sus atributos de ejecutividad y ejecutoriedad, toda vez que su expedición es contraria a la Constitución, y la acción de tutela es un mecanismo idóneo para la obtención de este fin.

El análisis completo de la normatividad existente en esta materia permite inferir que los avances de los últimos tiempos han abierto el camino hacia el abandono del monismo jurídico. Hasta 1991 se aplicó el derecho no indígena a estos pueblos, se les impusieron los principios, las formas de organización de la vida social, el manejo de los recursos públicos y el control y la solución de conflictos, sin pensar que estos enfoques y estructuras no necesariamente coincidían con las visiones y los derechos propios de estas comunidades. Los indígenas no solo eran juzgados y castigados a partir de valores jurídicos y culturales ajenos, sino que además, al momento de valorar los daños que se les hubieran causado y las respectivas indemnizaciones a que tenían derecho, se tenía en cuenta el ordenamiento jurídico estatal y nunca su propia percepción al respecto.

Sólo en los últimos años se ha empezado a aceptar que únicamente mediante la comprensión y el respeto de la diversidad podrá garantizarse la supervivencia de aquellos pueblos dentro del marco del reconocimiento de la existencia de realidades, derechos y visiones que aunque desconocidas para muchos son igualmente válidas. Si bien puede resultar difícil valorar afectaciones causadas a pueblos indígenas que perciben realidades distintas, se debe comprender que las soluciones que ofrece el ordenamiento oficial no necesariamente serán suficientes para repararlas, y los operadores jurídicos deberán estar abiertos a reconocer formas alternas de indemnización en estos casos, para así poder garantizar realmente los derechos de aquellas comunidades o poblaciones diferentes de aquella mayoritaria, tal y como lo ha hecho la Corte Constitucional.

Dentro de la comunidad iku existen tres percepciones sobre la consulta previa: la de la colectividad en general, la de los mamos, los ancianos, los dirigentes y demás líderes que integran de la comunidad, y la de los líderes que se encuentran en la ciudad. En cuanto a la primera, ésta es casi inexistente, es mínimo, por no decir que nulo, el conocimiento que se tiene al respecto: no es posible afirmar que el pueblo arhuaco conoce la existencia de un derecho/

herramienta que le permite defender y conservar su territorio ancestral y sus otros derechos fundamentales; de hecho, la comunidad en general ignora no solo este derecho sino la mayoría de ellos y depende y confía en sus dirigentes, no existe educación al respecto, no se difunden los recursos jurídicos con los que cuentan ni los avances nacionales e internacionales en la materia. En cuanto a la segunda, los dirigentes y mamos sí conocen bien la Ley de Origen y se han informado sobre la normatividad nacional e internacional sobre consulta previa; de hecho, este recurso ha sido incluido en sus agendas de trabajo con el propósito de incorporar en su regulación su propia cosmovisión, ya que desde esta todo lo que se obtiene de la naturaleza genera un desequilibrio, de manera que ante cualquier interferencia se deben realizar los respectivos "pagamentos" para restablecer el equilibrio y la armonía entre los seres humanos y la naturaleza. Por último, los líderes que defienden los derechos de la comunidad iku en las grandes ciudades han desdibujado un poco el carácter de la figura y la han "occidentalizado", convirtiéndola muchas veces en un mecanismo para obtener beneficios económicos para aquella comunidad.

Los iku están trabajando en dos frentes en materia de consulta previa: por una parte, en la creación de programas para formar y fortalecer a los líderes y autoridades en cuanto a la normatividad referente a la consulta previa a través de capacitaciones, grupos de evaluación y análisis de los procesos de consulta previa realizados hasta ahora con el fin de construir criterios de selección para evaluar las propuestas futuras. Y, por la otra, en la elaboración de un protocolo de consulta previa cuyo propósito es establecer una regulación precisa para todas las consultas que de aquí en adelante vayan a realizarse, que incluya no solo las normas ya dictadas por el ordenamiento jurídico nacional, sino además el concepto de *consulta ancestral* y todas sus implicaciones. Desde el punto de vista arhuaco la consulta no puede ser un simple procedimiento para obtener permiso, ésta debe basarse en los principios de la consulta ancestral para así poder respetar y conservar verdaderamente el territorio. Toda intervención que pueda sanearse y repararse puede ser permitida, mientras que aquellas que generen afectaciones irreparables según la Ley de Origen, como, por ejemplo, aquellas que se efectúan en lugares sagrados, no pueden ser autorizadas.

Fue necesario analizar tanto las características del pueblo iku, principalmente aquellas relativas a su cosmovisión y a su especial relación con el territorio, como la evolución de la consulta previa tanto en el ámbito internacional como en el nacional, para así poder comprender cómo la aplicación errónea de ella o su inaplicación en dicha comunidad han generado y siguen generando graves daños para esta. Daños que, en su esfera inmaterial, la gran mayoría de las veces no han sido reparados ya que dadas las características del sistema de responsabi-

lidad civil vigente en Colombia ha sido imposible encuadrarlos dentro de alguna de las tipologías existentes. Así mismo, tanto en la jurisdicción civil como en la contenciosa, hasta ahora son incipientes las formas de reparación inspiradas en aquellas que suele ordenar la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y ha sido la Corte Constitucional la encargada de abrir el camino al respecto.

La consulta previa es una herramienta indispensable porque, además de contribuir a asegurar los derechos a la autodeterminación, participación y supervivencia de los pueblos indígenas, permite visibilizar e identificar los daños e impactos ambientales, sociales, económicos y culturales que eventualmente pueden causarse por la realización de obras y proyectos en sus territorios. Con este instrumento pueden tomarse medidas de mitigación de los impactos de los proyectos y evitar un posterior resarcimiento del daño que incluso podría ser inocuo si éste ha sido demasiado grave.

La Sierra Nevada de Santa Marta ha sido escenario de múltiples intervenciones tanto del Estado como de particulares, ambos interesados en la explotación de recursos naturales y en la realización de grandes proyectos de diferentes tipos (minería, electricidad, hotelería, extracción de agua, construcción de carreteras, entre muchos otros); sin embargo, pese a que desde la expedición de la Constitución Política de 1991 las comunidades indígenas, incluidas aquellas que habitan la Sierra, cuentan con el derecho a ser consultadas antes de cualquier actividad o proyecto que pretenda realizarse en sus territorios y que pueda afectarlas directamente, este derecho no siempre se ha visto respetado. De hecho, la primera consulta previa que se realizó con la comunidad iku fue en el año 2005, es decir 14 años después de que el derecho ya hubiera sido reconocido constitucionalmente y de que el Convenio 169 de la OIT hubiera sido incorporado al ordenamiento jurídico colombiano.

Del análisis de las consultas administrativas reportadas desde el 2005 hasta el día de hoy en la Sierra Nevada de Santa Marta, puede concluirse que la gran mayoría de ellas no ha llegado a la fase de cierre, resultados que demuestran que algo está fallando en la aplicación de estos procesos y ello implica que el derecho protegido esté siendo vulnerado; y aunque la resistencia de las comunidades ha logrado frenar y suspender algunas de las iniciativas, muchas otras se han emprendido sin haberse realizado la respectiva consulta sobre todo en materia de minería. La inexistencia de una ley que regule los procesos de consulta previa, la ineficiencia del Ministerio del Interior y el aprovechamiento de las diferencias existentes entre los indígenas y los no indígenas son solo algunos de los factores que hacen que aún hoy se sigan causando daños por vía de la inaplicación o de la deficiente aplicación de este mecanismo, que además es un derecho fundamental de todas las comunidades.

En materia de consultas legislativas, se han realizado muchas menos y en general se ha avanzado en casi todas ellas con resultados positivos. Probablemente ello es así porque se trata de asuntos de interés nacional que requieren ser decididos con mayor celeridad y porque no implican afectaciones inmediatas en la cotidianidad de las comunidades como sí lo hacen las medidas administrativas relacionadas con explotación de recursos naturales o con intervenciones directas en los territorios ocupados por éstas.

Para efectos de la presente investigación se tomaron algunos casos emblemáticos ocurridos en la Sierra, que sirven de ejemplo para ilustrar el tipo de daños que se han causado y que han afectado directamente a los iku y a las demás comunidades indígenas que allí habitan. El primero de ellos es el caso conocido como ‘ “Cerro Inarwa”, caso que fue resuelto por la Corte Constitucional a inicios de 2016 tras casi sesenta años de ocupación del cerro Alguacil o Inarwa, padre de los alimentos en la concepción arhuaca, por parte del Ejército Nacional y de diferentes agentes públicos y privados a través de una base militar y de más de 400 antenas, sin que en ningún momento durante todo el tiempo transcurrido entre 1962 y 2016 se intentara realizar ningún tipo de consulta con la comunidad afectada ni llegar a ningún acuerdo. Esta afectación, teniendo en cuenta que el cerro es un lugar sagrado, generó la imposibilidad de realizar pagamentos, lo cual tuvo implicaciones muy graves dentro de su cosmovisión y para su estructura e integridad cultural; además, la presencia de terceros no indígenas y de estructuras materiales ajenas a la naturaleza generó la ruptura del equilibrio que debía mantenerse entre el hombre y la Madre Tierra según la Ley de Origen y por ende la necesidad de realizar una actividad espiritual mucho más intensa; entre otras afectaciones. La construcción de la base militar, la presencia de las antenas y la operación del ejército desde el cerro le causaron a la comunidad daños muy graves desde su punto de vista, por ejemplo la incomunicación con el padre de los alimentos, que ha degenerado en enfermedades, desnutrición, sequías e inundaciones que han arruinado las cosechas, además de la imposibilidad de acceder a su territorio ancestral para realizar sus pagamentos, lo cual implicó un fuerte debilitamiento de su cultura e identidad.

Por los hechos anteriores se interpuso una acción de tutela y, en sede de revisión, la Corte Constitucional indicó que si bien había trascurrido un largo lapso desde la construcción de la base militar y la instalación de las diferentes antenas, la vulneración de los derechos seguía siendo actual y se había agravado con el paso del tiempo. Se dio por probado que el cerro Inarwa se encuentra dentro de los límites de la Línea Negra, que a raíz de la instalación de la base militar y de las múltiples antenas la comunidad perdió el libre acceso a dicho territorio y por ende a la realización de sus pagamentos por las semillas y los

alimentos al Padre Inarwa y que estas vulneraciones le vienen ocasionando graves daños. De este modo, ordenó a todos los agentes implicados construir un diálogo concertado y continuo encaminado a considerar la posibilidad futura de que en un plazo razonable se llevara a cabo el retiro definitivo de la base militar, los tendidos eléctricos, las antenas y torres de comunicaciones. Y que teniendo en cuenta la imposibilidad de agotar actualmente las consultas previas que no se llevaron en su momento, no había lugar a suspender su funcionamiento, pero sí a adoptar las medidas de reparación necesarias para proteger los derechos de la comunidad indígena arhuaca y a reparar el daño inmaterial causado con acciones otras medidas que contribuyan a la preservación y recuperación de los valores culturales de la comunidad, tales como asegurar que la comunidad pueda continuar haciendo uso del cerro Alguacil, determinar en conjunto con la comunidad los impactos específicos causados y diseñar conjuntamente acciones y medidas de compensación y reparación que permitan mitigar el daño causado y contribuyan a recuperar y conservar sus prácticas, costumbres y tradiciones.

Este caso representa el reconocimiento de la existencia de daños inmateriales a la cultura arhuaca ocasionados por la no realización de procesos de consulta previa antes de la ocupación de un territorio sagrado para ésta, así como de la necesidad de repararlos según las costumbres y cosmovisión de aquella.

El segundo caso, aquel relativo a la concesión del Parque Tayrona sin la realización de la respectiva consulta previa, es importante por cuanto durante su solución, por primera vez la comunidad iku realizó un estudio de los daños ambientales e inmateriales causados con dicha omisión. La Sección Segunda del Consejo de Estado determinó que a las comunidades indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta les asistía el derecho a que se les consultara la celebración y ejecución del contrato mediante el cual se dio en concesión el Parque Tayrona, y se concluyó que la consulta previa debió realizarse a pesar de que en el terreno objeto de la concesión no hubiera un resguardo indígena ya que el Parque Tayrona en su totalidad es un territorio sagrado y ancestral para los pueblos de la Sierra.

En este contexto, se conformó una comisión integrada por miembros de los cuatro pueblos que allí habitan, encargada de elaborar un documento en el que se establecieran los daños efectivamente causados. Este documento se denomina *Diagnóstico de las afectaciones del área del Parque Tayrona desde la visión cultural indígena en el marco de la consulta previa derivada del fallo de tutela rad-2013-09 del Tribunal Administrativo del Magdalena*, y contiene una extensa lista de ellas que permite comprender qué clase de daños inmateriales sufren las comunidades indígenas de la Sierra tras la violación de su territorio.

Por último, el caso de la consulta previa realizada para la construcción de la subestación eléctrica de El Copey, en cambio, es el modelo cuandoquiera que

deba realizarse una consulta previa. Este último caso resulta de especial interés porque además de tratarse de la primera consulta previa llevada a cabo con la comunidad iku, es también la única que se ha realizado con el pleno cumplimiento de los requisitos legales, constitucionales e internacionales existentes y, por ende, es la única en que ha habido total acuerdo y consentimiento de parte de la comunidad para la realización de las actividades propuestas. Además, permite describir algunos de los daños que se causan al realizar proyectos de infraestructura en territorios ancestrales y tener un acercamiento al significado de estos desde el punto de vista de quienes los padecen así como de su reparación.

Además de ser el único caso en el que realmente se procedió con base en el respeto a la diversidad, es un ejemplo de entendimiento entre la sociedad mayoritaria no indígena y una comunidad ancestral en el que ninguna de las partes se vio más afectada que la otra y en el que ambas obtuvieron beneficios, y de la diferencia de lenguajes existente entre las culturas y la importancia de evitar la homologación de significados, teniendo en cuenta que en general el ser humano entiende los mensajes desde sus propios códigos culturales y por eso las relaciones con el otro suelen basarse en la confusión y el no entendimiento, de manera que en casos como estos se deben escuchar los mensajes tratando de entender qué significan para el otro y aceptando que su punto de vista es igualmente válido aunque sea diferente. Por último, se trata de un caso en el que es evidente que el daño inmaterial para los iku es diferente de aquel que se reconoce en Colombia, así como sus mecanismos de reparación.

Tanto de los casos específicos analizados como de los principales documentos arhuacos fue posible extraer cuáles han sido los daños inmateriales más graves que se le han causado a la mencionada comunidad. Para los pueblos indígenas de la Sierra actuar sobre el territorio tradicional sin el previo consentimiento ancestral afecta no solo sus principios de vida desde la Ley de Origen, sino el territorio ancestral y la comunidad en general, y rompe la lógica espiritual de las interconexiones naturales, con lo cual se vulneran sus principios de permanencia cultural, identidad, autonomía, gobierno propio, ordenamiento y equilibrio ancestral y se genera su desplazamiento cultural y físico.

Así mismo, para la comunidad iku los daños y afectaciones que se le causan al territorio repercuten directamente en el orden espiritual y, por ende, en la vida social y cultural, en el medio ambiente, en la salud y en las prácticas tradicionales. Los daños y afectaciones ocurren en el nivel más profundo sobre los Padres y Madres espirituales pero se manifiestan en el mundo físico, en la vida cultural y social de la comunidad y en la relación de ésta con la naturaleza y el entorno en general. Las catástrofes naturales, el cambio climático, la pérdida de fuentes de agua y las enfermedades no son otra cosa que los efectos o reflejos de

los daños causados al tejido sagrado del territorio, y la identidad cultural como pueblos indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta depende de la unidad que se mantenga con la entraña del territorio y su contenido sagrado, lo cual quiere decir que la permanencia espiritual y cultural de ellos está íntimamente ligada al territorio ancestral. En los diferentes documentos se enumeran de manera precisa los daños específicos que hasta el momento se han causado.

Del análisis de los ejemplos y de los documentos arhuacos es posible inferir que lo que para la cultura iku significa *daño inmaterial* no necesariamente encaja dentro de las tipologías de *daño* existentes en el ordenamiento jurídico colombiano, sin que esto pueda significar entonces que éste no se produzca y no deba ser reparado teniendo en cuenta la protección constitucional e internacional que existe al respecto.

Para los iku algunas de las afectaciones a los espacios sagrados son reversibles, y sería posible repararlas con medidas de restauración de carácter ambiental, físico y espiritual, lo cual supondría en cualquier caso la suspensión inmediata de todos los procesos sociales, económicos y políticos que las hayan generado. Sin embargo, la Ley de Origen no admite compensaciones para daños generados al tejido ancestral, cuando la consulta ancestral indica que alguna actividad va a generar un daño irreparable, simplemente no se puede llevar a cabo esa actividad porque los espacios sagrados son insustituibles y por lo tanto no se pueden compensar los daños que se les causen. Por esta razón, las autoridades políticas y los mamos insisten en la necesidad de implementar medidas de prevención y protección de los espacios sagrados de la Línea Negra, y del territorio ancestral en general, porque repararlos es demasiado complejo cuando no imposible.

Al momento de identificar los daños y las formas de reparación de estos cuando se trata de comunidades indígenas, son éstas las llamadas tanto a describir y cuantificar el daño como a definir la manera en que éste debe ser reparado. En palabras de la antropóloga Susana Jaramillo, cuando se trata de comunidades indígenas no es el *bunachi* el llamado a establecer los daños causados ni los impactos ni las formas de indemnización: el manejo para identificarlos y repararlos solo lo pueden establecer los perjudicados al ser los únicos que conocen verdaderamente su significado.

Cuando en Colombia se producen daños por la violación de los derechos al territorio o a la consulta previa de las comunidades indígenas, generalmente éstas acuden a la acción de tutela con el fin de que se interrumpa la actividad que está causando el daño y se protejan sus derechos vulnerados; por esta razón ha sido la Corte Constitucional la encargada de definir el alcance y las características de los mencionados derechos, así como el de los daños o afectaciones como tal y su

reparación. Por su parte, también el Consejo de Estado se ha pronunciado sobre estos temas en mayor medida como juez de tutela y de manera muy escasa en casos nulidad y restablecimiento del derecho y de reparación directa, pese a que en éstas también podría avanzarse enormemente en materia de daño y reparación en el contexto indígena, además, casi siempre con una visión menos garantista que la de la Corte Constitucional. En el ámbito internacional, en cambio, la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos han sido los órganos que han definido las medidas de reparación de los daños causados a las comunidades indígenas, siendo ésta una de sus funciones propias según el artículo 63 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, y lo han hecho siempre poniendo por delante la protección de las comunidades étnicas y de sus derechos.

En lo que se refiere a las medidas de reparación ordenadas por la Corte Constitucional, en general se ha tratado de medidas que pretenden restablecer el equilibrio roto y proteger determinados derechos que han sido dañados. Las más de las veces se han ordenado medidas de hacer o de no hacer que en ocasiones tienen equivalente pecuniario y en otras no, y de manera muy escasa se ha ordenado una indemnización pecuniaria. Algunas de estas medidas, como la traducción de los apartes importantes de una sentencia a la lengua de la comunidad interesada, o la reposición de especies nativas, o la orden de determinar los daños causados y las maneras para indemnizarlos, han sido útiles y significativas para las comunidades pero aún no son suficientes para que éstas se sientan reparadas completamente. Si bien la acción de tutela y fundamentalmente la Corte Constitucional han sido las herramientas claves para proteger los derechos indígenas, falta efectividad al momento de restablecerlos, teniendo en cuenta que, en la práctica, una vez la sentencia ha tutelado el derecho y ha ordenado la cesación de la actividad fuente del daño y la realización de un proceso de consulta en el que éstos se establezcan y reparen, esta última fase rara vez llega a feliz término.

Si bien mediante la acción de tutela se han reparado, restablecido e indemnizado daños causados a comunidades indígenas, incluida la comunidad iku, bien sea a través de la orden de cesación de la actividad que los está causando, de órdenes de hacer o de no hacer o de indemnizar en dinero, tal y como se verá más adelante, aún no existe una herramienta verdaderamente idónea para lograr tal propósito, teniendo en cuenta no solo que el concepto de *daño* es diferente según la cultura, sino, además, que se trata de una reparación que debe otorgársele a un sujeto de derecho distinto de la persona natural y de la persona jurídica y que está representado en una colectividad.

En cuanto a los aportes hechos por el Consejo de Estado en materia de reconocimiento de los derechos indígenas, principalmente del derecho a la

consulta previa y el derecho al territorio y a la propiedad colectiva, no se encontraron muchos resultados. La mayor parte de sentencias en las que se ha hecho referencia a los mencionados temas son sentencias de tutela en las que los pronunciamientos han sido tímidos la mayor parte de las veces; y cuando se ha pronunciado para resolver acciones propias de sus funciones como aquellas de nulidad, nulidad y restablecimiento del derecho o de reparación directa lo han sido aún más, salvo en una única oportunidad en la que se condenó a la entidad demandada indemnizar los daños causados a una comunidad indígena por la muerte de uno de sus líderes a manos de la Policía Nacional, y algunas otras en las que se ordenaron reparaciones simbólicas ante hechos parecidos.

En las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y en los diferentes informes elaborados por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en cambio, realmente puede verse que lo que este sistema internacional busca es lograr que las reparaciones que se ordenen a los estados cumplan con su objetivo esencial, que es reparar integralmente a las víctimas de violaciones de derechos humanos, y por esa razón en muchas ocasiones no se recurre solamente al derecho sino también a otras disciplinas, como la historia, la pedagogía, la filosofía, la antropología o la psicología, en el momento de ordenar las diferentes medidas reparadoras; más aún en materia de derechos indígenas, teniendo en cuenta que en los casos de pueblos indígenas el daño se produce no solo en lo individual sino también al colectivo, de manera que cualquier tipo de programa de reparación debe prever esto de manera específica.

En materia de violación al derecho al territorio ya sea porque no se realice la consulta previa o por su realización sin el cumplimiento de los requisitos, o porque no se reconozca su propiedad comunal o por la explotación de sus recursos, tanto la Comisión como la Corte Interamericana de Derechos Humanos han considerado que la restitución del territorio ancestral o de la parte de él que se haya visto vulnerada es la forma de reparación por excelencia, y que esta variará en cada caso concreto según la violación detectada y su alcance en la situación específica; pero en los casos de reclamación, reivindicación o solicitud de recuperación de territorios ancestrales por parte de una comunidad, y en general en todos aquellos casos en que esté de por medio la pérdida de posesión del territorio ancestral, la forma preferida de reparación ha de ser la restitución del territorio reclamado, teniendo en cuenta que ésta es la medida de reparación que más se acerca a la *restitutio in integrum*.

Por otra parte, si hay razones concretas y justificadas que hagan imposible a los estados otorgar la restitución mencionada anteriormente, los pueblos indígenas deben recibir una compensación en la que se tenga en cuenta principalmente el significado y el valor que para ellos tenía la tierra perdida. Esto

implica la entrega de tierras alternativas en extensión y calidad suficientes, o una indemnización compensatoria en dinero o en especie. Además, puede haber otros daños o perjuicios adicionales por los que se les deba una reparación incluso después de que se les hayan otorgado tierras alternativas, caso en el cual subsiste el derecho a obtener también la indemnización correspondiente.

Generalmente, en casos de violación de los derechos territoriales de los pueblos indígenas la Corte Interamericana de Derechos Humanos les ha ordenado a los estados reparar tanto en el ámbito individual como en el comunitario los daños causados con la violación de los derechos mencionados. En estos casos la indemnización que ha de pagar el Estado debe ser calculada conforme a los parámetros internacionales y debe ser por un monto suficiente para resarcir tanto los daños materiales como los daños inmateriales sufridos con ocasión de las violaciones a los derechos humanos. La forma y el monto de la reparación deben ser acordados con los miembros de la comunidad y sus representantes y de acuerdo con su derecho consuetudinario, sus valores, usos y costumbres.

Según esta corte, el daño inmaterial puede comprender tanto los sufrimientos y las aflicciones causados a las víctimas directas y a sus allegados como el menoscabo de valores muy significativos para la colectividad y las alteraciones, de carácter no pecuniario, en las condiciones de existencia de la víctima, su familia o la comunidad entera; y para valorar los daños inmateriales en esos casos, se debe tener especialmente en cuenta que la falta de garantía del derecho a la propiedad comunitaria causa sufrimiento a los miembros de las comunidades indígenas afectadas y que para efectos de compensar dichos daños también es relevante considerar la falta de concreción del derecho a la propiedad comunal, así como las graves condiciones de vida a las que se han visto expuestos los miembros de las comunidades indígenas como consecuencia de la demora estatal en hacer efectivos los derechos territoriales de estas, teniendo en cuenta que tales condiciones de vida también ocasionan sufrimiento.

Para la comunidad indígena iku, las indemnizaciones y medidas de reparación que ha recibido hasta ahora no alcanzan a reparar el daño de manera integral ni a restablecer las cosas al estado anterior, dada la gravedad de las violaciones de que han sido víctimas, por eso han enunciado algunas propuestas que en su concepto serían idóneas para compensar en mayor medida los daños que han padecido como comunidad por las intervenciones realizadas en sus territorios ancestrales. En opinión de esta comunidad, el sistema de responsabilidad civil actual tal y como está concebido en el ordenamiento jurídico colombiano no es suficiente para reparar los daños que se les han causado y que se les siguen causando, teniendo en cuenta que en materia de comunidades indígenas los componentes filosóficos, religiosos y de sacralidad colectiva no están incluidos

dentro de aquél y son los más importantes en estos casos; al no existir una conjunción entre estas dos materias los pueblos no se sienten reparados con los mecanismos legales existentes.

Para los iku, cuando se causa un daño lo que debe repararse es la Ley de Origen, ya que las vulneraciones graves al territorio y a la cultura son vulneraciones a esta ley, y su integralidad es lo que garantiza la supervivencia e identidad cultural de los pueblos de la Sierra. De este modo, es posible encontrar algunas propuestas elaboradas por ellos en esta materia en el documento denominado "Propuestas para el programa de garantías de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas de Colombia, propuesta conjunta de los pueblos indígenas Iku (Arhuaco), Kággba (Kogui), Kankuamo y Wiwa de la Sierra Nevada de Santa Marta, Yukpas de la Serranía del Perijá y Ette Ennaka (Chimila) de los departamentos Cesar y Magdalena".

De la breve síntesis de la evolución de la figura del daño inmaterial en Colombia y de su reparación tanto en las sentencias del Consejo de Estado como de la Corte Suprema de Justicia, y del análisis de las nuevas figuras del daño inmaterial denominadas *daño a los derechos humanos fundamentales* y *perjuicio inmaterial por vulneración o afectación relevante a bienes o derechos convencional y constitucionalmente amparados*, se concluyó que en las categorías tradicionales de daño inmaterial no encajan los daños causados a las comunidades indígenas con ocasión de la aplicación de la consulta previa y de la violación de sus derechos territoriales, y que tampoco lo hacen en estas nuevas categorías de daño inmaterial, pese a que ellas habrían podido idóneas para dicho fin si hubieran sido concebidas de otra manera.

El daño inmaterial causado a las comunidades indígenas por la violación de sus derechos al territorio y a la consulta previa es un daño que no tiene una naturaleza económica porque no se puede medir en dinero y por ende con su indemnización se busca compensar y no restituir; es decir, mediante el dinero o los bienes que se entregan o las prestaciones de hacer o de no hacer que el juez ordena se pretende aliviar o morigerar de alguna manera la afectación sufrida sin importar que haya o no dinero de por medio.

Las comunidades indígenas han sido reconocidas tanto por el derecho internacional como por el ordenamiento interno como sujetos de derecho distintos de la persona natural o individuo y de la persona jurídica, y este es tal vez el obstáculo más grande a la hora de encuadrar los daños que sujetos de este tipo padecen.

Al ser un sujeto de derecho debe reconocerse que si se vulneran sus derechos fundamentales esto acarrea un daño, y en Colombia, ante la ocurrencia de un daño que la víctima no tenía por qué sufrir, éste debe repararse.

A partir del reconocimiento mencionado, no es posible hablar de daños colectivos sino de daños individuales padecidos por un sujeto determinado, que es la comunidad como tal.

El daño moral se refiere a la aflicción, al dolor y a la tristeza que puede padecer un sujeto tras la ocurrencia de un evento negativo, y así se ha reconocido tanto en la jurisdicción civil como en la contenciosa. Se trata entonces de un daño que en principio se predica únicamente de la persona natural. Si bien la comunidad indígena es un sujeto de derecho, es un sujeto que no tiene sentimientos ni cualidades humanas y del que por ende no podría predicarse la existencia de un daño moral.

Sin embargo, las comunidades indígenas –y para el caso concreto la comunidad iku– tienen una particularísima relación con el territorio basada en su cosmovisión y creencias ancestrales, que crea unos vínculos tan fuertes y especiales con este que su vulneración implica para ellas la sensación de desaparecer, con la angustia que esto conlleva. Además, al considerar que en su territorio se encuentran grabadas las normas de la Ley de Origen y que bajo la forma de piedras, árboles, montañas, ríos y demás elementos naturales sus dioses y padres ancestrales están representados en la tierra, cualquier afectación a los mismos genera dolor, rabia y una gran sensación de impotencia e incertidumbre frente a su futuro, además del miedo a la reacción de los dioses, que si bien son sentidos por cada uno de los miembros también terminan siendo una sensación generalizada que afecta a la comunidad entera.

Así mismo, su concepción de los recursos naturales implica que cada uno de ellos tiene un papel específico necesario para mantener la armonía y el equilibrio que debe existir entre la Madre Tierra y el mundo espiritual, de manera que su explotación indiscriminada y la violación de aquellos que son sagrados genera en la comunidad los mismos sentimientos de angustia, miedo, dolor, rabia e incertidumbre.

La alteración del orden sagrado en cualquiera de sus manifestaciones no solo afecta a cada individuo en su esfera privada, sino que genera la desarticulación de la comunidad como tal al verse asaltada por el miedo a la reacción de los dioses, que puede materializarse en enfermedades y desastres naturales, por la angustia de desaparecer a causa del desplazamiento que puede generar un megaproyecto o de las consecuencias de estas iniciativas en sus actividades cotidianas y en su *modus vivendi*, por el dolor y la rabia que produce el ataque directo a sus dioses y padres espirituales representados en los elementos de la naturaleza, y por la frustración que genera el sentimiento de no ser tenidos en cuenta y de ser irrespetados en sus creencias más profundas.

Aunque en teoría cabría la posibilidad de aceptar que dentro de la comunidad afectada puede existir un sentimiento generalizado de aflicción, dolor,

angustia y tristeza tras la violación de sus derechos territoriales con ocasión de la aplicación indebida de la consulta previa, en la práctica la tipología de daño moral ha sido concebida de manera tal que resulta difícil encajar este sentimiento general en una figura consagrada para proteger el dolor individual. No resulta entonces posible encuadrar en el daño moral, que es tan íntimo y del interior del ser humano, aquel que sufre la comunidad indígena ante la violación de sus derechos fundamentales. Téngase en cuenta además que el daño que causan estas violaciones más que tristeza produce descomposición del orden de las cosas, desarmonías que luego se reflejan en fenómenos naturales, desconocimiento de las funciones de cada elemento de la naturaleza que causa desequilibrio social, político y cultural, incomunicación con los dioses por afectación de los lugares sagrados y de trabajo espiritual, irrespeto de los restos mortuorios de los antepasados, que desata su furia, entre muchos otros que ya se mencionaron y que claramente no se identifican con el concepto de *daño moral*.

En materia de daño a la vida de relación, éste corresponde a las afectaciones a la esfera exterior de quien lo ha padecido y que puede advertirse en el deterioro de su calidad de vida, en la pérdida o disminución de la capacidad de relacionarse con las personas y cosas, de disfrutar de su existencia o de realizar las conductas cotidianas o habituales, tal como fue reconocido hasta hace poco tanto por la Corte Suprema de Justicia como por el Consejo de Estado.

Además es un daño que puede provenir de diferentes hechos y no exclusivamente de una lesión corporal, tales como una injuria, un sufrimiento intenso o incluso de una afectación al patrimonio, situaciones todas que pueden afectar la vida social del individuo, entre otros; y que no se refiere solamente a la relación con las demás personas sino también a la modificación importante de cualquier aspecto de la vida y a la relación con las cosas del mundo.

Si se tienen en cuenta las características anteriormente mencionadas, resulta que este también es un daño que ha sido concebido principalmente para reparar a la persona natural o al individuo en aquellos casos en los cuales se vean afectadas sus relaciones con los demás y con el mundo exterior, y por más que se pretenda asimilar a la comunidad indígena a un sujeto de derechos, es muy difícil asimilarla a la persona como tal. Las personas pueden ser víctimas de alteraciones en sus relaciones con las cosas del mundo o con los demás, mientras que las comunidades indígenas sufren daños no en sus relaciones sino en su interior al perderse la armonía con el territorio, con sus dioses y con sus ancestros, al romperse el equilibrio natural que dispone la Ley de Origen y al impedirse la realización de las actividades religiosas tradicionales que mantienen la correlación de beneficios entre el mundo exterior y el plano espiritual, conceptos que tampoco parecen tener cabida en esta categoría.

Ante una violación del territorio bien sea porque no se reconozca, por la extracción de recursos naturales o por la realización de proyectos de infraestructura o de actividades para la explotación de estos, tal y como ya se ha visto, necesariamente se produce para la comunidad una alteración profunda en su relación con la tierra y sus recursos, en la realización de sus actividades cotidianas y en la capacidad a veces no solo de disfrutar sino de mantener su existencia. Tal alteración o daño además está ligado al sentir colectivo y genera la pérdida de la capacidad de relacionarse de la misma manera con la naturaleza, de realizar las actividades rutinarias necesarias para su subsistencia como cazar, cultivar, pescar y proveerse de los elementos necesarios para la realización de los pagamentos y rituales y para la elaboración de sus medicinas, de vivir de manera tranquila según su cultura y cosmovisión y llevar a cabo sus prácticas tradicionales, y cambia su manera de relacionarse con el resto del mundo al sentir amenazada su propia existencia. Igual que en el caso anterior, parce que esto va más mucho más allá del daño a la vida de relación de una persona.

En la práctica, tal y como se vio anteriormente, si bien en la jurisdicción civil se sigue manteniendo esta categoría de daño, se ha aplicado siempre para reparar daños causados a personas naturales, y en materia contenciosa ésta desapareció y fue reemplazada por la de daño a la salud y la de daño inmaterial por afectación relevante a bienes o derechos convencional o constitucionalmente amparados. De este modo, tampoco puede decirse que el daño a la vida de relación sea la categoría dentro de la cual podrían encuadrarse los daños causados a las comunidades indígenas con ocasión de la aplicación de la consulta previa y de la violación de sus derechos territoriales.

En cuanto a los daños a los derechos fundamentales en la jurisdicción civil y al daño inmaterial por afectación relevante a bienes o derechos convencional o constitucionalmente amparados en la jurisdicción contenciosa, si bien estas categorías habrían sido tal vez las más apropiadas para encuadrar los daños causados a la comunidad iku y a las comunidades indígenas en general por la afectación a sus derechos territoriales y a la consulta previa, la manera en que fueron concebidas tampoco lo permite.

En materia civil, la Corte Suprema de Justicia circunscribió de manera expresa esta nueva categoría a las personas naturales como tal sin tener en cuenta que existe otro tipo de sujeto distinto, que son las comunidades indígenas, que también tienen derechos fundamentales, cuya vulneración genera consecuencias que deben ser reparadas. Además la limitó a los derechos relacionados con la honra, el buen nombre y a la reputación y, ocasionalmente, la intimidad y la libertad, y dejó por fuera los demás derechos constitucionales fundamentales y por ende aquellos de las comunidades indígenas relacionados con el territorio y la consulta previa.

En materia contencioso-administrativa, se habla de *daño por afectación relevante a bienes o derechos convencional o constitucionalmente amparados*, pero no se ha dado una definición concreta de estos sino solo algunos de sus elementos característicos, tales como que su indemnización debe darse preferentemente con medidas reparadoras no pecuniarias salvo en casos excepcionales; que se trata de un daño inmaterial que proviene de la vulneración o afectación a derechos contenidos en fuentes normativas diversas; que se trata de vulneraciones o afectaciones relevantes, las cuales producen un efecto dañoso, negativo a bienes o derechos constitucionales y convencionales; que la vulneración o afectación relevante puede ser temporal o definitiva; que la reparación de dicho daño tiene como objetivo restablecer plenamente a la víctima en el ejercicio de sus derechos; y que esa reparación está orientada a restaurar plenamente los bienes o derechos constitucionales y convencionales, de manera individual y colectiva, a lograr no solo que desaparezcan las causas originarias de la lesividad, sino también que la víctima pueda volver a disfrutar de sus derechos en condiciones similares a las que estuvo antes de que ocurriera el daño, a propender a que en el futuro la vulneración o afectación no se repita, y a buscar la realización efectiva de la igualdad sustancial.

De estos elementos podría inferirse que esta sería la categoría de daño inmaterial en la que sería posible encuadrar finalmente los daños objeto de la presente investigación, teniendo en cuenta que no se hace una referencia tan explícita como en los casos anteriores al individuo o al ser humano, que los derechos al territorio y a la consulta previa son derechos fundamentales del sujeto comunidad indígena protegidos tanto por la Constitución Política como por el derecho internacional, y que su vulneración tiene consecuencias que producen daños inmateriales a la comunidad.

Sin embargo, sobre esta nueva categoría solo se dan en la jurisprudencia que la crea algunas características muy generales, que no alcanzan a explicar de manera profunda lo que se pretende reparar con ella, si ésta tiene carácter restrictivo o si abarca todos los derechos constitucionales, y si puede aplicarse ante cualquier evento de violación de los derechos humanos, teniendo en cuenta que está inspirada en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Además, se afirma que este daño no se refiere a la lesión misma del derecho fundamental sino a sus consecuencias, pero las sentencias de unificación que lo desarrollan no hacen particular referencia a estas sino solo a la lesión como tal, de manera que no queda claro qué es exactamente lo que pretende repararse.

Al ser tan difícil comprender los alcances de esta categoría tampoco resulta posible que sea aquella destinada a comprender los daños causados a las comunidades indígenas con ocasión de la consulta previa y de la afectación de

sus derechos territoriales, porque si bien estos son derechos relevantes y están convencional y constitucionalmente protegidos, no se ha planteado aún esta posibilidad en la jurisprudencia.

Efectivamente, en la práctica, los daños inmateriales causados a las comunidades indígenas, y en particular a la comunidad arhuaca de la Sierra Nevada de Santa Marta, con ocasión de la aplicación errónea de la consulta previa o de la vulneración de sus derechos territoriales, no encajan en ninguna de las categorías de daño inmaterial actualmente reconocidas por el ordenamiento jurídico colombiano. Lo anterior, principalmente por dos razones precisas: por un lado, las categorías de daño inmaterial reconocidas en Colombia, que, como se vio, son el daño moral, el daño a la vida de relación, el daño a la salud, la vulneración a derechos humanos fundamentales y el daño por vulneración a bienes constitucional y convencionalmente protegidos, que hacen referencia a afectaciones precisas que puede sufrir el ser humano; y, por otro, el sujeto pasivo o víctima de estos daños, que tradicionalmente en el ordenamiento jurídico colombiano ha sido un sujeto individual.

Las comunidades indígenas han sido reconocidas tanto por el derecho internacional como por el ordenamiento interno como sujetos de derecho distintos de la persona natural o individuo, de la multiplicidad de sujetos que la componen y de la persona jurídica que conforma, y este es uno de los obstáculos más grandes a la hora de encuadrar los daños que este tipo de sujetos padecen. Al ser un sujeto de derecho debe reconocerse que si se vulneran sus derechos fundamentales esto acarrea un daño que debe repararse. Por otra parte, si bien al hablar de *comunidad* se entiende que se está haciendo referencia a un grupo de personas, a partir del reconocimiento mencionado no es posible hablar de daños colectivos sino de daños individuales padecidos por un sujeto determinado, que es la comunidad como tal. De este modo, se está hablando de un daño inmaterial que se le causa a un sujeto de derecho que no es un ser humano pero que tampoco puede considerarse la sumatoria de varios seres humanos, sino un sujeto en sí mismo que tiene un sentir propio y que padece daños inmateriales especiales que lo afectan independientemente de la afectación que se produzca también en cada uno de los miembros que lo componen individualmente considerados.

Por otra parte, el otro obstáculo de gran envergadura está en que dentro de esas categorías reconocidas no hay ninguna que contenga afectaciones de tipo cultural, espiritual, ancestral, religioso, místico o como quiera llamarse; en el ámbito de la responsabilidad civil se trata principalmente de categorías individualistas que atañen al dolor, la aflicción, la angustia del fuero interno de un ser humano, o a su esfera exterior, expresada en su salud o en sus relaciones sociales con los demás individuos, pero que no alcanzan a cubrir este aspecto

relacionado con la identidad cultural de una comunidad ancestral, ni con su sentir histórico ni con su relación con la tierra y la naturaleza, que va mucho más allá que la defensa de un ambiente sano. O, desde otros puntos de vista, se reconocen daños colectivos principalmente relacionados con este último aspecto pero que tampoco tienen correspondencia con aquello que se ha tratado de explicar en este escrito como ese sentir propio de una cultura que se comparte en su interior y que, si se lesiona, es objeto de un daño que aquí no queda cubierto.

La insuficiencia del sistema de responsabilidad civil frente a este tipo de daños se deriva entonces de estos dos factores principalmente y no de la dificultad de su reparación, ya que el ordenamiento nacional no tiene ni ha tenido problema en reconocer todo tipo de medidas indemnizatorias, reparatorias, resarcitorias, satisfactorias, garantías de no repetición e incluso cesación del ilícito, teniendo en cuenta que lo que se busca siempre es la reparación integral.

ALPA, GUIDO, *Responsabilità civile e danno*, Il Mulino, Bologna, 1991.

APONTE, JOSÉ MARTÍN y LÓPEZ, LINA MARÍA, *El pluralismo jurídico indígena en la ley de víctimas y restitución de tierras: retorno y consulta previa*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 2013.

ARANGO, RAÚL y SÁNCHEZ, ENRIQUE, *Los pueblos indígenas de Colombia en el umbral del nuevo milenio*, Departamento Nacional de Planeación, Bogotá, 2004.

ARANGO, RAÚL y SÁNCHEZ, ENRIQUE, *Los pueblos indígenas de Colombia 1997 desarrollo y territorio,* Tercer Mundo Editores, Bogotá, 1998.

ARIZA, ROSEMBERT, *Coordinación entre sistemas jurídicos y administración de justicia indígena en Colombia,* Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 2010.

ARIZA, ROSEMBERT, *Pueblos indígenas de Colombia ante el sistema interamericano de derechos humanos*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2013.

ASSIES WILLEM; VAN DER HAAR, GEMMA y HOEKEMA ANDRÉ, *La diversidad como desafío: una nota sobre los dilemas de la diversidad* en El reto de la diversidad. Pueblos indígenas y reforma del Estado en América Latina, eds. Willem Assies, Gemma Van Der Haar y André Hoekema, El Colegio de Michoacán, Michoacán, 1999, pp. 505-542.

BAQUERO, CARLOS ANDRÉS, RODRÍGUEZ CÉSAR, *¿Qué es la Sierra Nevada de Santa Marta?*, documental, DeJusticia, 1.° de septiembre, 2013.

BAQUERO, CARLOS ANDRÉS, RODRÍGUEZ CÉSAR, *El pueblo wiwa y la represa ranchería*, documental, DeJusticia, 2 de septiembre, 2013.

BAQUERO, CARLOS ANDRÉS, RODRÍGUEZ CÉSAR, *Un paso hacia la ciudadanía indígena*, El Espectador, 12 de octubre, 2014.

BARLEY, NIGEL, *El antropólogo inocente*, Editorial Anagrama, Barcelona, 1999.

BAUDOUIN JEAN-LOUIS y DESLAURIERS, PATRICE, *La responsabilité civile*, 6.ª ed., Éditions Yvon Blas, Québec, 2003.

BEALBY, J., *The Sierra Nevada de Santa Marta,* The Scottish Geographical Magazine, Edimburgo, 1887.

BERNAL, CARLOS, *Sobre el daño y la vulneración de los derechos fundamentales*, disponible en [http://derechodelaresponsabilidad.blogspot.com.co/2009/10/bernal-sobre-el-dano-yla-vulneracion.html], octubre 11 de 2009.

Blanco, Jacqueline, *Tierra, autonomía y ancestralidad, una triada de poder al interior de la jurisdicción especial indígena en Colombia*, Revista Prolegómenos, vol. xiv, n.º 28-2, Bogotá, 2011, pp. 25-44.

Bocarejo, Diana, *Tipologías y topologías indígenas en el multiculturalismo colombiano*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2015.

Bodley, John, *Tribal Peoples & Development Issues: A Global Overview*, Mayfield Pub. Co., California, 1987.

Boelens, Rutgerd, *La gestión indígena y campesina del agua frente a las políticas hídricas de los países andinos*, eds. Rutgerd Boelens, David Getches y Armando Guevara Gil, Instituto de Estudios Peruanos, Walir, Lima, 2006.

Bonilla, Daniel, *La ciudadanía multicultural y la política del reconocimiento*, Ediciones Uniandes, Bogotá, 1999.

Brasiello, Teucro, *I limiti della responsabilità per danni nel nuovo sistema legislativo italiano*, Alberto Morano Editore, Napoli, 1942.

Buenahora, Jaime, *El proceso constituyente. De la propuesta estudiantil a la quiebra del bipartidismo*, Tercer Mundo Editores, Bogotá, 1991

Bustamante, Jorge, *Teoría general de la responsabilidad civil*, 9.ª ed., Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997.

Camargo, Pedro Pablo, *Crítica a la Constitución colombiana de 1886*, Editorial Temis, Bogotá, 1987.

Cárdenas, Felipe, *Proyecto de transcripción, análisis y publicación de documentos sobre la Sierra Nevada de Santa Marta siglos xvi, xvii, xviii*, Bogotá, icanh, 1996.

Carducci, Michele, *Il nuovo costituzionalismo andino tra alterità indigenista e ideología ecologista* en Rivista di Diritto Pubblico Comparato ed Europeo, n.º 2, 2012, pp. 319-325.

Carter, William, *Comunidades aymaras y reforma agraria en Bolivia*, vol. 6, Instituto Indigenista Interamericano, México, 1967.

Castro, Daniel, *Another Face of Empire: Bartolomé de las Casas, Indigenous Rights, and Ecclesiastical Imperialism,* Duke University Press, Londres, 2007.

Cepeda, Manuel José, *Introducción a la Constitución de 1991, hacia un nuevo constitucionalismo,* Imprenta Nacional de Colombia, Bogotá, 1993.

Chinchilla, Fernando, *Quién responde por los derechos humanos de las poblaciones más pobres*

en América Latina y el Caribe: democracia vs. desigualdad, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 2007-2011.

Citelli, Marco, *Public Morals, Animal Welfare and Indigenous Peoples vs. International Trade Law The EC-Seal Products Case* en Rivista di Diritti umani e diritto internazionale, vol. 3, 2014, pp. 623-630.

Clavero, Bartolomé, *Ama Llunk, Abya Yala: Constituyencia indígena y código ladino por América,* Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000.

Collier, Jane, *Analyzing witchcraft beliefs*, en Practicing ethnography in law: new dialogues, enduring methods, eds. June Starr y Mark Goodale, Nueva York, 2000, pp. 72-86.

Comaroff, John, *Of totemism and ethnicity: Consciousness, practice and the signs of inequality*, Journal of Anthropology v. 52 I 3-4, Hindawy, 1987, pp. 301-323.

Contesse, Jorge, *¿Qué hacer con el Convenio 169?*, blog de Jorge Contesse, septiembre de 2014.

Davis, Wade, *El Río, exploraciones y descubrimientos en la selva amazónica*, El Áncora Editores, Bogotá, 2002.

De Alcarcer, Fray Antonio, *Las misiones capuchinas en el Nuevo Reino de Granada hoy Colombia,* Seminario Serático Misional Capuchino, Bogotá, 1959.

De Cupis, Adriano, *El daño. Teoría general de la responsabilidad civil*, trad. Ángel Martínez, Editorial Bosch, Barcelona, 1970.

De Cupis, Adriano, *I fatti illeciti*, Casa Editrice Dr. Francesco Vallardi, Milano, 1970.

De la Calle, Humberto, *Reflexiones sobre la nueva Constitución*, en Los cambios constitucionales 1991, Editorial Linotipia Bolívar S. en C., Bogotá, 1992.

De las Casas, Fray Bartolomé, *Tratado de las treinta proposiciones muy jurídicas,* en Obras escogidas de Fray Bartolomé de las Casas, tomo v, Biblioteca de Autores Españoles, Madrid, 1958.

De las Casas, Fray Bartolomé, *Tratados de Fray Bartolomé de las Casas,* tomos i y ii, Fondo de Cultura Económica, México, 1965.

Durán, Daniel, *Propuesta metodológica para la consulta previa del proyecto Puerto ccx*, Empresa de Energía de Bogotá.

Duve, Thomas, *La condición jurídica del indio y su consideración como persona miserabilis en el derecho indiano*, en Un giudice e due leggi. Pluralismo normativo e conflitti agrari in Sud America, Giuffrè, Milán, 2004.

Eguiguren, Francisco José, *El reconocimiento de la diversidad cultural y de la identidad de los pueblos indígenas y su incidencia en el diseño institucional del Estado* en Memorias del xii Congreso Interamericano de Derecho Constitucional, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2016, pp. 319-344.

Escobar, Arturo, *Encountering Development. The Making and Unmaking of the Third World*, Princeton University Press, Princeton, 1995.

Escobar, Arturo, *Sentipensar con la tierra, nuevas lecturas sobre desarrollo, territorio y diferencia,* Ediciones Unaula, Medellín, 2014.

Esguerra, Juan Carlos, *La protección constitucional del ciudadano,* Legis, Bogotá, 2004.

Esquirol, Jorge, *Writing the law of Latin America*, George Washington International Law Review 40, Washington, 2009, pp. 693-732.

Estepa, Reinaldo, *El orden del todo: Sierra Goanawindwa-Shwndwa un territorio de memorias, tendencias y tensiones en torno al ordenamiento ancestral*, iepri, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2011.

Fasciglione, Marco, *Exploitation of Natural Resources and the Duty to Consult Indigenous Peoples in Recent Case Law of the Inter-American Court of Human Rights*, en Rivista di Diritti umani e diritto internazionale, vol. 1, 2013, pp. 187-191.

Ferro, María del Rosario, *Makruma: el don entre los iku de la Sierra Nevada de Santa Marta*, Ediciones Uniandes, Bogotá, 2012.

Field, Les, *Who are the indians? Reconceptualizing indigenous identity, resistance, and the role of social science in Latin America*, Latin American Research Review 29 (3), Pittsburgh, 1994, pp. 237-248.

Friedman, Lawrence, *A few thoughts on ethnography, history, and law*, Palgrave MacMilan, Nueva York, 2002.

Galvis, María Clara, *El Derecho a la consulta previa, libre e informada de los pueblos indígenas: la situación de Bolivia, Colombia, Ecuador y Perú*, Due Process of Law Fundation, Washington D. C., 2011.

Geertz, Clifford, *Local Knowledge. Anthropological Essays*, Basic Books, Nueva York, 1983.

Giraldo, Natalia, *Camino en espiral*, Editorial Universidad de Caldas, Manizales, 2014.

Gómez, John Jairo, *Legislación indígena colombiana,* Ediciones Antropos, Bogotá, 2002.

Gómez, Rafael, *Visión de la Sierra Tayrona,* Boletín de la Sociedad Geográfica de Colombia año 8 n.º 2, Bogotá, 1948, pp. 180-184.

Goodenough, Ward, *Describing a Culture*, en Description and Comparison in Cultural Anthropology, Cambridge University Press, Cambridge, 1970, pp. 104-119.

Grawitz, Madeleine, *Méthodes des sciences sociales*, Dalloz, París, 2011.

Graziadei, Michele, *Comparative law as the study of transplants and receptions*, en The Oxford Handbook of Comparative Law, Oxford University Press, Oxford, 2007, pp. 447 y ss.

Griffiths, John, *What is legal pluralism?*, Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law 24, Ghent, 1986, pp. 1-55.

Guber, Rosana, *La etnografía método, campo y reflexividad*, Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires, 2014.

Guevara, Armando, *El derecho y la gestión local del agua en Santa Rosa de Ocopa Junín-Perú*, Editorial Iprogra, Lima, 2013.

Harris, Marvin, *History and significance of the emic/etic distinction*, en Annual Review of Anthropology, vol. 5.1, 1976, pp. 329-350.

Henao, Juan Carlos, *De tal derecho lesionado, tal acción*, en v Jornadas de Derecho Constitucional y Derecho Administrativo, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005, pp. 486-541.

Henao, Juan Carlos, *El daño. Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en derecho colombiano y francés*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007.

Henao, Juan Carlos, *La acción de tutela y la responsabilidad extracontractual del Estado*. Homenaje a Fernando Hinestrosa. Treinta años de rectorado, *Liber amicorum*. Estudios y temas, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1993.

Henao, Juan Carlos, *Las formas de reparación en la responsabilidad del Estado: hacia su unificación sustancial en todas las acciones contra el Estado*, en Revista de Derecho Privado n.º 28, 2015, pp. 277-366.

Henao, Juan Carlos, *Le dommage. Analyse à partir de la responsabilité civile extracontractuelle de l'État en droit colombien et en droit français*, tesis doctoral, Universidad de París 2 Panthéon-Assas, sustentada el 27 de noviembre de 2007.

Indepaz, *Situación de los pueblos indígenas de Colombia*, Kas Papers n.º 4, ed. Jost Stefan, Bogotá, 2009.

Iturralde, Diego, *Movimiento indio, costumbre jurídica y usos de la ley*, en Entre la ley y la costumbre. El derecho consuetudinario indígena en América Latina, eds. Diego

Iturralde y Rodolfo Stavenhagen, Instituto Indigenista Interamericano, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, México, 1990.

Jaramillo, Efraín, *Los indígenas colombianos y el Estado: desafíos ideológicos y políticos de la multiculturalidad*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 2011.

Jaramillo, Juan Fernando, *La Constitución de 1991: un análisis de sus aportes desde una perspectiva histórica*, en Constitución democracia y derechos. Textos escogidos de Juan Fernando Jaramillo Pérez, Dejusticia, Bogotá, 2016, pp. 28-61.

Jimeno, Myriam, *Juan Gregorio Palchecor: historia de mi vida,* Jimeno, Bogotá, 2006.

Kenneth Lee, Pike, *Language in relation to a unified theory of structure of human behavior,* The Hague, Mouton, 1967.

Kymlicka, Will, *Multicultural citizenship. A liberal theory of minority rights*, en Canadian Journal of Political Science v, 29-4, Oxford University Press, Oxford, 1996, pp. x-280.

Lanni, Sabrina, *Sistema giuridico latinoamericano e diritti dei popoli indigeni*, en I diritti dei popoli indigeni in America Latina, Edizioni Scientifiche Italiane, Roma, 2011.

Levaggi, Abelardo, *Muerte y resurrección del derecho indiano sobre el aborigen en la Argentina del siglo xix*, Perrot, Buenos Aires, 1988.

Lleras, Carlos y Tangarife, Marcel, *Constitución Política de Colombia, origen, evolución y vigencia*, tomo i, Biblioteca Jurídica Dike, Bogotá, 1996.

López, Diego, *El derecho de los jueces*, Legis, Bogotá, 2016.

M'Causland, María Cecilia, *Tipología y reparación del daño inmaterial en Colombia*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2015.

M'Causland, María Cecilia, *Tipología y reparación del daño no patrimonial. Situación en Iberoamérica y en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2008.

Malinowski, Bronislaw, *Argonauti del Pacifico occidentale. Riti magici e vita quotidiana nella società primitiva*, Bollati Boringhieri, Torino, 2011.

Mamos arhuacos, *Universo arhuaco*, Rec. Nora Díaz y Jesús Ortiz en el marco del vii Festival Internacional de Poesía en Medellín, Prometeo, Medellín, 1997.

Mason, Peter, *Deconstructing America. Representations of the Other*, Routledge, Londres, Nueva York, 1994.

Mattei, Ugo, *The ecology of law: Toward a legal system in Tune with nature and community*, Berrett-Koehler Publishers, Oakland, 2015.

Mayorga, Fernando, *Il riconoscimento dei diritti degli indigeni: dallo stato coloniale allo stato moderno, ovvero il cammino a ritroso del tempo*, en I diritti dei popoli indigeni in America Latina, compilado por Sabrina Lanni, Edizioni Scientifiche Italiane, Roma, 2011, pp. 303-336.

Mayorga, Fernando, *Multiculturalismo: del Estado colonial al Estado moderno*, en El Estado: reflexiones acerca de sus retos en el siglo xxi, Universidad del Rosario, Bogotá, 2005, pp. 265-291.

Mazeaud, Henri et Léon y Tunc André, *Traité theorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle* Tome premier, Éditions Montchrestien, París, 1957.

Mazeaud, Henri y Léon y Tunc André, *Tratado de la responsabilidad civil*, t. i, vol. 1, trad. Luis Alcalá-Zamora, Ediciones Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1977.

Mejía, Jaime, *Los arhuacos,* Centro de Publicaciones Universidad Nacional Seccional de Manizales, Manizales, 1973.

Mensi, Andrea, *I popoli indigeni e le development-based evictions, il diritto alle terre come un diritto culturale*, en Rivista Politica del Diritto, vol. 1/2, 2016, pp. 191-216.

Menski, Werner, *Comparative law in a global context*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006.

Míguez, Rodrigo, *Terra di scontri. Alterazioni e rivendicazioni del diritto alla terra nelle Ande centrali*, Giuffrè Editore, Milán, 2013.

Monateri, Pier Giuseppe, *Le fonti delle obbligazioni 3. La responsabilità civile*, Dir. Rodolfo Sacco, utet, Torino, 1998.

Montaño, Mario, *Diccionario de mitología aymara*, Producciones Cima Editores, La Paz, 2006.

Morales, John Jairo, *La consulta previa: un derecho fundamental*, Ediciones Doctrina y Ley, Bogotá, 2014.

Morris, Michael, *Views from inside and outside: Integrating emic and etic insights about culture and justice judgment*, en Academy of Management Review, vol. 24.4, 1999, pp. 781-796.

Nader, Laura, *Le forze vive del Diritto. Un'introduzione all'antropologia giuridica*, Edizioni scientifiche italiane, Napoli, 2003.

Navia Arroyo, Felipe, *Estudio sobre el daño moral*, Editorial Elocuencia, Bogotá, 1979.

Nino, Michele, *'Land grabbing', sovranità territoriale e diritto alla terra dei popoli indigeni*, en Rivista di diritti umani e diritto internazionale, vol. i, 2016, pp. 185-207.

onic, *Derecho de los pueblos indígenas y sistemas de jurisdicción propia*, onic, 2007.

onic, *Mandato político general de los pueblos indígenas de Colombia artículos 86-88,* Bogotá, 2013.

onic, *Territorio indígena y Constitución*, 2007.

Orduz, Natalia y Rodríguez, César, *La consulta previa: dilemas y soluciones*, Editorial DeJusticia, Bogotá, 15 de junio de 2012.

Orozco, José Antonio, *Nabusímake tierra de arhuacos*, Escuela Superior de Administración Pública, Bogotá, 1990, pp. 49-63.

Osuna, Néstor Iván, *Tutela y amparo: derechos protegidos*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1998.

Ots, José María, *Manual de historia del derecho español en las Indias y del derecho propiamente indiano*, Instituto de Historia y Derecho Argentino, Buenos Aires, 1943.

Pagden, Anthony, *Spanish imperialism and the political imagination,* Yale University Press, Londres, 1990.

Parra, Néstor Hernando, *Lineamientos de la nueva Constitución*, en Los cambios constitucionales 1991, Editorial Linotipia Bolívar S. en C., Bogotá, 1992, pp. 15-36.

Pérez, Jacobo, *Derecho Constitucional Colombiano*, Editorial Temis, Bogotá, 1997.

Petersen, Hanne, *Legal polycentricity: Consequences of pluralism in law*, eds. Hanne Petersen y Henrik Zahle, Dartmouth Pub. Co., Aldershot, 1995.

Petters, Milena, *Neocostituzionalismo e "nuevo constitucionalismo" in America Latina*, en Rivista di diritto Pubblico Comparato ed Europeo, n.º 12, 2012, pp. 332-354.

Pospisil, Leopold, *Anthropology of law. A comparative theory*, hraf Press, New Haven, 1974.

Ramos, Carlos, *El código napoleónico y su recepción en América Latina*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1997.

Raparelli, Valentina, *La tutela del diritto alla diversità étnica e culturale in Colombia*, en Rivista di Diritto Pubblico Comparato ed Europeo, vol. 4, 2005, pp. 1672-1711.

Reclus, Elisée, *Viaje a la Sierra Nevada de Santa Marta*, Editorial Cahur, Bogotá, 1947.

Reichel-Dolmatoff, Gerardo, *Contactos y cambios culturales en la Sierra Nevada de Santa Marta*, Revista Colombiana de Antropología, vol. 1, n.º 1, Bogotá, 1953, pp. 15-122.

Reichel-Dolmatoff, Gerardo, *La conquista de los Tairona*, Instituto Colombiano de Cultura, Bogotá, 1977.

Reichel-Dolmatoff, Gerardo, *Los kogui: una tribu indígena de la Sierra Nevada de Santa Marta*, Procultura, Bogotá, 1985.

Reyes, Judith, *Pachamama dos mundos, dos vivencias, un ideal: la defensa de la tierra*, en Boletín Americanista, vol. 50, 2000, Barcelona, pp. 269-280.

Rivera Bohn, Claudia, *As sociedades pré-colombianas: dimensão cultural, econômica, político-social e jurídica*, en Direito e justiça na América indígena. Da conquista à colonização, compilado por Antonio Wolkmer, Livreria do Avogado, Porto Alegre, 1998.

Rivera, Jairo, *El Resguardo una política y unas perspectivas*, en Boletín de Historia y Antigüedades n.º 751, Academia Colombiana de Historia, Bogotá, 1985.

Rivera, Jairo, *El Resguardo una política y unas perspectivas*, Tesis Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1984.

Rodríguez, Ana Catalina; Rojas, Pedro y Santamaría, Ángela, *Escuela intercultural de diplomacia indígena: memoria, derecho y participación. La experiencia del pueblo arhuaco, Nabusímake, Sierra Nevada de Santa Marta*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2012.

Rodríguez, Gloria Amparo, *De la consulta previa al consentimiento libre, previo e informado a pueblos indígenas en Colombia*, Colección Diversidad Étnica y Cultural, Editorial Ibáñez, Bogotá, 2014.

Rodríguez, Gloria Amparo, *La consulta previa, un derecho fundamental de los pueblos indígenas y grupos étnicos de Colombia*, Grupo Semillas, Bogotá, 2008.

Rodríguez, Javier, *Acceso a la justicia de los pueblos indígenas. Guía para la atención especializada por parte de las oficinas de Ombudsman*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 2006.

Rodríguez, María Luisa, *Minorías, acción pública de inconstitucionalidad y democracia deliberativa*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2005.

Rolla, Giancarlo, *La nuova identità costituzionale latinoamericana nel bicentenario dell'indipendenza*, Rivista di Diritto Pubblico Comparato ed Europeo, n.º 2, 2012, pp. 326-341.

Rousseau, Jean-Jacques, *El contrato social*, Editions Payot, París, 1972.

Ruiz, Oswaldo y Donoso, Gina, *Pueblos indígenas y la Corte Interamericana de Derechos Humanos: fondo y reparaciones*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 2012.

Sacco, Rodolfo, *Antropologia Giuridica*, Il Mulino, Bolonia, 2007.

Salmón, Elizabeth, *Inclusión y gestión de la diversidad: hacia la afirmación de un modelo de inclusión desde el DIDH*, en Memorias del XII Congreso Interamericano de Derecho Constitucional, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2016, pp. 261-290.

Sánchez, Esther y Jaramillo, Cristina, *La jurisdicción especial indígena*, Procuraduría General de la Nación, Bogotá, 2000.

Sánchez, Esther, *La realización del pluralismo jurídico de tipo igualitario en Colombia*, Nueva Antropología, vol. XXII, n.º 71, Asociación Nueva Antropología A. C., México, 2009, pp. 31-49.

Sánchez, Esther, *Peritazgo antropológico. Una forma de conocimiento*, en El otro Derecho, ILSA, Bogotá, 1985.

Sánchez, Enrique, Roldán, Roque y Sánchez, María Fernanda, *Derechos e identidad, los pueblos indígenas y negros en la Constitución Política de 1991*, Disloque Editores, Bogotá, 1993.

Sánchez, Esther, *Justicia y pueblos indígenas de Colombia: la tutela como medio para la construcción del entendimiento intercultural*, Universidad Nacional de Colombia, Bogotá, 2010.

Sánchez, Esther, *Peritazgo antropológico. Una forma de conocimiento*, en El otro Derecho, ILSA, Bogotá, 1985.

Santofimio, Jaime Orlando, *Tratado de derecho administrativo*, t. III, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004.

Santos, Boaventura de Sousa, *Law: A map of misreading. Toward a postmodern conception of law*, Journal of Law and Society 14 (3), Cardiff University, Cardiff, 1987, pp. 279-302.

Santos, Boaventura de Sousa, *Toward a new common sense. Law, science and politics in the paradigmatic transition*, Routledge, Nueva York, 1995.

Santos, Boaventura de Sousa, *Una epistemología del sur: la reinvención del conocimiento y la emancipación social*, editor José Guadalupe Gandarilla Salgado, Clacso, México, 2009.

Santos-Granero, Fernando, *Paisajes sagrados arahuacos: nociones indígenas del territorio en tiempos de cambio y modernidad*, Revista Andina n.º 42, Centro Bartolomé de las Casas, Cusco, 2006, pp. 99-124.

Savatier, René, *Traité de la Responsabilité civile en droit français*, tomo I, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1951.

Schegelberger, Bruno, *Los arhuacos en defensa de su identidad y autonomía*, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 1995.

Schipani, Sandro, *Codici civili del sistema latinoamericano*, en Digesto delle discipline privatistiche: sezione civile, UTET, Torino, 2010.

Scott, James, *The Art of not being governed*, Yale University Press, Yale, 2009.

Semper, Frank, *Los derechos de los pueblos indígenas de Colombia en la jurisprudencia de la Corte Constitucional*, en Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, t. II, Ciudad de México, 2006.

Sierra, Humberto Antonio, *Recientes avances de la jurisprudencia constitucional colombiana*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José de Costa Rica, 2012.

Sievers, Wilhelm, *Los indígenas arhuacos en la Sierra Nevada de Santa Marta*, Boletín del Museo del Oro n.º 16, Museo del Oro, Bogotá, 1986.

Starr, June y Collier, Jane, *Introduction: Dialogues in legal anthropology*, en History and power in the study of law: New directions in legal anthropology, eds. June Starr y Jane Collier, Cornell University Press, Ithaca, 1989.

Stiglitz, Joseph, *El malestar en la globalización,* Taurus, Buenos Aires, 2002.

Strauss, Levi, *Tristi tropici*, Il Saggiatore, Milano, 1960.

Tamayo Jaramillo, Javier, *De la responsabilidad civil*, tomo 2, Temis, Bogotá, 1999.

Tamayo Jaramillo, Javier, *De la responsabilidad civil. De los perjuicios y su indemnización*, tomo 2, Temis, Bogotá, 1986.

Todorov, Tzvetan, *La conquista dell'America, Il problema dell'altro*, Einaudi, Turín, 2014.

Tomás y Valiente, Francisco, *Códigos y Constituciones (1808-1978)*, Alianza, Madrid, 1989.

Torres, Vincencio, *Los indígenas arhuacos y la vida de la civilización*, Editorial América Latina, Bogotá, 1978.

Uribe, Carlos Alberto, *Geografía humana de Colombia, nordeste indígena*, tomo II, Instituto Colombiano de Cultura Hispánica, Bogotá, 1992.

Varese, Stefano, *Multiethnicity and hegemonic construction: Indian plans and the future*, en Ethnicities and Nations, University of Texas Press, Austin, 1988.

Varios, *Análisis interdisciplinario del Convenio 169 de la oit*, coord. José Emilio Rolando Ordóñez, ix Jornadas Lascasianas, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2000.

Varios, *Conflictos y judicialización de la política en la Sierra Nevada de Santa Marta*, Universidad del Rosario, Bogotá, 2010.

Varios, *Diversidad cultural: conflicto y derecho*, coord. Emiliano Borja, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

Varios, *Documentos para la historia del movimiento indígena colombiano contemporáneo*, comp. Enrique Sánchez y Hernán Molina, Ministerio de Cultura, Biblioteca Básica de los Pueblos Indígenas de Colombia, Bogotá, 2010.

Varios, *El indigenismo americano*, eds. Teodosio Fernández, Azucena Palacios y Enrique Pato, Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 2001.

Varios, *Indígenas, poblamiento, política y cultura en el departamento del Cesar*, comp. Leovedis Martínez y Hugues Sánchez, Ediciones Unicesar, Valledupar, 2002.

Varios, *Justicia y diversidad en América Latina: pueblos indígenas ante la globalización*, eds. Victoria Chenaut, Magdalena Gómez, Héctor Ortiz y Maria Teresa Sierra, Publicaciones de la Casa Chata, 2011.

Varios, *La consulta previa a pueblos indígenas: los estándares del derecho internacional*, César Rodríguez Garavito y Meghan Morris (dirs.), Natalia Orduz Salinas y Paula Buriticá, Universidad de los Andes, colección Justicia Global, Bogotá, 2010.

Varios, *Lecturas sobre derecho del medio ambiente*, Universidad Externado de Colombia, tomo viii, Bogotá, 2008.

Varios, *Pueblos indígenas y derechos étnicos*, coord. José Emilio Rolando Ordóñez, vii Jornadas Lascasianas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1999.

Viloria de la Hoz, Joaquín, *Sierra Nevada de Santa Marta: economía de sus recursos naturales*, Banco de la República, Cartagena, 2005.

Viney, Geneviéve, *Traité de droit civil. Les conditions de la responsabilité*, lgdj, París, 1998.

Von Benda-Beckman, Franz, *Scapegoat and magic charm: law in development theory and practice*, Journal of Legal Pluralism and Unofficial Law 28, Ghent, 1989, pp. 129-148.

Weller, Marc y Hohmann, Jessie, *The UN declaration on the rights of indigenous peoples: a commentary*, Oxford University Press, Londres, 2014.

Williams, Robert, *The American Indian in Western Legal Thought: The Discourses of Conquest*, Oxford University Press, Oxford, 1990.

Wolf, Eric, *Pathways of power. Building an anthropology of the modern world*, University of California Press, Berkeley, 2001.

Yáñez, Diego Armando, *Responsabilidad constitucional: el juez de tutela en la reparación de daños*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2016.

Younes, Diego, *Derecho constitucional colombiano*, Legis, Bogotá, 2016.

Yrigoyen, Raquel, *Hitos del reconocimiento del pluralismo jurídico y el derecho indígena en las políticas indigenistas y el constitucionalismo andino*, en Pueblos indígenas y derechos humanos, Universidad de Deusto, Bilbao, 2006, pp. 537-567.

Yrigoyen, Raquel, *Pautas de coordinación entre el derecho indígena y el derecho estatal*, Fundación Myrna Mack, Guatemala, 1999.

Zalabata, Leonor, *Derecho al territorio y desterritorialización de los pueblos indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta*, Etnias y Política n.º 6, Bogotá, 2008, pp. 36-41.

Zavala, Silvio, *La encomienda indiana*, Porrúa, México, 1973.

PÁGINAS VIRTUALES

[www.festivaldepoesiademedellin.org/es/Revista/ultimas_ediciones/50/arhuacos.html]

[www.sogeocol.edu.co/documentos/047_los_alem_y_las_cienc.pdf]

[www.observatorioetnicocecoin.org.co/files/Documentos-para-la-historia-del-movimiento-indigena.pdf]

[file://Users/dianarivera/Downloads/el_libro_de_los_mams.pdf]

[http://webs.advance.com.ar/pfernando/DocsIglLA/Paulo3_sublimis.html]

[www.kas.de/wf/doc/kas_17956-544-4-30.pdf]

[www.banrepcultural.org/blaavirtual/antropologia/amerindi/sierneva.htm]

[www.lamochilaarhuaca.com/inicio/pueblo-arhuaco/historia/]

[www.lamochilaarhuaca.com/inicio/pueblo-arhuaco/cosmogon%C3%ADa-y-cosmovisión/]

[www.ecoportal.net/EcoNoticias/Los_ arhuacos_en_Colombia_quieren_preservar_su_habitat_y_su_cultura]

[www.mapp-oea.net/documentos/iniciativas/Libro_arhuacos.pdf]

[www.prosierra.org]

[http://nasaacin.org/informativo-nasaacin/contexto-colombiano/4449-declaracion-del-pueblo-arhuaco-ante-la-dificil-situacion-que-afronta-el-pueblo-nasa]

[www.elheraldo.co/blogs/arhuacos-caminan-seguros-en-pos-de-inarwa-90712]

[http://justiciaypazcolombia.com/IMG/pdf/Ano_4_-_N9.pdf]

[http://radiomacondo.fm/2015/10/04/onic-celebra-decision-de-la-corte-constitucional-al-declarar-exequible-el-decreto-1953-de-origen/]

[www.ohchr.org/SP/Issues/IPeoples/SRIndigenousPeoples/Pages/SRIPeoplesIndex.aspx]

[http://acnudh.org/wp-content/uploads/2011/09/Tripticos-Mecanismos-DDHH-dePueblosInd%C3%ADgenas.pdf]

[www.oas.org/es/acerca/quienes_somos.asp]

[www.oas.org/OASpage/Events/default.asp?eve_code=11]

[http://caracol.com.co/radio/2017/02/05/nacional/1486259436_425080.html]

[www.rcnradio.com/nacional/gobierno-e-indigenas-acordaron-ruta-consulta-previa-al-acuerdo-paz/]

[www.mininterior.gov.co/sala-de-prensa/noticias/gobierno-e-indigenas-concertaron-ruta-de-consulta-previa-de-iniciativas-normativas-para-la-implementacion-del-acuerdo-de-paz]

[www.elespectador.com/opinion/mamos-y-gobierno-etico]

[www.aws.elespectador.com/opinion/el-sexto-sentido-de-six-senses]

[www.semana.com/nacion/articulo/historia-reivindicacion-indigena-consulta-previa/239555-3]

[www.eltiempo.com/colombia/otras-ciudades/dialogos-sobre-la-proteccion-de-la-sierra-nevada-se-encuentran-en-peligro/16515213]

[http://elpilon.com.co/fallo-de-la-corte-favorecio-a-indigenas-arhuacos/]

[www.eluniversal.com.co/cartagena/alcantarillado-y-consulta-previa-favor-de-puerto-rey-184436]

[www.elespectador.com/noticias/medio-ambiente/dejemos-de-hacer-mineria-contra-personas-rodrigo-negret-articulo-647534]

[http://lasillavacia.com/silla-llena/red-rural/historia/la-corte-constitucional-un-actor-determinante-y-activista-en-la]

[http://sostenibilidad.semana.com/medio-ambiente/articulo/sierra-nevada-indigenas-piden-modificar-mecanismo-de-las-consultas-previas/36469]

[www.elespectador.com/opinion/editorial/gobierno-instancia-prejudicial-articulo-640161]

[www.semana.com/nacion/articulo/consejo-de-estado-ordena-consulta-previa-para-desviacion-de-arroyo-bruno/510072]

[www.semana.com/nacion/articulo/frenan-doble-calzada-sincelejo-toluviejo/499604]

[www.eluniverso.com/noticias/2017/02/15/nota/6048820/papa-francisco-reconoce-derecho-indigena-sobre-sus-tierras]

[www.elespectador.com/noticias/medio-ambiente/indigenas-de-sierra-suspenden-consultas-previas-articulo-616518]

[http://noticiasunolaredindependiente.com/2012/06/30/secciones/que-tal-esto/que-tal-esto-antenas-kogui/]

[http://derechodelaresponsabilidad.blogspot.com.co/2009/10/bernal-sobre-el-dano-y-la-vulneracion.html]

[www.alberdi.de/espacio%20%20y%20territorio%20sagrado-Jair,actu,02.06.07.pdf]

[www.banrep.gov.co/docum/Lectura_finanzas/pdf/DTSER-61-VE.pdf]

OTRAS FUENTES

Acción de tutela, Consejo Territorial de Cabildos de la Sierra Nevada de Santa Marta contra Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, Ministerio del Interior, Empresa Brisa S. A., Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, 2008.

Alegatos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de Awas Tingni vs. Nicaragua, Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua, sentencia del 31 de agosto de 2001.

Análisis cultural de los principios, del territorio ancestral, del gobierno y la consulta ancestral, como insumo para construir la propuesta del protocolo de consulta previa de los pueblos indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta, Consejo Territorial de Cabildos, Valledupar, 2016.

Banco Mundial, Manual de Operaciones Política Operacional OP 4. 10, Pueblos Indígenas, julio 2005.

Bula Sublimis Deus de Paulo III, 2 de junio de 1537.

Censo DANE 2018.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe n.º 40/04, Caso 12.053, Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice), 12 de octubre de 2004.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe n.º 75/02, Mary y Carrie Dann vs. Estados Unidos, 27 de diciembre de 2002.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Acceso a la justicia e inclusión social: el camino hacia el fortalecimiento de la democracia en Bolivia, 2007.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Comunidad San Vicente los Cimientos vs. Guatemala, Solución Amistosa, 2003.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Democracia y Derechos Humanos en Venezuela. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 54, 30 de diciembre de 2009.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Derechos de los pueblos indígenas y tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales: Normas y jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos, 2010.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe de Seguimiento - Acceso a la justicia e inclusión social: el camino hacia el fortalecimiento de la democracia en Bolivia, 7 de agosto de 2009.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe n.º 73/04, caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay, 19 de octubre de 2004, recomendación 6, citado en Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 29 de marzo de 2006.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Ecuador. Doc. OEA/Ser.L/V/II.96, Doc. 10 rev.1, 24 de abril de 1997.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Medidas Cautelares, Clanes Saramaka, Surinam, 2002.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Medidas Cautelares, Comunidad Indígena Maho, Suriname, 2009.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Medidas Cautelares, Comunidades Indígenas de la Cuenca del río Xingu, Pará, Brasil, 2011.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Medidas Cautelares, miembros de la comunidad indígena otomí-mexica de San Francisco Xochicuautla, México, 2016.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Mercedes Julia Huenteao Beroiza y Otras vs. Chile, Solución Amistosa, 2004.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Segundo informe sobre la situación de los derechos humanos en el Perú, 2000.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Tercer Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Paraguay, Documento OEA/Ser./L/VII.110, Doc. 52, 9 de marzo de 2001.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Tercer informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia, cap. x: "Los derechos de los indígenas en Colombia", 1999.

Comité de Derechos Humanos, Observaciones finales a Australia (2000); Guyana (2000); Venezuela (2001); Suecia (2002); Surinam (2004); Canadá (2006); Estados Unidos (2006).

Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Recomendación general n.º 23, relativa a los derechos de los pueblos indígenas, 51.º periodo de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 248 (1997).

Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, Consideraciones de los Informes presentados por los Estados Partes conforme al artículo 9 de la Convención, Observaciones Finales respecto del Ecuador, 2003, ONU, 2 de junio de 2003.

Consejo Territorial de Cabildos de la Sierra Nevada de Santa Marta, Diagnóstico de la afectación a los principios y derechos fundamentales, que en los ámbitos culturales, materiales, espirituales y ambientales, ha sido generada en la Sierra Nevada por la intervención pública y privada en el marco de la política de desarrollo económico del país, Confederación Indígena Tayrona, Valledupar, marzo de 2016.

Consejo Territorial de Cabildos, Documento general de la propuesta de ampliación de los resguardos indígenas de los pueblos kogui, arhuaco, kankwamo y wiwa de la Sierra Nevada de Santa Marta, diciembre de 2011.

Consejo Territorial de Cabildos, Fundamentos y lineamientos ancestrales de los cuatro pueblos indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta para la construcción de un protocolo de consulta ancestral, documento preliminar, Valledupar, 2015.

Discurso de Bernandina Chaparro Izquierdo, hija de Hugues Chaparro Torres.

Documento Diagnóstico de las Afectaciones del Área del Parque Tayrona desde la visión cultural indígena en el marco de consulta previa derivada del fallo de tutela, RAD2013-09 del Tribunal Administrativo del Magdalena, elaborado por el Consejo Territorial de Cabildos de la Sierra Nevada de Santa Marta, en el Parque Tayrona, 8 y 9 de abril de 2014.

Documento Madre de la Línea Negra -Jaba Séshizhade los cuatro pueblos indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta, base para la elaboración del proyecto de decreto para la regulación de la Línea Negra, elaborado por las autoridades de las cuatro comunidades en diciembre del año 2015.

DVD denominado 'La Línea Negra', ISA Intercolombia, 2007.

Entrevista a Ana Ilba Torres, Bogotá, 14 de mayo de 2015.

Entrevista a Gelver Zapata, Jairo Torres y algunos mamos, Sierra Nevada, 25 de abril de 2016.

Entrevista a Gelver Zapata, Sierra Nevada, 23 de abril de 2016.

Entrevista a Gelver Zapata, Valledupar, 22 de abril de 2016.

Entrevista a Hermes Torres, Valledupar, 17 de abril de 2015.

Entrevista a Jeremías Torres, Bogotá, 22 de marzo de 2015.

Entrevista a Jeremías Torres, Sierra Nevada, 25 de abril de 2016.

Entrevista a Noel Torres, Nabusímake, 19 de abril de 2015.

Entrevista a Rubiel Zalabata, Valledupar, 22 de abril de 2016.

Entrevistas a las autoridades arhuacas José María Arroyo y Hermes Torres, Nabusímake, 20 de abril de 2015.

Estrategias y procedimientos para temas socioculturales en relación con el medio ambiente, Comité de Medio Ambiente, Banco Interamericano de Desarrollo, 1990.

Guía para la Aplicación del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, 2012.

Informe del *Taller internacional sobre metodologías de consentimiento libre, previo e informado y pueblos indígenas*, Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas de las Naciones Unidas, 2005.

Informe Final de la Reseña de las Industrias Extractivas, Respuesta del Equipo de Gestión del Grupo del Banco Mundial, Hacia un Mejor Equilibrio: el Grupo del Banco Mundial y las Industrias Extractivas, 2004.

Informe sobre el sexto periodo de sesiones, Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas de las Naciones Unidas, 2007, E/C.19/2007/12.

Informe temático, *El impacto de los grandes proyectos de desarrollo en los derechos humanos y libertades fundamentales de los pueblos indígenas y comunidades*, Relator Especial sobre la Situación de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de los Indígenas, 2003.

Informe temático, *Mejores prácticas en la implementación del enfoque de derechos humanos al desarrollo de los pueblos indígenas: los pueblos indígenas como sujetos de derechos*, Relator Especial sobre la Situación de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de los Indígenas, 2007.

International Petroleum Industry Environmental Conservation Association (Ipieca) y The International Association of Oil and Gas Producers (OGP), *Key Questions in Managing Social Issues in Oil and Gas Projects*, 2002.

Ministerio del Interior, Oficio n.º EXTIM16-0008327 recibido en respuesta al derecho de petición enviado a la Oficina de Asuntos Indígenas, ROM y Minorías del ministerio del Interior, solicitándole el listado y avances de los procesos de consulta previa legislativa llevados a cabo con las comunidades indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta.

Ministerio del Interior, Oficio n.º 16-000011185-DCP-2500 recibido de parte de la Oficina de Consulta Previa del Ministerio del Interior, en respuesta al derecho de petición enviado solicitando el listado de procesos de consulta previa ya concluidos adelantados con la comunidad arhuaca de la Sierra Nevada de Santa Marta, así como el listado de los procesos de consulta administrativa en curso con la misma comunidad.

Ministerio del Interior, Oficio n.º OFI15-000019387-DAI-2200 del 10 de junio de 2015 en respuesta al derecho de petición n.º EXTMI15-0024-113, radicado el 26 de mayo del mismo año.

Ministerio del Interior, Oficio n.º OFI15-000020059-DCP-2500 del 16 de junio de 2015 en respuesta al derecho de petición n.º EXTMI15-0024112 radicado el 26 de mayo del mismo año.

Ministerio del Medio Ambiente, *El sistema de parques nacionales naturales de Colombia*, Editorial Nomos, Bogotá, 1998.

Nota periodística, Manuel Quintín Lame, 2 de junio de 1916, El Cauca Liberal.

ONU, Consejo de Derechos Humanos, Informe del Relator Especial sobre la Situación de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de los Indígenas, James Anaya, 15 de julio de 2009.

Política Operacional OP 4.01, Banco Mundial, Evaluación Ambiental.

Política Operativa OP-710, Reasentamiento Involuntario, Política operativa y documento de antecedentes, Banco Interamericano de Desarrollo, 1998.

Política Operativa sobre Pueblos Indígenas y Estrategia para el Desarrollo Indígena, Banco Interamericano de Desarrollo, 2006.

Propuestas para el Programa de Garantías de los Derechos Fundamentales de los Pueblos Indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta, Confederación Indígena Tayrona, Valledupar, junio de 2011.

Proyecto final de Plan Salvaguarda iku, Nabusímake, 2015.

Revista Zhigoneshi, Organización Indígena Gonawindua Tairona n.º 11, Sierra Nevada de Santa Marta, 2011.

World Commission on Dams, Dams and Development: A New Framework for Decision-Making, 2000.

LEGISLACIÓN

Protocolo II adicional a los convenios de Ginebra, 1949.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1966.

Primer Protocolo Facultativo para el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1966.

Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969.

Convenio Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de la Discriminación Racial, 1969.

Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, 1989.

Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, 2007.

Guía para la aplicación del Convenio 169, 2012.

Leyes de Indias en Recopilación de las leyes de los Reynos de las Indias mandadas imprimir y publicar por la Magestad Católica del Rey don Carlos II, tomo II, Imprenta Julián de Paredes, ed. Cultura Hispánica, Madrid, 1973 [1681].

Ley del 11 de octubre de 1821, sancionada por Simón Bolívar.

Ley del 25 de mayo de 1824

Ley 90 de 1890

Ley 55 de 1905

Ley 28 de 1909

Ley 51 de 1911

Ley 14 de 1912

Ley 64 de 1914

Ley 52 de 1915

Ley 60 de 1916

Ley 104 de 1919

Ley 32 de 1920

Ley 11 de 1931

Ley 81 de 1958

Ley 2 de 1959

Decreto 1634 de 1960

Ley 135 de 1961

Ley 31 de 1967

Ley 74 de 1968

Decreto 2117 de 1969

Decreto 1142 de 1978

Decreto 3454 de 1984

Decreto 2655 de 1988

Decreto 1926 de 1990

Constitución Política de 1991

Ley 70 de 1993

Ley 91 de 1993

Ley 99 de 1993

Ley 100 de 1993

Ley 145 de 1994

Ley 160 de 1994

Decreto 2664 de 1994

Decreto 2164 de 1995

Ley 191 de 1995

Ley 199 de 1995

Decreto 1397 de 1996

Decreto 1320 de 1998

Ley 691 de 2001

Decreto 330 de 2001

Decreto 200 de 2003

Ley 1152 de 2007

Decreto Ley 4633 de 2011

Ley 1454 de 2011

Decreto 2613 de 2013

Decreto 2333 de 2014

Decreto 1953 de 2014

Decreto 1500 de 2018

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA

Corte Constitucional, auto 004 de 2009

Corte Constitucional, sentencia T-428 de 1992

Corte Constitucional, sentencia T-567 de 1992

Corte Constitucional, sentencia T-188 de 1993

Corte Constitucional, sentencia T-257 de 1993

Corte Constitucional, sentencia T-380 de 1993

Corte Constitucional, sentencia T-405 de 1993

Corte Constitucional, sentencia T-254 de 1994

Corte Constitucional, sentencia C-139 1996

Corte Constitucional, sentencia C-262 de 1996

Corte Constitucional, sentencia SU-039 de 1997

Corte Constitucional, sentencia SU-510 de 1998

Corte Constitucional, sentencia T-652 de 1998

Corte Constitucional, sentencia T-634 de 1999

Corte Constitucional, sentencia C-557 de 2001

Corte Constitucional, sentencia C-891 de 2002

Corte Constitucional, sentencia T-955 de 2003

Corte Constitucional, sentencia T-025 de 2004

Corte Constitucional, sentencia T-880 de 2006

Corte Constitucional, sentencia C-461 de 2007

Corte Constitucional, sentencia C-030 de 2008

Corte Constitucional, sentencia T-703 de 2008

Corte Constitucional, sentencia T-349 de 2008

Corte Constitucional, sentencia C-175 de 2009

Corte Constitucional, sentencia T-154 de 2009

Corte Constitucional, sentencia T-769 de 2009

Corte Constitucional, sentencia T-547 de 2010

Corte Constitucional, sentencia C-063 de 2010

Corte Constitucional, sentencia T-745 de 2010

Corte Constitucional, sentencia T-129 de 2011

Corte Constitucional, sentencia C-366 de 2011

Corte Constitucional, sentencia T-402 de 2011

Corte Constitucional, sentencia T-601 de 2011

Corte Constitucional, sentencia C-882 de 2011

Corte Constitucional, sentencia T-920 de 2011

Corte Constitucional, sentencia C-317 de 2012

Corte Constitucional, sentencia C-395 de 2012

Corte Constitucional, sentencia C-489 de 2012

Corte Constitucional, sentencia T-376 de 2012

Corte Constitucional, sentencia T-523 de 2012

Corte Constitucional, sentencia T-009 de 2013

Corte Constitucional, sentencia C-068 de 2013

Corte Constitucional, sentencia T-387 de 2013

Corte Constitucional, sentencia T-858 de 2013

Corte Constitucional, sentencia T-364 de 2014

Corte Constitucional, sentencia T-384A de 2014

Corte Constitucional, sentencia T-462A de 2014

Corte Constitucional, sentencia T-849 de 2014

Corte Constitucional, sentencia T-969 de 2014

Corte Constitucional, sentencia T-256 de 2015

Corte Constitucional, sentencia T-010 de 2015

Corte Constitucional, sentencia C-617 de 2015

Corte Constitucional, sentencia T-661 de 2015

Corte Constitucional, sentencia T-197 de 2016

Corte Constitucional, sentencia C-389 de 2016

Corte Constitucional, sentencia T-052 de 2017

Corte Constitucional, sentencia T-080 de 2017

Corte Constitucional, sentencia SU-217 de 2017

Corte Constitucional, sentencia T-737 de 2017

Corte Constitucional, sentencia T-556 de 2017

Corte Constitucional, sentencia T-298 de 2017

Corte Constitucional, sentencia T-568 de 2017

Corte Constitucional, sentencia T-739 de 2017

Corte Constitucional, sentencia C-017 de 2018

Corte Constitucional, sentencia T-397 de 2018

Corte Constitucional, sentencia T-103 de 2018

Corte Constitucional, sentencia T-307 de 2018

Corte Constitucional, sentencia T-479 de 2018

Corte Constitucional, sentencia SU-123 de 2018

Corte Constitucional, sentencia T-001 de 2019

Corte Constitucional, sentencia T-011 de 2019

Corte Constitucional, sentencia T-063 de 2019

Corte Constitucional, sentencia T-153 de 2019

JURISPRUDENCIA DEL CONSEJO DE ESTADO

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 24 de octubre de 1994, exp. 8235, CP Carlos Betancur Jaramillo.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 30 de agosto de 2001, exp. 20608, consejera ponente María Elena Giraldo.

Consejo de Estado, Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 4 de marzo de 2003, exp. 8302, CP Manuel Santiago Urueta.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 29 de julio de 1997, exp. 13507, CP Juan de Dios Montes.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 4 de septiembre de 1997, exp. 10239, CP Ricardo Hoyos Duque.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia del 15 de septiembre de 2016, exp. 00507-01(AC), CP Alberto Yepes Barreiro.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia del 10 de noviembre de 2016, exp. 00155-01(AC), CP Alberto Yepes Barreiro.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, sentencia del 4 de agosto de 2016, exp. 00873-01(AC), consejera ponente Rocío Araujo Oñate.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia del 10 de diciembre de 2015, exp. 00197-01(AC), MP Hugo Fernando Bastidas Bárcenas.

Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 24 de marzo de 2011, exp. número 18.956 (R-0525), MP Gladys Agudelo Ordóñez.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección B, sentencia del 29 de agosto de 2012, exp. 00216-01(24335), MP Luz Stella Conto.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia del 1.° de julio de 2004, exp. 14565, MP Alier Hernández.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 14 de septiembre de 2011, exp. 19031, CP Enrique Gil.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 14 de septiembre de 2011, exp. 38222, CP Enrique Gil.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 28 de agosto de 2014, exp. 26251, CP Jaime Orlando Santofimio.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 28 de agosto de 2014, exp. 27709, CP Carlos Alberto Zambrano.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 28 de agosto de 2014, exp., 28804, consejera ponente Stella Conto.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 28 de agosto de 2014, exp. 28832, CP Danilo Rojas.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 28 de agosto de 2014, exp. 31170, CP Enrique Gil.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 28 de agosto de 2014, exp. 31172, consejera ponente Olga Valle.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 28 de agosto de 2014, exp. 32988, CP Ramiro de Jesús Pazos.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 28 de agosto de 2014, exp. 36149, CP Hernán Andrade.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, 18 de abril de 1994, exp. 7881, CP Daniel Suárez.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 13 de abril de 2000, exp. 13342, CP Ricardo Hoyos.

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, 27 de agosto de 2019, exp. 44240, CP Alberto Montaña Plata.

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 21 de julio de 1922.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 22 de agosto de 1924.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 28 de septiembre de 1937.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 15 de marzo de 1941.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, 23 de abril de 1941.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, 5 de noviembre de 1942.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Negocios Generales, 19 de diciembre de 1956.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 4 de abril de 1968.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 27 de septiembre de 1974.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 17 de agosto de 2001.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 13 de mayo de 2008.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 9 de diciembre de 3013, rad. 88001-31-03-001-2002-00099-01.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 5 de agosto de 3014, rad. 11001-31-03-003-2003-00660-01.

JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Asunto Pueblo Indígena Kankuamo respecto de Colombia, Medidas Provisionales, Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 21 de noviembre de 2011.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Aloeboetoe y otros vs. Surinam, Reparaciones y Costas, sentencia del 10 de septiembre de 1993. Serie C n.º 15.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Comunidad Garífuna Triunfo de la Cruz y sus miembros vs. Honduras, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 8 de octubre de 2015, Serie C n.º 305.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 17 de junio de 2005, Serie C, n.º 125.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa vs. Paraguay, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 29 de marzo de 2006, Serie C, n.º 146.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Comunidades Afrodescendientes Desplazadas de la Cuenca del río Cacarica (Operación Génesis) vs. Colombia, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 20 de noviembre de 2013, Serie C, n.º 270.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 31 de agosto de 2001, Serie C, n.º 79.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de la Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 24 de agosto de 2010, Serie C, n.º 214.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 28 de noviembre de 2007, Serie C, n.º 172.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Escué Zapata vs. Colombia. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 4 de julio de 2007, Serie C, n.º 165.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Fernández Ortega y otros vs. México. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 30 de agosto de 2010, Serie C, n.º 215.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso González y otras ("Campo Algodonero") vs. México. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 16 de noviembre de 2009, Serie C, n.º 205.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Masacre Plan de Sánchez vs. Guatemala. Fondo. Sentencia del 29 de abril de 2004, Serie C, n.º 105.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Masacres de río Negro vs. Guatemala. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 4 de septiembre de 2012, Serie C, n.º 250.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku vs. Ecuador, Fondo y reparaciones, sentencia del 27 de junio de 2012, Serie C, n.º 245.

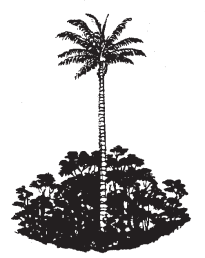
Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Pueblos Indígenas Kuna de Madungandí y Emberá de Bayano y sus miembros vs. Panamá, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 14 de octubre de 2014, Serie C, n.º 284.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Pueblos Kaliña y Lokono vs. Surinam, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 25 de noviembre de 2015, Serie C, n.º 309.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Rosendo Cantú y otra vs. México. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 31 de agosto de 2010, Serie C, n.º 216.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Yatama vs. Nicaragua, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 23 de junio de 2005, Serie C, n.º 127.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de la Comunidad Moiwana vs. Surinam. Interpretación de la Sentencia de fondo, reparaciones y costas. Sentencia del 8 de febrero de 2006, Serie C, n.º 145.



Editado por el Departamento de Publicaciones
de la Universidad Externado de Colombia
en agosto de 2020

Se compuso en caracteres Ehrhardt MT Regular de 11,5 puntos
y se imprimió sobre Holmen Book Cream de 60 gramos
Bogotá (Colombia)

Post tenebras spero lucem

Diana Carolina Rivera Drago

Abogada egresada de la Universidad Externado de Colombia con especialización en Responsabilidad Civil y del Estado de esta misma casa de estudios, LLM in Law de London University-Queen Mary (Inglaterra) y Ph. D. de la Università degli Studi di Torino (Italia). En materia académica, es investigadora y docente en la Universidad Externado de Colombia, enfocada en asuntos relacionados con antropología jurídica, derechos territoriales indígenas, consulta previa y responsabilidad civil y del Estado desde el punto de vista de las comunidades indígenas de Colombia. La autora se ha desempeñado en los campos del litigio, la responsabilidad civil, médica y del Estado, y asimismo en la Rama Judicial, específicamente en la Corte Constitucional y en la Fiscalía General de la Nación.

Universidad Externado de Colombia

Dentro de los innumerables temas que pueden estudiarse en el campo de la responsabilidad civil aún existen algunos no abordados en profundidad. La temática indígena es uno de ellos. De esta inquietud inicial surgió el interés por el objeto central del libro, que se refiere específicamente a los daños inmateriales que se le han causado y aún se le causan a la comunidad indígena iku con ocasión de la realización defectuosa de la consulta previa, de su no realización, o de cualquier otra violación de sus derechos territoriales, con el fin de determinar si aquellos pueden encuadrarse o no en las tipologías de daño inmaterial existentes en el sistema de responsabilidad civil colombiano, así como en las formas de indemnización que se han empleado para repararlos.

Tal y como está definido desde el artículo primero de la Constitución Política de 1991, Colombia es un Estado pluralista y defensor de la diversidad étnica y cultural en su territorio; sin embargo, existen muchos ámbitos en los que estos principios aún no son del todo evidentes. Uno de ellos es el de la responsabilidad civil, campo en el cual la materia no ha evolucionado de manera armónica con el desarrollo nacional e internacional de los derechos de los pueblos indígenas. Por tanto, este trabajo pretende hacer un aporte de nuevos elementos teóricos en la materia y abrir el camino al estudio de la responsabilidad desde el punto de vista del pluralismo jurídico.

ISBN: 978-958-790-434-5
9 789587 904345