



MEMORANDO

11 de Diciembre de 2019

20191030226953

Al responder cite este Nro.
20191030226953

PARA: PATRICIA DEL CARMEN PIAMBA SCHMALBACH
Directora de Asuntos Étnicos (E)

DE: YOLANDA MARGARITA SÁNCHEZ GÓMEZ
Jefe Oficina Jurídica

ASUNTO: Su memorando con radicado 20195000224843 – Concepto jurídico sobre el alcance de las expresiones “*garantía de derechos territoriales para pueblos indígenas*”

Mediante el presente documento y en el marco del cumplimiento de los compromisos asumidos con la Secretaría Técnica de la Comisión Nacional de Territorios Indígenas, damos respuesta a la solicitud de concepto jurídico presentada por la Dirección de Asuntos Étnicos a través del memorando N° 20195000224843 del 3 de diciembre de 2019, en el cual se solicita la elaboración de un concepto que permita determinar el alcance y significado de las expresiones “*garantía de derechos territoriales para pueblos indígenas*”.

Conforme a las funciones asignadas a esta Oficina Jurídica en el numeral 8° del artículo 13 del Decreto 2363 de 2015, me permito emitir concepto jurídico sobre el particular, basado en los siguientes:

I. HECHOS Y PROBLEMAS JURÍDICOS

Con el propósito de dar cumplimiento a lo pactado en las mesas técnicas que se han venido desarrollando con la Secretaría Técnica Indígena (STI) para discutir el Proyecto de Inversión que se implementará para la vigencia del 2021, particularmente en atención a la sugerencia formulada por la mencionada Secretaría, consistente en la modificación del “árbol de problemas” del Proyecto de Inversión para Comunidades Indígenas 2021, se requiere precisar el alcance de la interpretación de la “*garantía de derechos territoriales para pueblos indígenas*” en cuanto a la materialización de la oferta institucional de la ANT.

II. ANÁLISIS LEGAL Y CONSIDERACIONES

Sea lo primero indicar que por rigor metodológico, para la determinación del contenido y alcance de una expresión determinada -más aún de una de tipo jurídico- se requiere de la identificación previa de su contexto de ubicación, pues, como es sabido, el uso de los métodos de hermenéutica adoptados por el mismo ordenamiento como instrumentos correctivos de las vaguedades del lenguaje, debe estar antecedido de la identificación del



respectivo ámbito o fuente normativa (entiéndase decreto, ley, constitución, etc.), pues sólo a partir de ello, es posible extraer, con meridiana precisión, el sentido gramatical, histórico o técnico de un vocablo o de un número plural de ellos.

Toda vez que la solicitud de concepto elevada por la Dirección de Asuntos Étnicos carece del contexto reclamado, esta oficina se propone abordar la definición de la expresión “*garantía de derechos territoriales indígenas*” desde una perspectiva general que, en consonancia con la ordenación jerárquica de nuestro sistema jurídico, corresponderá a la del ordenamiento constitucional en sentido lato, sin perjuicio de las referencias que puedan realizarse a desarrollos legales o reglamentarios.

- **Derechos de los pueblos indígenas desde una perspectiva constitucional**

El marco normativo del que se derivan los deberes especiales de protección del Estado frente a las minorías étnicas que hacen parte de la Nación, son el resultado de complejos procesos políticos internos y externos coincidentes en el tiempo, que adquirieron concreción jurídica bajo la forma de instrumentos del mismo tipo. Veamos.

- a) **A partir de los instrumentos internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad**

El consenso gestado durante la segunda mitad del siglo XX entre la comunidad internacional alrededor de la idea de combatir toda forma de discriminación racial, condujo a un significativo cambio en el enfoque en los instrumentos internacionales relacionados con la atención y protección de las comunidades indígenas y tribales, pasándose del modelo integracionista sobre el que se construyó el antiguo Convenio 107 de 1957 de la OIT¹, a uno fundado en el respeto por la diferencia y el valor intrínseco de las culturas nativas, como lo es el contenido en el Convenio 169 de 1989² de la misma organización³. En virtud del referido instrumento internacional, incorporado al ordenamiento interno mediante la Ley 21 de 1991, el Estado colombiano se obligó, entre otras cosas, a reconocer, proteger y garantizar los derechos de estos grupos poblacionales en materia de consulta previa y territorio, adoptando para ello las políticas, medidas y acciones coordinadas que resultan necesarias para tales efectos.

¹ “Convenio relativo a la protección e integración de las poblaciones indígenas y de otras poblaciones tribales y semitribales en los países independientes.”

² “Convenio sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes.”

³ “Lo anterior, por cuanto el Convenio 107, adoptado por la Conferencia Internacional del Trabajo en 1957, si bien reprueba todo tipo de discriminación contra la población indígena, resalta sus valores, destaca su derecho a la subsistencia, e instituye su derecho a la participación y colaboración en la adopción de medidas que puedan afectarlos, en cuanto partió del supuesto de que el único futuro de los pueblos indígenas se encontraba en su integración a las sociedades mayoritarias, distó mucho del anhelo de estos pueblos de que les fuera reconocido y protegido su derecho a conservar su integridad. De modo que los pueblos involucrados cuestionaron duramente la política de asimilación prevista en el Convenio 107 y en reunión con expertos, programada por la Organización Internacional del Trabajo para estudiar el punto, pudieron concluir, en 1986, que el enfoque integracionista del Convenio era obsoleto y que su aplicación era perjudicial en el mundo moderno (Corte Constitucional. Sentencia SU-383 de 2003).



En materia de derechos territoriales, establece el referido instrumento internacional que los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular con los aspectos colectivos de esa relación. El concepto de territorios, según precisa el artículo 13 del mencionado convenio, cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera (artículo 13, Convenio 169).

Encontramos entonces que el marco jurídico internacional ha otorgado un estatus prevalente a los derechos de los pueblos indígenas sobre sus territorios, que relaciona los vínculos ancestrales con las definiciones jurídicas de las formas de tenencia de la tierra, esto es, un vínculo inescindible entre derecho de propiedad y posesión con las tierras tradicionalmente ocupadas, habitadas y explotadas bajo formas armónicas. Al respecto, el artículo 2º del Convenio referido, reza:

“1. Los gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad.

2. Esta acción deberá incluir medidas:

- a) Que aseguren a los miembros de dichos pueblos gozar, en pie de igualdad, de los derechos y oportunidades que la legislación nacional otorga a los demás miembros de la población;*
- b) Que promuevan la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de esos pueblos, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones;*
- c) Que ayuden a los miembros de los pueblos interesados a eliminar las diferencias socioeconómicas que puedan existir entre los miembros indígenas y los demás miembros de la comunidad nacional, de una manera compatible con sus aspiraciones y formas de vida.*

A su vez el artículo 14 ibídem prescribe:

“(…) deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia. A este respecto, deberá prestarse particular atención a la situación de los pueblos nómadas y de los agricultores itinerantes.

Los gobiernos deberán tomar las medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión.

Deberán instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados”.



En consonancia con lo anterior, la OIT ha indicado que los derechos territoriales de los pueblos originarios deberán protegerse especialmente y que sus derechos comprenden la participación en la utilización, administración y conservación de los recursos naturales. Frente a ello, el artículo 15 del pluricitado Convenio 169, establece:

“En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades”.

b. Los derechos territoriales indígenas en la constitución de 1991

Con el proceso de renovación democrática que impulsó la convocatoria de la Asamblea Nacional Constituyente, se produjo un cambio en los postulados que hasta la fecha habían definido el relacionamiento del Estado con los grupos étnicos y culturalmente diferenciados, pasando del discurso homogenizador de la Constitución de 1886 a una visión pluralista, participativa y multicultural⁴, lo que permitió dar el salto a la “fundamentalización” de los derechos de las minorías raciales⁵. Tratándose específicamente de la población indígena, debemos subrayar que la Carta de 1991 contiene múltiples referencias asociadas a los derechos de estas comunidades en materia de pervivencia cultural (artículos 1º, 7º, 8º y 10º), autodeterminación (artículo 246 y 330) y territorio (artículos 63, 286 y 329).

Así pues, la constitucionalización de los derechos de las comunidades indígenas, incluyendo la garantía al territorio, ha venido permitiendo su tuición por vía de tutela, pues se parte del reconocimiento de que, sin perjuicio del estrecho relacionamiento que otros grupos poblacionales tienen con la tierra, para el caso de los pueblos originarios, el territorio es condición ontológica para el ejercicio de las restantes garantías individuales y colectivas.

Sobre el particular ha indicado el máximo juez en lo constitucional:

“Esta Corporación en reiteradas ocasiones ha reconocido el derecho fundamental de los grupos étnicos a la propiedad colectiva, como elemento indispensable para garantizar su supervivencia, dada la estrecha relación existente entre la comunidad y su territorio, lo que no ha sucedido en el caso de los trabajadores agrícolas ni siquiera en los casos en que se trata de sujetos que gozan de especial protección constitucional. La diferencia antes esbozada puede

⁴ Sobre el viraje en el relacionamiento Estado – minorías étnicas, véase la sentencia T -736 de 2014.

⁵ Constitución Política, Artículos 7, 8, 10, 63, 246, 286, 329 y 330.



apreciarse desde una perspectiva diferente: mientras en el caso de las comunidades indígenas se trata de la adquisición de tierras de propiedad colectiva para la constitución, reestructuración, ampliación o saneamiento de los resguardos, y por lo tanto está en juego un derecho fundamental, en el caso de los trabajadores agrícolas, cualquiera que sea su condición, se trata de mecanismos para acceder al derecho de propiedad privada, el cual sólo excepcionalmente tiene el carácter de fundamental de acuerdo a la jurisprudencia constitucional.⁶

El artículo 330 de la Constitución Política de Colombia, indica que los territorios indígenas estarán gobernados por consejos conformados y reglamentados según los usos y costumbres de sus comunidades, y en este sentido, en su parágrafo define: “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”.

Como Nación multiétnica y pluricultural, el Estado colombiano ha establecido que las comunidades indígenas y negras tienen derecho a decidir sobre sus territorios. Para ello, es fundamental el reconocimiento de sus derechos territoriales, tal y como lo señala la Corte Constitucional: “sin el reconocimiento del derecho a la tierra, los derechos a la identidad cultural y a la autonomía son sólo reconocimientos formales”⁷.

- **Las garantías al derecho de los territorios indígenas en la ley y los desarrollos reglamentarios**

La Ley 99 de 1993, “Por la cual se crea el Ministerio del Medio Ambiente, se reordena el Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, se organiza el Sistema Nacional Ambiental – SINA y se dictan otras disposiciones”, establece en su artículo 76 (de las Comunidades Indígenas y Negras), que la explotación de los recursos naturales deberá hacerse sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas y de las negras tradicionales, de acuerdo con la Ley 70 de 1993 y el artículo 330 de la Constitución Nacional, y las decisiones sobre la materia se tomarán, previa consulta a los representantes de tales comunidades.

Por otra parte, al tenor de lo reglado por el artículo 85 de la Ley 160 de 1994 y de lo previsto por el Decreto-Ley 2363 de 2015, corresponde a la Agencia Nacional de Tierras, estudiar las necesidades de tierra de las comunidades indígenas para efectos de dotarlas de las superficies que requieran para su adecuado asentamiento y desarrollo. La referida facultad ha sido objeto de precisos desarrollos reglamentarios, que han dado forma a un entramado normativo perfectamente articulado, cuya observancia garantiza la preservación del equilibrio entre los legítimos intereses y aspiraciones de los pueblos

⁶ Corte Constitucional, sentencia C-180 de 2005.

⁷ Corte Constitucional. Sentencia T – 188 de 1993. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.



originarios y los propios del resto de la colectividad nacional.

En este sentido, el Decreto 2164 de 1995⁸, determina el procedimiento al que debe ceñirse la Agencia para constituir, ampliar, sanear y reestructurar el territorio colectivo de las comunidades indígenas –esto es, los resguardos–, precisando: (i) que la constitución se realiza sobre las tierras poseídas ancestralmente por las comunidades que no cuentan con título o sobre los predios que sean adquiridos por la Agencia para estos efectos⁹, (ii) que la ampliación se realiza únicamente cuando la tierra ya constituida como resguardo resulta insuficiente para el adecuado desarrollo de la comunidad o cuando en la constitución no se hayan incluido la totalidad de las tierras ocupadas tradicionalmente por la respectiva parcialidad, (iii) que la reestructuración debe estar antecedida del proceso de clarificación de un título de origen colonial y republicano, en el que se determina la vigencia del mismo y las medidas compensatorias o de saneamiento que puedan resultar necesarias y, (iv) que el saneamiento procede cuando al interior de los territorios colectivos existen terceros con mejoras implantadas de buena fe.

Ahora bien, indistintamente de cual sea el tipo de procedimiento que se adelante, ordena el artículo 16 del mencionado decreto¹⁰, que cuando para el surtimiento de los mismos se requiera de la compra de tierras o mejoras de propiedad privada, debe la entidad efectuar previamente un estudio socioeconómico, jurídico y de tenencia, en el que se cuantifican las necesidades de la comunidad y se determinan los predios aptos para su satisfacción, con arreglo a criterios de funcionalidad étnica y cohesión territorial¹¹. Son los resultados del mencionado estudio los que determinan si la Agencia debe emprender las gestiones orientadas a la adquisición de predios, mejoras y servidumbres de propiedad privada, actividades en las que, según lo dispone el también Decreto 2666 de 1994¹² en su artículo 1º, pueden participar las entidades territoriales en calidad de cofinanciadores.

De este modo, la legislación colombiana ha propiciado escenarios jurídicos que propenden por la integralidad entre los derechos territoriales y la protección especial de las poblaciones étnicas, permitiendo que las garantías sobre los territorios poseídos ancestralmente por estas comunidades, coexista con los deberes de dotación de tierras en cabeza del Estado, de manera que, sea cual sea el origen de la tierra, las parcialidades indígenas cuenten con las áreas indispensables para su adecuado asentamiento y desarrollo.

El derecho al territorio debe ser respetado, aunque no se encuentre titulado el territorio por los instrumentos legales, ya que en Colombia la propiedad colectiva titulada a pueblos indígenas y comunidades afrocolombianas no puede venderse, ser sometida a

⁸ Compilado en la Parte 14 Título 7 del Decreto 1071 de 2015.

⁹ Artículos 1 y 16.

¹⁰ Hoy artículo 2.14.7.3.10 del Decreto 1071 de 2015

¹¹ Decreto 2164, artículos 4 y 6.

¹² Compilado en la Parte 14 Título 6 del Decreto 1071 de 2015.



gravámenes y a limitaciones de dominio, como tampoco es expropiable por el Estado (ONIC). Según la Constitución y las normas, los resguardos y los territorios colectivos de comunidades negras son considerados inalienables, imprescriptibles e inembargables. Sin embargo, el reconocimiento al derecho de propiedad colectiva de las comunidades se otorga previo cumplimiento de la función social de la propiedad, la cual implica obligaciones y a la que como tal le es inherente una función ecológica, cuya salvaguarda, es una prioridad para esta Agencia Nacional de Tierras.

Los pueblos indígenas y las comunidades negras consideran el territorio como un elemento esencial de su existencia social e individual y de su pervivencia como pueblos culturalmente diferenciados. No es solo la tierra en su dimensión material: el territorio parte de una relación social y cultural que los grupos étnicos han construido históricamente. En este sentido, cuando se habla de territorios étnicos, debe entenderse que existe una dimensión simbólica colectiva que les subyace y que determina su fuerte vínculo con la tierra. Cada cultura otorga sentidos particulares a este vínculo humano-naturaleza que ha sido tejido en forma colectiva desde épocas muy remotas, y en él se funda la garantía de su existencia histórica, social y cultural.

El derecho al territorio no prescribe y es vital para los grupos étnicos, razón por la cual cuando es violado o vulnerado, se provoca la pérdida de su identidad y su cultura como colectivo, se afectan sus estructuras político-organizativas, se impide el desarrollo de proyectos y planes de vida y, sobre todo, se pone en riesgo su existencia como grupos humanos étnicamente diferenciados¹³.

III. CONCLUSIONES

Revisado el asunto de la referencia, esta Oficina Jurídica se permite concluir:

1. Que los derechos territoriales de los pueblos indígenas, abarcan la inescindible relación entre las prácticas culturales y los usos sobre sus territorios, que se refieren a las formas poblacionales ancestrales que el Estado colombiano debe respetar y atender mediante expeditos procedimientos que se constituyan en garantías.
2. Que, sin importar las calidades establecidas por el ordenamiento jurídico en cuanto a las formas de habitabilidad o tenencia de la tierra, la ancestralidad de los pueblos indígenas es una situación que el Estado colombiano no puede desconocer y, por el contrario, ha de promover y garantizar mediante acciones

¹³ "Restitución de derechos territoriales étnicos: decretos - ley 4633 y 4635 de 2011". Módulo introductorio para autoridades étnicas, funcionarios y público en general. Unidad Administrativa Especial de Gestión de Restitución de Tierras Despojadas y Abandonadas - UAEGRTD. P. 10. En: <https://www.restituciondetierras.gov.co/documents/10184/34449/RestituciondeDerechosTerritorialesEtnicos+Decretos+y+Ley+4633+y+4635+de+2011/8809d630-8c57-45bc-bbe0-e96f3badc59f>



positivas que propendan por la autonomía territorial, la protección de sus espacios y territorios.

3. Que los pueblos indígenas son considerados sujetos de especial protección por parte del ordenamiento jurídico colombiano y es el Estado colombiano el que debe garantizar la salvaguarda de sus intereses y costumbres, así como promover los mecanismos para la protección y respeto de sus territorios.

Finalmente, resulta pertinente indicar que los conceptos emitidos por esta Oficina Jurídica son orientaciones de carácter general, que no comprenden la decisión o solución de problemas específicos ni el análisis de actuaciones particulares, por lo que el presente pronunciamiento se realiza de manera general respecto al tema objeto de su consulta.

En los anteriores términos emitimos el concepto solicitado y con el alcance establecido en el artículo 28 de la Ley 1755 del 30 de junio de 2015.

Atentamente,

YOLANDA MARGARITA SÁNCHEZ GÓMEZ

Jefe Oficina Jurídica

*Elaboró: Marcos Arango
Revisó: Gabriel Carvajal*