

Referencia:
Expediente T-3.836.834

Demandantes:
Efren de Jesús Reyes Reyes, Representante del Cabildo del Resguardo Indígena Cañamomo Lomaprieta y Carlos Andrés Alfonso Rivera, Representante de la Asociación de Cabildos Indígenas del Norte del Cauca-ACIN

Demandados:
Ministerio de Agricultura y Desarrollo Territorial, Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, Ministerio del Interior, Instituto Colombiano Agropecuario e Instituto Colombiano de Desarrollo Rural

Magistrado Ponente:
LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ

Bogotá D.C., veintisiete (27) de julio de dos mil dieciocho (2018)

La Sala Tercera de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Alejandro Linares Cantillo, Antonio José Lizarazo Ocampo y Luis Guillermo Guerrero Pérez, quien la preside, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente,

SENTENCIA

En el proceso de revisión de la providencia proferida, en segunda instancia, por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, el veintisiete (27) de febrero de dos mil trece (2013), que confirmó la sentencia dictada, en primera instancia, por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Penal, el veintitrés (23) de enero de dos mil trece (2013) dentro de la acción de tutela de la referencia.

I. ANTECEDENTES

1. La solicitud

El 11 de diciembre de 2012, Efrén de Jesús Reyes Reyes, Gobernador del Cabildo del Resguardo Indígena Cañamomo Lomaprieta y Carlos Andrés Alfonso Rivera, Representante de la Asociación de Cabildos Indígenas del Norte del Cauca, mediante apoderado judicial, promovieron acción de tutela contra el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Territorial, el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, el Ministerio del Interior, el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural y el Instituto Colombiano Agropecuario, con el propósito de obtener el amparo de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas y tribales de Colombia a la consulta previa, al debido proceso, al mínimo vital y a la identidad e integridad cultural, presuntamente vulnerados por los demandados, al proferir la Resolución N° 970 de 2010 “*por medio de la cual se establecen los requisitos para la producción, acondicionamiento, importación, exportación, almacenamiento, comercialización y/o uso de semillas para siembra en el país, su control y se dictan otras disposiciones*”, toda vez que dicho acto administrativo no les fue consultado previamente, a pesar de que consagra medidas que afectan de forma directa las prácticas tradicionales de las comunidades indígenas sobre la custodia y conservación de las semillas nativas y criollas.

La situación fáctica, a partir de la cual se fundamenta la presente acción, es la que a continuación se expone:

2. Reseña fáctica y pretensiones

2.1. Manifiestan los demandantes que el 10 de marzo de 2010, el Instituto Colombiano Agropecuario profirió la Resolución N° 970, “*por medio de la cual se establecen los requisitos para la producción, acondicionamiento, importación, exportación, almacenamiento, comercialización y/o uso de semillas para siembra en el país, su control y se dictan otras disposiciones*”. Sin embargo, dicho acto administrativo no fue previamente consultado con los pueblos indígenas a pesar de que establece medidas que afectan de forma directa sus prácticas tradicionales, tales como la producción, almacenamiento y comercialización de las semillas criollas.

2.2. Refieren que el ámbito de aplicación de la mencionada resolución cobija a todas las personas naturales o jurídicas que produzcan semillas, es decir, a todos los agricultores del país, no obstante, exige el cumplimiento de requisitos y procedimientos que solo pueden cumplir las grandes empresas, tales como sofisticados equipos de control, personal profesional especializado e instalaciones acondicionadas técnicamente.

2.3. En ese contexto, consideran que dicho acto administrativo limita la reproducción y subsistencia de las semillas criollas, que son las que producen, conservan e intercambian las comunidades indígenas, pues, según dicha norma, solo se podrán cultivar y comercializar las semillas que estén registradas y seleccionadas por el Instituto Colombiano Agropecuario.

2.4. Así mismo, indican que la Resolución N° 970 de 2010, desconoce los métodos y las prácticas culturales que los pueblos indígenas han utilizado desde

épocas ancestrales para seleccionar, mejorar, conservar, intercambiar y producir semillas, acorde con las características ambientales de sus territorios y con sus condiciones socioeconómicas. Además, limita el derecho que tienen los agricultores de reservar el producto de su cosecha para reutilizarlo, pues solo pueden hacerlo quienes tengan una explotación agrícola menor de 5 hectáreas y hayan utilizado semillas legales en la plantación.

2.5. Del mismo modo, sostienen que, desde la expedición de la mencionada resolución, el ICA ha realizado el decomiso de semillas que no cumplen con los referidos requerimientos en los Departamentos del Tolima, Huila, Casanare, Boyacá, Córdoba y Cesar. En total, dicha entidad ha incautado 1.167.225 kg de arroz paddy seco, 1.030.560 kg de papa, 88.350 kg de maíz, 36.968 kg de trigo, 674 kg de arveja, 320 kg cebada, 210 kg de frijol y 120 kg de habichuela.

2.6. Finalmente, aducen que con la Resolución N° 970 de 2010, el Instituto Colombiano Agropecuario busca legitimar el monopolio que tienen varias empresas transnacionales a través del control del sistema de producción de las semillas, pues con este se les garantiza el mercado. Además, consideran que dicha norma afecta la soberanía alimentaria de las comunidades indígenas, al sancionar la siembra, el uso y la multiplicación de las semillas criollas.

3. Fundamentos de la acción y pretensiones

Los accionantes exponen, en síntesis, las siguientes razones:

En primer lugar, señalan que, según el censo realizado en el año 2005 por el DANE, en Colombia habitan 1.392.623 indígenas agrupados en 87 pueblos, los cuales se encuentran ubicados, en su mayoría, en áreas rurales. No obstante lo anterior, la Autoridad Nacional del Gobierno Indígena ha denunciado públicamente que dicha población está en riesgo de desaparecer por varias razones, tales como el conflicto armado interno, la pobreza, la discriminación, el abandono institucional y la situación alimentaria. En particular, sobre esta última, el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia ha señalado que dicha situación es dramática, en la medida en que el 70% de los niños y niñas indígenas del país sufren de desnutrición crónica.

En ese contexto, aducen que la relación de los pueblos indígenas con las semillas criollas o nativas no solo constituye una fuente vital de alimento y de autonomía alimentaria en sus territorios sino que también representa un componente fundamental de su identidad cultural. Una muestra de ello es la forma como se denomina a los pueblos Zenu y Embera, “*los hijos del maíz*”. Así lo explica el Cacique Mayor del Pueblo Embera: “*las semillas criollas nos han garantizado el alimento y hacen parte de nuestra cultura, los maíces criollos están adaptados a nuestro ambiente por lo que soportan sequías, suelos pobres y enemigos naturales; además se pueden almacenar por largos periodos de tiempo, cosa que no es posible hacer con las semillas mejoradas que ‘gorgojean’ muy rápido. Nuestra soberanía alimentaria se ha garantizado por muchos años debido a la producción diversificada. Mexión y Manexka nos enseñaron a sembrarlo asociado con yuca, maíz y ñame. Para el Zenu es más*

rentable y productivo cultivar semillas criollas que monocultivos de maíz, porque además de saludable es mucho más económico, no se necesitan grandes sumas de dinero porque la resiembra es ley, además de que las prácticas agroecológicas nos mantienen a salvo de los insumos químicos. Aun en las condiciones más críticas las semillas criollas garantizan producción a diferencia de las mejoradas que son susceptibles y poco resistentes a plagas y enfermedades.”

Otro ejemplo, de la relación que existe entre los indígenas y las semillas, es la celebración que el Pueblo Nasa realiza desde tiempos ancestrales, denominada SAAKHELU o Fiesta de la Semilla, que consiste en *“un pago que hacemos a la naturaleza, para librarnos de los malos espíritus y energías negativas, esta es la celebración también para compartir nuestras cosechas y semillas con nuestros pueblos para los participantes llevamos nuestras mejores semillas seleccionadas, durante la ceremonia del Sakelu intercambiamos nuestro conocimiento de siembra y cruces de semilla... una vez asegurado el tronco del Sakelu y puesta las ofrendas en su lugar, el encargado de atarla se baja del tronco, el the Wala organiza las semillas que han sido llevadas a la llegada del ritual por mucho de los asistentes, que corresponden a los productos que siembran y consumen en sus huertas y parcelas; una vez las entregan, son clasificadas según su especie, por asistentes asignados para esta labor, quienes las desgranar en el caso del maíz y desenvainan en el caso de los granos, cuando las semillas son muy chiquitas (como las de quinua) son agrupadas en 159 paquetes pequeños para que no se dispersen. Después son depositadas en costales, las más sobresalientes son las de maíz, frijol, yota, quinua, cilantro, chachafruto, mejicano, en fin, semillas de todo tipo de productos que se dan en los variados climas de los resguardos. Después del empaque de semillas, las mujeres se preparan para poner el símbolo de su género A'te (la luna), en el lado occidental del lugar del ritual. A'te es representada con una figura hecha en fique, con rostro de mujer, está atada a un palo de guadua de manera que queda colgando, debajo de ella amarran un anaco, falda en lana virgen que en tiempos anteriores era la prenda que usaban en la cotidianidad las mujeres.”*

Acorde con lo expuesto, indican que el derecho de conservar sus semillas implica, a su vez, el derecho que tienen de alimentarse, de sobrevivir física y culturalmente en sus territorios, los cuales actualmente están siendo amenazados por los intereses de las grandes empresas semilleras que buscan, a través de la aprobación de leyes, que se les patentes recursos genéticos como las semillas a pesar de que estos le pertenecen a toda la humanidad.

Advierten que tanto el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural como el Instituto Colombiano Agropecuario vienen promoviendo políticas y normas que permiten la privatización de las semillas en favor de las grandes empresas semilleras. Una de estas normas es el artículo 4 de la Ley 1032 de 2006, que modifica el artículo 306 del Código Penal y, que penaliza a quien utilice, cultive, comercialice, transporte o adquiera, con fines comerciales, las semillas protegidas legalmente o las similarmente confundibles con las semillas protegidas. Otra disposición es la Resolución N° 970 de 2010, por medio de la

cual se busca que solo sean legales las semillas que se registren ante el ICA. En ese sentido, consideran que el Estado, al expedir dichas normas, está limitando la producción, comercialización y libre circulación de las semillas criollas e incentivando la siembra de cultivos transgénicos.

Reiteran que restringir a los pueblos indígenas el uso, la producción y la comercialización de las semillas criollas constituye una vulneración de su derecho fundamental al mínimo vital, pues para muchas comunidades dichos frutos son su único medio de subsistencia, ya que la mayoría viven en zonas selváticas o en lugares en donde no pueden circular libremente por el conflicto armado. De conformidad con lo expuesto, consideran que la Resolución N° 970 de 2010 consagra medidas administrativas que afectan directamente a los pueblos indígenas, por lo tanto, tenía que haber sido consultada y aprobada por ellos, sin embargo, dicho procedimiento no se agotó. En consecuencia, solicitan que *“se declare la nulidad de la resolución 970 de 2010 proferida por el ICA.”*

4. Trámite procesal y respuesta de la entidad demandada

Por Auto del 19 de diciembre de 2012, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Penal, admitió la acción de tutela y corrió traslado de la acción al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Territorial, al Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, al Ministerio del Interior, al Instituto Colombiano de Desarrollo Rural y al Instituto Colombiano Agropecuario para que ejercieran su derecho a la defensa.

4.1. Instituto Colombiano Agropecuario

La Representante Judicial del Instituto Colombiano Agropecuario solicitó al juez de tutela declarar improcedente la acción, toda vez que no cumple con los presupuestos de inmediatez y de subsidiariedad. Lo anterior, con base en los siguientes argumentos:

Refiere que el Instituto profirió la Resolución N° 970 de 2010, en ejercicio de las competencias otorgadas en la Ley 101 de 1993 y en el Decreto 1840 del mismo año, con el fin de mantener el estatus fitosanitario del país, a través del control técnico de calidad de las semillas. Dicho acto administrativo consagró los requisitos mínimos que se deben cumplir para producir semillas certificadas o seleccionadas de buena calidad física, fisiológica, sanitaria y genética en los cultivares obtenidos por mejoramiento genético.

Conforme con lo anterior, indica que la mencionada resolución no tenía que haber sido consultada con los pueblos indígenas, pues dicho acto administrativo por ser de carácter general, abstracto e indeterminado no contiene disposiciones que afecten de forma directa a dichas comunidades, prueba de ello es que esta norma no reglamenta la producción de semillas nativas o criollas. Además, advierten que los accionantes acuden a la tutela dos años después de que se profiere la Resolución N° 970, lo que desvirtúa la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

En tal virtud, aduce que los demandantes cuentan con otros mecanismos judiciales para la defensa de sus derechos, como la acción de nulidad simple o de nulidad y restablecimiento del derecho.

4.2. Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural

El Coordinador del Grupo de Procesos Judiciales del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural solicitó al juez de tutela desvincular a la entidad del trámite de la acción, toda vez que no tuvo ningún tipo de injerencia en la expedición de la Resolución N° 970 de 2010 que profirió el ICA y que acusan los demandantes como violatoria de sus derechos fundamentales.

4.3. Instituto Colombiano de Desarrollo Rural

Dentro del término concedido para el efecto, el Coordinador de Representación Judicial del Instituto Colombiano de Desarrollo Rural solicitó al juez de tutela desvincular a la entidad del trámite de la acción, toda vez que no tiene legitimación en la causa por pasiva, pues los hechos que se aducen no aluden a acciones u omisiones administrativas adelantadas por el Instituto.

4.4. Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible

La Apoderada Judicial del Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible dio respuesta a la acción de tutela, mediante escrito en el que señala que carece de legitimación en la causa por pasiva, pues los demandantes no le atañen la vulneración de sus derechos a la entidad que representa sino al Instituto Colombiano Agropecuario que profirió la Resolución N° 970 de 2010 por no agotar el procedimiento de consulta previa de dicho acto administrativo con los pueblos indígenas, por consiguiente, afirma que dicha cartera no es la llamada a responder.

4.5. Ministerio del Interior

El Director de Asuntos Indígenas, ROM y Minorías del Ministerio del Interior sostiene que la entidad que representa no ha vulnerado ningún derecho fundamental de los demandantes, en la medida en que, para la fecha en que se contesta la acción, el Instituto Colombiano Agropecuario no ha solicitado a la entidad el acompañamiento para realizar el proceso de consulta de la Resolución N° 970 de 2010 con los pueblos indígenas.

5. Pruebas relevantes que obran en el expediente

Las pruebas relevantes aportadas al trámite de tutela, son las siguientes:

- Informe de los pueblos indígenas en riesgo de extinción, Organización Nacional Indígena de Colombia (CD 1)

- Auto 092 de 2008, Auto 251 de 2008, Auto 004 de 2009, Auto 005 de 2009, proferidos por la Corte Constitucional, en el Seguimiento a la Sentencia T-025 de 2004 (CD 1)
- Compilación de videos “por un mundo para todos: la vida no se vende” (CD 2)
- Video “guardianes de semillas testimonios de agricultores y agricultoras guardianes de semillas”. Campaña Semillas de Identidad, Fundación Swissaid (CD3)
- Programa de opinión de televisión: “*Contrastes*”, entrevista a un funcionario de la Corporación Grupo Semillas y a un funcionario del Instituto Colombiano Agropecuario ICA sobre la Resolución N° 970 de 2010 (CD4)

II. DECISIONES JUDICIALES OBJETO DE REVISIÓN

1. Sentencia de Primera Instancia

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Penal, en sentencia proferida el veintitrés (23) de enero de 2013, declaró improcedente el amparo deprecado por Efrén de Jesús Reyes Reyes, Gobernador del Cabildo del Resguardo Indígena Cañamomo Lomapieta y Carlos Andrés Alfonso Rivera, Representante de la Asociación de Cabildos Indígenas del Norte del Cauca, al considerar que no cumple con los presupuestos señalados en la jurisprudencia constitucional para que proceda la acción de tutela contra actos de carácter general e impersonal, toda vez que los demandantes no lograron demostrar que el contenido del acto acusado, Resolución N° 970 de 2010, afecte clara y directamente una situación particular.

Así mismo, al advertir que, en principio, la acción de tutela es improcedente para proteger derechos colectivos, excepto cuando se busque evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable. Sin embargo, en el *sub lite* no existe una situación concreta en la que se pueda valorar la vulneración de garantías fundamentales ni la eventual causación de daños irreparables. Es más, los accionantes, aun cuando ostentan la calidad de dirigentes de algunas comunidades indígenas, dirigen la tutela con el objeto de que se protejan los derechos no solo de las comunidades en las que son líderes, sino de toda la “*población indígena*”.

Además, al considerar que no existen elementos de juicio que permitan deducir que en el caso concreto la acción popular no es un medio idóneo para discutir la vulneración de los derechos colectivos que presuntamente generó la Resolución N° 970 de 2010, expedida por el Instituto Colombiano Agropecuario.

2. Impugnación

La decisión del *a-quo* fue recurrida oportunamente por parte de la apoderada judicial de los accionantes, quien se ratificó en todo lo apuntado en la demanda e insistió en que con esta se pretende proteger el derecho fundamental de los pueblos indígenas a que se les consulte previamente las medidas legislativas y administrativas que los afectan.

3. Sentencia de Segunda Instancia

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, a través de fallo de veintisiete (27) de febrero de dos mil trece (2013), confirmó en su integridad el pronunciamiento adoptado en primera instancia, al considerar que la acción de tutela es improcedente, toda vez que se dirige contra un acto general, impersonal y abstracto. Así mismo, al advertir que los demandantes cuentan con otro mecanismo judicial para la defensa de sus derechos.

III. REVISIÓN DEL PROCESO DE TUTELA POR PARTE DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Remitido el expediente de tutela de la referencia a esta Corte para su eventual revisión, la Sala de Selección Número Cuatro, mediante Auto del quince (15) de abril de dos mil trece (2013), notificado el veinticinco (25) de abril siguiente, dispuso su revisión, a través de la Sala Tercera de Revisión.

IV. ACTUACIONES ADELANTADAS EN SEDE DE REVISIÓN

1.1. En Auto del veinticinco (25) de julio de dos mil trece (2013), el Magistrado Sustanciador encontró necesario recaudar algunas pruebas para verificar los hechos relevantes del proceso y mejor proveer en el presente asunto. En consecuencia, resolvió:

“PRIMERO.- ORDENAR que, por Secretaría General, se inste a los actores para que, en un término de ocho (8) días hábiles contados a partir de notificación de este auto, amplíen su escrito de tutela y alleguen al proceso los elementos de juicio que consideren pertinentes para demostrar la concreta y directa afectación de los derechos de los pueblos indígenas y tribales en relación con la aplicación de la Resolución N° 970 de 2010, tales como estudios técnicos, científicos o académicos, testimonios, oficios presentados ante la administración en busca de la protección de sus garantías, informes de organizaciones oficiales o no gubernamentales, etc.

SEGUNDO. - ORDENAR que, por Secretaria General, se libre oficio al Instituto Colombiano Agropecuario, para que, en un término de ocho (8) días hábiles contados a partir de la comunicación de este auto, remita los antecedentes y estudios que tuvo en cuenta para expedir la Resolución N° 970 de 2010. Asimismo, para que allegue un informe en el cual consten los procedimientos de control relacionados con la aplicación de dicho acto administrativo en los que hayan sido intervinientes comunidades indígenas o afrodescendientes.

TERCERO. -SUSPENDER el término para fallar el asunto de la referencia hasta tanto se hayan allegado al expediente las pruebas solicitadas y se valoren las mismas.”

1.2. Vencido el término probatorio, la Secretaría General de esta Corporación, en comunicación del veintitrés (23) de agosto de dos mil trece (2013), informó al despacho del Magistrado Ponente que recibió el Oficio N°20132109292 suscrito por la Directora Técnica de Asuntos Nacionales del Instituto Colombiano Agropecuario.

1.2.1. Instituto Colombiano Agropecuario

La Directora Técnica de Asuntos Nacionales de la Entidad, mediante Oficio N°20132109292, envió los antecedentes de la Resolución N° 970 de 2010. Así mismo, afirmó que en los procedimientos de control relacionados con la aplicación de dicho acto administrativo no han sido intervinientes comunidades indígenas.

1.3. El 2 de octubre y el 7 de noviembre de 2013, la Secretaría General de esta Corporación remitió al despacho del Magistrado Sustanciador dos (2) oficios suscritos por la apoderada judicial de los accionantes, mediante los cuales se da respuesta a lo solicitado por esta Corporación, en Auto del 25 de julio del mismo año.

1.3.1. Asociación de Cabildos Indígenas del Norte del Cauca

La apoderada judicial de los accionantes, mediante oficio de 1° de octubre de 2013, solicitó al magistrado sustanciador tener en cuenta las pruebas que se aportaron al proceso de control automático de constitucionalidad que realizó la Corte sobre la Ley 1518 de 2012, “*por medio de la cual se aprobó el Convenio Internacional de Obtenciones Vegetales*”, en la medida en que dicha norma fue declarada inexecutable porque no fue consultada previamente con las comunidades indígenas, a pesar de que consagraba medidas que afectaban directamente su identidad cultural. Lo anterior, por cuanto la Resolución N° 970 está directamente relacionada con el mencionado convenio, pues restringe el uso, siembra, distribución, transporte, comercialización, tenencia y diversificación de las semillas.

Posteriormente, a través de oficio de 6 de noviembre de 2013, señaló cuál es la afectación directa que ocasiona la Resolución N° 970 de 2010 sobre las comunidades indígenas. Lo anterior, con base en los siguientes argumentos:

Advirtió que, en los últimos años, ha existido a nivel mundial una gran preocupación por la situación alimentaria de los pueblos indígenas, a causa de la expedición de tratados internacionales y normas internas que promueven la privatización y protección, en favor de grandes empresas transnacionales, del uso, producción, acondicionamiento, almacenamiento, comercialización, transporte, siembra y cultivo de semillas. En ese sentido, el Relator Especial de

las Naciones Unidas para Pueblos Indígenas, en el año 2007, recordó que la habilidad de dichas comunidades de otorgar o no el consentimiento del uso de sus recursos genéticos y del conocimiento tradicional proviene de su derecho a la propiedad y a la autodeterminación.

Así mismo, refirió que, según la organización internacional GRAIN¹, las leyes de semillas permiten la privatización de las variedades “descubiertas”, lo cual resulta absurdo, por cuanto la diversidad de las semillas es producto del trabajo de generaciones enteras de seres humanos que las han producido y reproducido en los campos. Además, dichas leyes también imponen restricciones sobre semillas criollas o nativas que pueden confundirse con las “descubiertas”.

Adujó que, para Camila Montesinos, experta en el tema, la razón por la cual se expiden leyes sobre bioseguridad y control de las semillas es porque la producción mundial de alimentos, a pesar de la globalización, aún está en manos de los campesinos y de los pueblos indígenas, es por ello que dichas leyes buscan acabar con la independencia y la capacidad de producción de alimentos de estos.

Finalmente, trajo a colación la intervención que realizó la Organización Nacional Indígena dentro del proceso en que la Corte Constitucional realizó la revisión automática de la Ley 1518 de 2012 *“por medio de la cual se aprobó el Convenio Internacional de Obtenciones Vegetales”*. En dicha oportunidad, la ONIC señaló que la implementación de una normatividad con vocación privatista e inconsulta, que desconoce las prácticas ancestrales, afecta la seguridad y soberanía alimentaria de los pueblos indígenas por cuanto se ve afectada la agrobiodiversidad, el conocimiento y los sistemas de producción tradicionales.

De igual manera, recordó que el Estado Colombiano, mediante la Ley 165 de 1994, aprobó el Convenio de Diversidad Biológica, por el cual se compromete a que *“respetará, preservará y mantendrá los conocimientos, las innovaciones y las prácticas de las comunidades indígenas y locales que entrañen estilos tradicionales de vida pertinentes para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica y promoverá su aplicación más amplia, con la aprobación y la participación de quienes posean esos conocimientos, innovaciones y prácticas, y fomentará que los beneficios derivados de la utilización de esos conocimientos, innovaciones y prácticas se compartan equitativamente”*;² Sin embargo, al expedir la Resolución N° 970 de 2010 que restringe el uso, siembra, distribución, transporte, comercialización, tenencia y diversificación de las semillas, el Estado desconoce lo pactado.

De conformidad con lo expuesto, solicitó a la Corporación que proteja los derechos fundamentales de los pueblos indígenas y, en consecuencia, declare la nulidad de la Resolución N° 970 de 2010.

¹Organización Internacional que trabaja apoyando a campesinos y a movimientos sociales en sus luchas por lograr sistemas alimentarios basados en la biodiversidad y controlados comunitariamente.

² Artículo 8, literal (j).

1.4. El 12 de diciembre de 2013, la Secretaria General de la Corporación remitió al despacho del Magistrado Ponente un oficio firmado por el Director y varios miembros del Grupo de Derecho de Interés Público de la Universidad de los Andes.

1.4.1. Grupo de Derecho de Interés Público de la Universidad de los Andes

Manuel Alejandro Iturrar de Sánchez, Sebastián Rubiano Galvis, Daniel Moreno Rodríguez, Pedro Gutiérrez Olarte y Julián López Avella, Director, Coordinador y Estudiantes del Grupo de Derecho de Interés Público de la Universidad de los Andes solicitan a la Corte Constitucional que proteja los derechos fundamentales a la consulta con consentimiento previo, libre e informado, a la participación, al mínimo vital, a la existencia y a la integridad e identidad cultural de los accionantes y en consecuencia, ordene suspender los efectos de la Resolución N° 970 de 2010, expedida por el ICA.

Para contextualizar cómo la expedición de la Resolución N° 970 de 2010 amenaza los derechos fundamentales de los accionantes, los intervinientes hacen un recuento general de las medidas y obligaciones que se desprenden de esta norma, así como de su alcance y ámbito de aplicación.

Sostienen que la Resolución N° 970 de 2010 fue expedida con el fin de regular el mercado de semillas y garantizar la calidad sanitaria y fitosanitaria de éstas y de los alimentos que de ellas se produzcan y comercialicen para consumo humano. Su campo de aplicación, según el artículo 2, se extiende a *“todas las personas naturales o jurídicas que (...) usen semillas de todos los géneros y especies botánicas para siembra, así como aquellas que en tenencia de material vegetal puedan poner en riesgo el estatus sanitario y/o fitosanitario en el país”*. En ese contexto, consideran que todos los actores del mercado de semillas y todos los tipos de semillas están amparados por el ámbito de aplicación de la norma, pues esta no establece ningún tipo de excepción o exclusión para determinados actores o tipo de semillas.

Refieren que, en la mencionada norma, se regulan los procesos de certificación y selección de semillas. El proceso de certificación *“corresponde a un sistema de producción sistemático supervisado por el ICA, el cual dispone control de generaciones, cumpliendo los procedimientos, normas y tolerancias permitidos para cada especie y categoría de semillas”*. Mientras que el proceso de selección *“corresponde a un sistema de producción sin supervisión del ICA durante el procedimiento de producción, para lo cual deberá cumplir con las normas establecidas para cada especie y esta será supervisada por el ICA en el proceso de comercialización”*.

Indican que el proceso de producción de semillas certificadas consiste en mejorar una característica especial de alguna planta determinada. Para lograr tal mejoramiento, se debe cultivar una semilla en condiciones de aislamiento para después extraer las células del producto cultivado, las cuales estarán limpias de gérmenes y patógenos. Posteriormente, las células son reproducidas in vitro en instalaciones especializadas para luego ser cruzadas una y otra vez

hasta que se obtiene una semilla básica. Sobre la semilla básica se lleva a cabo la limpieza final, para así ser considerada como registrada y comercializable. Así, la semilla certificada se entiende como aquella que se *“ha producido a partir de la semilla básica o registrada, sometida al sistema de certificación, producida de tal forma que mantenga su pureza e identidad genética y que cumpla con los requisitos establecidos para esta categoría.”*

En cuanto al proceso de producción de semillas seleccionadas, señalan que es un proceso accesorio, ya que no todas las semillas pueden ser producidas por este método, pues el artículo 4 de la mencionada resolución determina que *“son elegibles para producción de semilla seleccionada las especies reglamentadas para este fin”*. Aducen que, sin importar que este tipo de semillas sean la excepción a la regla, las mismas deben cumplir con las normas de calidad que impone el ICA. Así pues, la semilla seleccionada será aquella *“cuya genealogía está identificada y sobre la cual el ICA ejerce control durante su comercialización, a fin de verificar que reúna los factores de calidad establecidos en la legislación vigente.”*

Advierten que, si bien ambos métodos de producción parecen requerir de diferentes insumos y procesos, el artículo 7° de la resolución establece requisitos comunes tanto para la producción de semillas certificadas, como para la producción de semillas seleccionadas. Así pues, el numeral 2.3. de dicho artículo especifica que para llevar a cabo cualquiera de los dos procesos de producción *“los productores de semilla certificada y seleccionada, deberán cumplir con diversos requisitos tales como (i) tener varios equipos de acondicionamiento (1. Bascula, 2. Prelimpiadora, 3. Secador, 4. Calsificadora, 5. Mesa de gravedad, 6. Tratadora, 7. Cosedora, 8. Desmontadora y Deslindadora) e (ii) instalaciones para producción de material vegetal micropropagado (bodegas, laboratorios, personal profesional, necesario para la dirección y control de las labores de producción, laboratorios, casa de malla con aislamiento para insectos, invernaderos, viveros, zona de recibo, bodegas de almacenamiento, sistema de riego, equipo para la aplicación de agroquímico”*).

Así pues, estiman que la Resolución N° 970 de 2010 establece dos (2) métodos de alto nivel técnico y de especialización para la producción y comercialización de semillas que solo se pueden utilizar mediante el uso de capital y mano de obra especializada, pues salvo algunas diferencias, los procesos se asemejan en el alto grado de complejidad y de requisitos exigidos.

En sintonía con lo anterior, afirman que la Resolución N° 970 de 2010 también limita el derecho a reservar la cosecha, es decir, a reutilizar las semillas producidas por cada agricultor, toda vez que, según el artículo 15, el agricultor, interesado en reservar el producto de su propia cosecha para usarla como semilla en su misma explotación o cultivo, debe cumplir con varios requisitos, tales como: *“1. Solicitar, previo al acondicionamiento, autorización al ICA indicando donde lo realizará, la ubicación y el área del predio, 2. Tener una única explotación agrícola por ciclo de siembra igual o menor a 5 hectáreas cultivables (...), 6. Utilizarla para su propio uso y no entregarla a terceros bajo*

ningún título”. Estos requisitos implican que el agricultor este obligado a comprar semillas certificadas cada vez que quiera tener una cosecha que no sea completamente para sí mismo o que quiera hacerla en un área cultivable superior a 5 hectáreas.

Indican que, las disposiciones mencionadas deben entenderse en conjunto con los artículos 12 y 13 de la Resolución N° 970 de 2010 que consagran las obligaciones y prohibiciones aplicables a los actores agrícolas del mercado de semillas. En términos del artículo 12, las personas naturales o jurídicas objeto de la resolución tienen obligaciones como *“adquirir las semillas a las personas y en los lugares autorizados por el ICA, con la constancia y la factura”* y prohibiciones como *“comercializar y/o transferir a título gratuito semillas certificadas por el ICA”*. Asimismo, el artículo 12 también establece que una obligación de todo agricultor es *“usar semilla legal”*.

Así las cosas, según los intervinientes, se evidencia cómo la compraventa de las semillas debe llevarse a cabo únicamente mediante autorización expresa del ICA y en los lugares específicos que el mismo disponga. Además, como el uso de las semillas queda restringido a aquellas que se consideran como legales, es decir, las semillas que se producen por los dos métodos de producción enunciados en la resolución, el de certificación y el de selección. De lo anterior, se sigue que las semillas que deben ser utilizadas por el agricultor son las certificadas y seleccionadas, de manera restrictiva, lo que supone el desconocimiento de cualquier otro tipo de semillas que puedan ser útil para sembrar.

Además, advierten que la norma también establece algunas prohibiciones de manera explícita. En el artículo 12 se consagra que los sujetos a quienes aplica la resolución deberán abstenerse de *“almacenar, acondicionar, producir, comercializar, transferir a título gratuito y/o usar semilla de cultivares y/o lotes distintos a los autorizados y/o en categorías diferentes a las establecidas, sin autorización del ICA”* o de *“tener a cualquier título semilla que no cumpla con lo establecido en la presente resolución”*. En ese contexto, consideran que se fija una prohibición explícita sobre la posibilidad de desarrollar cualquier tipo de actividad con semillas que no sean legales, es decir, certificadas o seleccionadas. Además, advierten que en caso de que cualquier agricultor controvierta alguno de estos preceptos normativos puede ser objeto de sanciones administrativas, de acuerdo con lo previsto en el artículo 22, el cual remite al capítulo X del Decreto 1840 de 1994, que reglamenta las facultades policivas y sancionatorias del ICA. Entre las posibles sanciones están la imposición de multas hasta por 10.000 salarios mínimos mensuales legales y la prohibición temporal o definitiva de cultivos vegetales.

En resumen, advierten que todos los actores agrícolas del país, sin distinción o excepción alguna, están obligados a comprar semillas que sean certificadas o seleccionadas para realizar sus cosechas. De la misma manera, se les prohíbe reservar los frutos de sus cosechas, por lo que deben adquirir las semillas cada vez que pretendan cosechar sin derecho a disponer de todos los frutos de las mismas y si contravienen cualquiera de estas obligaciones los agricultores

estarán sujetos a sanciones administrativas que ascienden hasta los 10.000 SMLMV.

Señalan que, en el caso de los agricultores indígenas, la situación jurídica no es diferente, toda vez que a estas comunidades agrícolas también les aplica la Resolución N° 970 de 2010 en función del campo de aplicación establecido por el artículo 2 de esta norma. Además, según el Censo Nacional del 2005 efectuado por el Departamento Administrativo Nacional de Estadística el 78% de las comunidades indígenas se ubica en zonas rurales, lo cual es una muestra de que buena parte de ellas se dedica total o parcialmente a la agricultura y, por ende, se ven cobijadas por el ámbito de aplicación de la Resolución N° 970. En cualquier caso, hay múltiples comunidades indígenas en contextos urbanos que también se dedican a la agricultura.

Advierten que, en el caso especial de las comunidades indígenas, incluyendo a los grupos demandantes, se da una situación especial, pues la realidad en la que viven estas comunidades supone una amenaza permanente a su existencia física y cultural, lo que genera que los efectos perjudiciales que crea la norma sean más gravosos. El 63% de las comunidades indígenas del país se ubica bajo la línea de la pobreza y el 47,5% bajo la línea de la miseria. Esta condición de pobreza agudiza cualquier intervención que se haga sobre los medios de vida y subsistencia de dichas comunidades. Sostienen que este riesgo es particularmente evidente en las comunidades del resguardo Cañamomo Lomapieta, debido al déficit de tierras y a las amenazas a la soberanía alimentaria que hay en este territorio, en consecuencia, consideran que las anteriores medidas contenidas en la Resolución N° 970 de 2010 amenazan los derechos fundamentales de los accionantes a la consulta previa, a la igualdad, a la alimentación, a la soberanía alimentaria y a la protección de su conocimiento tradicional.

De otra parte, refieren que, según la jurisprudencia constitucional, para que sea procedente la acción de tutela contra actos administrativos es necesario que esta sea concurrente con la acción de nulidad y restablecimiento del derecho y que el acto administrativo haya causado o amenace causar una lesión a derechos fundamentales, de tal magnitud, que obligue a una protección inmediata. Dicha concurrencia es exigida para evitar que la jurisdicción del juez de tutela no se superponga a la del juez administrativo. Así pues, señalan que, en septiembre de 2013, los ciudadanos Jorge Ignacio Salcedo, Ángela del Rosario Torres Rodríguez y Jeritza Merchán Díaz presentaron acción de nulidad contra el artículo 15 de la Resolución N° 970 de 2010. Sin embargo, teniendo en cuenta que dicha acción puede tardar mucho tiempo en fallarse y, en consecuencia, la amenaza de vulneración de los derechos fundamentales de los accionantes consumarse de forma irreversible, la acción de tutela resulta procedente.

Finalmente, aducen que los accionantes están ante la inminencia de un control de tránsito de semillas a lo largo de su territorio que complica la situación de las comunidades indígenas del Norte del Cauca, así como del Resguardo Cañamomo y Lomapieta. Este control limitará sus usos y costumbres,

afectando varios de sus derechos, lo cual les hará imposible vivir una vida digna y mantener sus usos y costumbres.

1.5. El 19 de diciembre de 2013, la Secretaria General de la Corporación remitió al despacho del Magistrado Ponente un oficio firmado por el Consejero Mayor de la Asociación de Cabildos Indígenas del Norte del Cauca.

1.5.1. Asociación de Cabildos Indígenas del Norte del Cauca

El Consejero Mayor de la Asociación de Cabildos Indígenas del Norte del Cauca solicita a la Corte Constitucional revocar, de forma definitiva, la Resolución N° 970 de 2010, toda vez que lesiona su pervivencia como pueblo y atenta contra su autonomía alimentaria.

1.6. Revisado el material probatorio allegado en cumplimiento del Auto de 25 de julio de 2013, el Magistrado Sustanciador advirtió que la Resolución N° 970 de 2010, proferida por el Instituto Colombiano Agropecuario y contra la cual se presenta la acción de tutela, fue expresamente derogada por la Resolución N° 3168 de 2015 “*por medio de la cual se reglamenta y controla la producción, importación y exportación de semillas producto del mejoramiento genético para la comercialización y siembra en el país, así como el registro de las unidades de evaluación agronómica y/o unidades de investigación en fitomejoramiento y se dictan otras disposiciones*”. Sin embargo, al observar que la nueva Resolución N° 3168 de 2015 regula, en términos generales, la misma materia que contenía la Resolución N° 970 de 2010, el Magistrado Ponente consideró necesario verificar el alcance de la misma y determinar si se enmarca en el contexto de la acción de tutela.

En virtud de lo anterior, mediante Auto de veintitrés (23) de marzo de dos mil dieciocho (2018), el Magistrado Sustanciador resolvió:

“PRIMERO. - *Por Secretaría General, OFÍCIESE al Instituto Colombiano Agropecuario, para que en el término de ocho (8) días hábiles, contados a partir de la notificación del presente Auto, remita los antecedentes y estudios que tuvo en cuenta para expedir la Resolución N° 3168 de 2015. Así mismo, para que informe a esta Sala lo siguiente:*

- *Si previamente a la expedición de la Resolución N° 3168 de 2015 consultó con los pueblos indígenas las medidas que consagra dicho acto administrativo.*
- *Si tienen conocimiento de que contra la Resolución N° 3168 de 2015 se haya presentado algún tipo de acción judicial.*
- *Si ha realizado procedimientos de control relacionados con la Resolución N° 3168 de 2015 en los que hayan sido intervinientes comunidades indígenas.*

Para efectos de dar respuesta a los anteriores requerimientos, allegar las

pruebas documentales, de audio y video que considere pertinentes.

SEGUNDO. - *Por Secretaría General, OFÍCIESE a los accionantes, para que en el término de ocho (8) días hábiles, contados a partir de la notificación del presente Auto, informen a esta Sala lo siguiente:*

- *Si les fue consultada la Resolución N° 3168 de 2015 proferida por el Instituto Colombiano Agropecuario.*
- *Si consideran que las medidas consagradas en la Resolución N° 3168 de 2015 afectan de manera directa los derechos de los pueblos indígenas y tribales. En caso afirmativo, deberán allegar los elementos de juicio que consideren pertinentes para demostrar la concreta afectación, tales como estudios técnicos, científicos o académicos, testimonios, oficios presentados ante la administración en busca de la protección de sus garantías, informes de organizaciones oficiales o no gubernamentales, etc*
- *Si han presentado contra la Resolución N° 3168 de 2015 algún tipo de acción judicial.*
- *Si han sido sujetos de algún tipo de procedimiento de control relacionado con la Resolución N° 3168 de 2015.*

Para efectos de dar respuesta a los anteriores requerimientos, allegar las pruebas documentales, de audio y video que considere pertinentes.”

1.7. El 16 de abril de 2018, la Secretaría General de la Corporación informó al despacho del magistrado sustanciador que dio cumplimiento al Auto de 23 de marzo del año en curso, mediante notificación por estado N°. 254 de 3 abril y a través de la comunicación de los Oficios OPT-A-859 y OPT-A-860 de la misma fecha. Sin embargo, durante el término otorgado, no se recibió respuesta alguna en torno a las solicitudes realizadas en el referido auto.

1.8. En virtud de lo anterior, el 17 de abril del año en curso, el Magistrado Ponente, requirió al Instituto Colombiano Agropecuario y a los accionantes, para que, de forma inmediata, dieran cumplimiento a lo ordenado en Auto de fecha 23 de marzo de 2018.

1.9. El tres (3) de mayo de 2018, la Secretaría General de la Corporación informó al despacho del magistrado sustanciador que dio cumplimiento al Auto de 17 de abril del año en curso, a través de la comunicación de los Oficios OPT-A-1135 y OPT-A-1136. Durante el término otorgado, se recibió el Oficio N°20182106828 suscrito por la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del Instituto Colombiano Agropecuario.

De igual manera, la Secretaria General de la Corporación informó que no se recibió respuesta alguna por parte de los accionantes.

1.10. Instituto Colombiano Agropecuario

La Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del Instituto Colombiano Agropecuario refiere que el proyecto de la Resolución N° 3168 de 2015 fue objeto de consulta pública nacional e internacional. Así mismo, que, durante dicho proceso, varios de los futuros usuarios de la norma realizaron preguntas en relación con la posible aplicación de dicho acto administrativo sobre las semillas nativas y criollas, así como sobre el derecho a reservar la cosecha. Por ser relevante para el proceso, la Sala transcribirá algunas de las preguntas que, en su momento, se realizaron y las respuestas que otorgó la entidad.

-El 26 de agosto de 2013, un ciudadano preguntó *“dónde están las semillas, donde están los pequeños productores, donde está la protección a nuestras semillas propias que han sido desde nuestros abuelos ...”*. Al respecto, el ICA contestó: *“Estas semillas no son objeto de reglamentación debido a que no son obtenidas por mejoramiento genético, muchas son poblaciones no homogéneas con adaptación a las condiciones particulares de una región, no requieren pruebas de evaluación agronómica porque su domesticación ha logrado adaptarlas. La resolución tiene por objeto ejercer las funciones de inspección vigilancia y control de las nuevas variedades y sus registros de actividad, no tiene alcance para fomento y protección, los cuales están incluidos en documentos del Convenio de Diversidad Biológica, Decisiones de la CAN y los cuales deben hacer parte de Políticas públicas y del legislativo, mas no deben ser cubiertas por esta resolución ni corresponden a las funciones y competencias del ICA.”*

-El 27 de agosto de 2013, una ciudadana dentro del proceso de consulta pública de la Resolución N°3168 de 2015 afirmó: *“no estoy de acuerdo en que solo se puedan utilizar semillas certificadas para la agricultura en este momento de nuestra situación particular en Colombia. Como país necesitamos hacer un compendio de nuestras semillas nativas y que el mismo país se encargue de guardarlas y determinar cuáles están aptas para la agricultura. Entiendo que es importante el tema fitosanitario, pero si le dejamos el proceso de certificación a las empresas privadas existe una gran probabilidad de que empresas estadounidenses o de otros países registren semillas transgénicas y modificadas porque los campesinos colombianos no tienen la cultura para llevar a cabo procesos de certificación y esto implica una gran ventaja para otras culturas o países. La ley 970 va en contra de las practicas ancestrales campesinas y en nuestro caso que producimos alimentos orgánicos es delimitar y acabar con la posibilidad de intercambiar semillas con indígenas y otras agremiaciones campesinas de productos nativos como el maíz.”* En relación con lo anterior, el ICA contestó: *“No es cierto que solo se puedan utilizar semillas certificadas, por cuanto la resolución solo regula las obtenidas por mejoramiento genético, adicionalmente existe la semilla seleccionada que corresponde al 90% de las especies cultivables. En segundo lugar, la certificación de semillas existe desde 1974 la realiza el ICA, supervisando una actividad privada que no riñe con el uso de las semillas nativas y cuya finalidad es que al agricultor se le entregue una semilla de calidad.”*

-El 5 de diciembre de 2013, un ciudadano afirmó: *“Si un agricultor decide reservar producto de su propia cosecha para usarla como semilla, presumo*

que es porque tiene muy buenas condiciones. Siendo ese el caso, ¿Por qué no permitir que comparta esa semilla con agricultores vecinos que tienen las mismas condiciones ambientales y que ofrecerán un producto alimenticio de calidad? ¿Porque limitar la semilla a solo un agricultor cuando somos todo un país el que se puede beneficiar al consumir alimentos de calidad? Si estamos hablando de condiciones ambientales diferentes, o de ecosistemas diferentes, entiendo, porque puede causar un daño al ecosistema, pero de lo contrario veo limitar la semilla a un solo agricultor como desperdicio de un recurso valioso”. Al respecto, el ICA contestó: “Siempre han podido reservar semilla de su cosecha para nueva siembra, esto no lo impide el ICA y prueba de ello son los cultivos de maíz y papa. Para el caso de variedades protegidas el productor goza del privilegio del agricultor que le permite hacer reserva de las semillas que gozan de protección vegetal. No puede hacer reserva es de Organismos Vivos Modificados (OVM) o transgénicos por cuanto estos pueden causar riesgos al medio ambiente cuando no se siguen los protocolos del plan de manejo y bioseguridad impuestos por el ICA.”

De otra parte, informa que la Resolución N° 3168 de 2015, por ser un acto administrativo de carácter general, no fue objeto de consulta previa con los pueblos indígenas, pues no consagra ninguna disposición que se dirija en particular contra estas comunidades, asimismo, que, a la fecha, no se han presentado acciones judiciales contra dicha disposición. Finalmente, afirma que en la aplicación de la Resolución N°. 3168 de 2015 no se han adelantado actuaciones dirigidas contra comunidades indígenas.

Adicional a lo anterior, la Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del Instituto Colombiano Agropecuario adjuntó los antecedentes y estudios que se presentaron para la expedición del mencionado acto administrativo. En dichos documentos se afirma que la Resolución N°. 3168 de 2015 tiene como fin “sustituir la Resolución 970 de 2010, objeto de inconvenientes en su aplicación por la amplitud que reporta en sus términos y obligaciones, lo que permite la existencia de un sin número de interpretaciones por parte de los diferentes sectores, lo que entorpece el diario actuar de la institución y en especial de la dirección técnica de semillas. Entre los sectores más afectados según las comunicaciones que han hecho llegar al instituto están las comunidades rurales, las comunidades campesinas y las comunidades indígenas.”

1.11. El 31 de mayo de 2018, la Secretaría General de la Corporación remitió al despacho del Magistrado Ponente un oficio firmado por Arnobia Moreno Andica, Gobernadora del Resguardo Indígena de Cañamomo y Lomaprieta.

1.12. Resguardo Indígena de Cañamomo y Lomaprieta

Arnobia Moreno Andica, Gobernadora del Resguardo Indígena Cañamomo y Lomaprieta refiere que las Resoluciones N° 970 de 2010 y N° 3168 de 2015, proferidas por el Instituto Colombiano Agropecuario, violan los derechos de los pueblos indígenas a la consulta con consentimiento previo, libre e informado, el derecho a la identidad cultural, la autodeterminación, la conservación de tradiciones y memoria colectiva, el derecho a la existencia

misma, a la integridad cultural y social y el derecho fundamental al debido proceso.

Aduce que el Estado Colombiano, a través del ICA, emitió la Resolución N° 970 de 2010 con el objetivo de controlar la calidad de las semillas y la sanidad de las cosechas, pero lo que realmente logró fue limitar la actividad de los guardianes tradicionales y otorgar una patente de curso a las grandes transnacionales que comercializan y monopolizan las semillas.

Sostiene que dicha regulación no reconoce la existencia de las semillas nativas y criollas para permitir su apropiación por parte de las empresas, pues nunca hace referencia a las semillas obtenidas por métodos de mejoramiento genético no convencional que cultivan los agricultores. En otras palabras, refiere que la Resolución N° 970 de 2010 viola la obligación de respetar, conservar y preservar los conocimientos, las innovaciones y las prácticas de las comunidades que entrañan estilos tradicionales de vida pertinentes para la conservación y utilización sostenible de la diversidad biológica, consagrada en el Convenio sobre Diversidad Biológica.

Indica que las semillas originarias constituyen una fuente de memoria cultural y biodiversidad para el futuro, no solo de las comunidades que realizan estas prácticas de conservación sino para la población del país en general. Los requerimientos que pretende imponer esta reglamentación transforman radicalmente estos modos de conservación y producción de alimentos hasta el punto de extinguirlas.

Afirma que el proceso de mejoramiento en la calidad y sanidad de las semillas, como lo plantea el ICA, no significa un mejoramiento en condiciones de vida, pues solo constituye la legitimación del monopolio y el control del sistema de producción y comercialización de semillas en manos de unas cuantas empresas transnacionales garantizándoles su mercado, mientras los pueblos son sometidos a exterminio físico y cultural.

Indica que la vocación privatista que tienen las normas en cuestión agrede las prácticas ancestrales productivas que garantizan la soberanía y seguridad alimentaria de los pueblos indígenas, pues la agrobiodiversidad y los conocimientos tradicionales indígenas son aspectos centrales en todos los sistemas tradicionales de producción y conservación biocultural. Los sistemas ancestrales de producción interrelacionados con el manejo de los bosques, la agricultura, la producción pecuaria, la caza, pesca, recolección e intercambio deben ser protegidos, ya que de su práctica depende la vida colectiva y la tradición identitaria.

Sostiene que la Resolución N°970 de 2010 fue derogada por la Resolución 3168 de 2015 que *“reglamenta y controla la producción, importación y exportación de semillas producto del mejoramiento genético para la comercialización y siembra en el país, así como el registro de las unidades de evaluación agronómica y/o unidades de investigación en fitomejoramiento”*. Según la

actora, la palabra clave del título de la norma es “*semillas producto del mejoramiento genético*”, pues dicha resolución define el mejoramiento genético como “*el arte y la ciencia de alterar o modificar la herencia de las plantas para obtener cultivares (variedades o híbridos), adaptados a condiciones específicas, de mayores rendimientos económicos y de mejor calidad.*” Dicha definición implica que todos los agricultores de comunidades indígenas, afros y campesinos estén cobijados por las medidas adoptadas, pues desde épocas ancestrales estas comunidades realizan mejoramiento genético sobre sus semillas, es decir, que las técnicas de mejoramiento no son exclusivas de los fitomejoradores “*modernos*”.

Afirma que el ICA en la Resolución 3168 insiste en que su ámbito de aplicación son las semillas producto de mejoramiento genético que producen los fitomejoradores y las empresas productoras de semillas comerciales, pero no aclara que debe entenderse por mejoramiento genético convencional y no convencional. Así pues, puede entenderse que dicha norma también debe aplicarse a las comunidades indígenas, afrocolombianas y campesinas, pues estas también producen semillas obtenidas por mejoramiento genético.

Advierte que dicha norma también prevé que todos los productores de semilla para siembra en el país y las unidades de evaluación agronómica y de investigación en fitomejoramiento deben registrarse ante el ICA, sin embargo, no aclara si las comunidades campesinas locales que tengan viveros de frutales y especies maderables también deben registrarse.

Indica que la Resolución 3168 de 2015 limita el derecho de los agricultores a investigar, mejorar y producir semillas cuando establece el privilegio del agricultor que dispone: “*el agricultor interesado en una variedad protegida por derecho de obtentor, tal como lo contempla la Decisión CAN 345 de 1993, podrá reservar producto de su propia cosecha para usarla como semilla para sembrarla en su misma explotación, de conformidad con las áreas por especie así: arroz hasta 5has(una tonelada), soya hasta: 10 has (800 kilos), algodón hasta 5has. (60 kilos) Lo anterior sin perjuicio de lo establecido en las normas vigentes para los planes de manejo y bioseguridad*”.

De otra parte, sostiene que, según la mencionada resolución, no se pueden registrar semillas con fines de comercialización que sean similares o confundibles, pues solo es posible producir, registrar y comercializar semillas autorizadas, que sean certificadas, registradas y debidamente rotuladas. La norma no especifica claramente quienes son las personas autorizadas, pero se puede inferir que los agricultores y comunidades locales que permanentemente están produciendo, seleccionando, intercambiando, compartiendo y comercializando semillas, estarían violando esta norma, puesto que sus semillas no están certificadas ni rotuladas. También sería ilegal, comercializar una variedad criolla con su nombre originario, puesto que según la norma podría “*inducir a error, confusión y engaño al consumidor*”.

Señala que estas restricciones sobre semillas similarmente confundibles incluidas en la Resolución 3168 de 2015 son ambiguas y confusas, toda vez

que no está claro, por ejemplo, quién determinara que es confundible. Para los agricultores, muchas de las semillas manipuladas y protegidas se pueden parecer a las semillas criollas y confundirse con estas y no al revés como lo prevé la norma.

Sostiene que, según el ICA, tampoco se pueden comercializar “*semillas de costal*”, es decir aquellas que no están debidamente empacadas y rotuladas. Esto puede llevar a que los agricultores se les decomisen, destruyan sus semillas y sean penalizados con multas o incluso llevados a la cárcel, por el hecho de guardar semillas en empaques reutilizados o por comercializar en los mercados locales semillas no certificadas.

Finalmente, considera que la Resolución 3168 de 2015 que fue presentada por el gobierno nacional como una norma que revertiría los aspectos polémicos de la Resolución 970 de 2010 y que protegería los derechos de los agricultores, contiene la misma afectación sobre las semillas criollas y nativas de los pueblos étnicos y comunidades campesinas, toda vez que la norma reitera que las únicas semillas legales que pueden circular y comercializarse en el país son las semillas certificadas y registradas, por lo que se prohíbe que las semillas criollas y nativas puedan caminar de la mano de los agricultores como ha sucedido en épocas ancestrales.

V. CONSIDERACIONES

1. Competencia

Es competente esta Sala de la Corte Constitucional para revisar las decisiones proferidas dentro de la acción de tutela de la referencia, con fundamento en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución Política, en concordancia con los artículos 33, 34 y 35 del Decreto 2591 de 1991, y en cumplimiento del Auto del 15 de abril de 2013, proferido por la Sala de Selección Número Cuatro de esta Corporación.

2. Presentación del caso

La presente acción de tutela se promueve contra la Resolución N° 970 de 2010, expedida por el Instituto Colombiano Agropecuario, “*por medio de la cual se establecen los requisitos para la producción, acondicionamiento, importación, exportación, almacenamiento, comercialización y/o uso de semillas para siembra en el país, su control y se dictan otras disposiciones*”. A juicio de los demandantes, dicho acto administrativo no fue consultado previamente con las comunidades indígenas, no obstante que el mismo consagra medidas que afectan, de forma directa, sus prácticas tradicionales sobre la custodia y conservación de las semillas nativas y criollas.

Contario a lo anterior, el Instituto Colombiano Agropecuario considera que la mencionada resolución no tenía que haber sido consultada con los pueblos indígenas, pues dicho acto administrativo por ser de carácter general, abstracto e indeterminado no contiene disposiciones que afecten de forma directa a

dichas comunidades, prueba de ello es que esta norma no reglamenta la producción de semillas nativas o criollas. Además, advierte que la Resolución N° 970 de 2010 se profirió en ejercicio de las competencias otorgadas en la Ley 101 de 1993 y en el Decreto 1840 del mismo año, con el fin de mantener el estatus fitosanitario del país, a través del control técnico de calidad de las semillas.

De otra parte, el Grupo de Derecho de Interés Público de la Universidad de los Andes estima que la Resolución N° 970 de 2010 amenaza los derechos fundamentales de los accionantes, toda vez que fija una prohibición explícita para desarrollar cualquier tipo de actividad con semillas que no sean legales, es decir, que no hayan sido producidas a través de los dos (2) métodos de alto nivel técnico y de especialización que prevé la resolución. En ese contexto, consideran que el acto administrativo acusado restringe el uso de las semillas criollas que consumen y producen los pueblos indígenas, por lo tanto, tenía que haber sido previamente consultado con dichas comunidades.

De dicho proceso conoció, en primera instancia, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Penal, despacho que declaró improcedente el amparo deprecado por los accionantes, al considerar que no cumple con los presupuestos señalados en la jurisprudencia constitucional para que proceda la acción de tutela contra actos de carácter general e impersonal, toda vez que los demandantes no lograron demostrar que el contenido del acto acusado, Resolución N° 970 de 2010, afectara clara y directamente una situación particular. Impugnada la decisión, la misma fue confirmada, en segunda instancia, por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal.

Durante el trámite de revisión, la Sala, con el fin de verificar *“la concreta y directa afectación de los derechos de los pueblos indígenas y tribales en relación con la aplicación de la Resolución N° 970 de 2010”*, decretó la práctica de varias pruebas. De los elementos probatorios allegados, la Sala pudo advertir que la Resolución N° 970 de 2010, contra la cual se presentó la acción de tutela, fue expresamente derogada por la Resolución N° 3168 de 2015 *“por medio de la cual se reglamenta y controla la producción, importación y exportación de semillas producto del mejoramiento genético para la comercialización y siembra en el país, así como el registro de las unidades de evaluación agronómica y/o unidades de investigación en fitomejoramiento y se dictan otras disposiciones”*. Al respecto, el artículo 28 de la Resolución N° 3168 de 2015 señala: *“la presente Resolución rige a partir de la fecha de su publicación y deroga las Resoluciones ICA 970 de 2010, 1881 de 1992, 456 de 2009, 2501 de 2003, 2692 de 1998, y todas aquellas disposiciones que le sean contrarias.”*

Así mismo, encuentra la Sala que la Resolución N° 970 de 2010 no produjo ni está produciendo efectos jurídicos sobre las comunidades indígenas. A esa conclusión se llega luego de corroborar la afirmación que hace el Instituto Colombiano Agropecuario de que dichas comunidades no fueron sujeto de los procedimientos de control adelantados con base en dicho acto administrativo. De igual manera, al determinar que los demandantes no aportaron ningún elemento de juicio que permitiera evidenciar que los decomisos de semillas

que, según afirman, realizó el ICA en los Departamentos del Tolima, Huila, Casanare, Boyacá, Córdoba y Cesar se hicieran sobre las semillas nativas o criollas de las comunidades indígenas.

La circunstancia de que la Resolución N° 970 de 2010 haya sido expresamente derogada por la Resolución N° 3168 de 2015 y, además, no esté produciendo efectos jurídicos sobre las comunidades indígenas, podría llevar a concluir que en el presente caso opera el fenómeno jurídico del hecho superado por carencia actual de objeto. No obstante, la Sala considera que ello no es óbice para que se realice el análisis sobre la necesidad de consulta previa en el caso de la Resolución N° 3168 de 2015, toda vez que (i) el nuevo acto administrativo³ regula, en términos generales, la misma materia que la Resolución N° 970 de 2010 inicialmente acusada; (ii) los demandantes, en sede revisión, afirmaron que la actual resolución también consagra medidas que los afectan directamente, pues impide que las semillas criollas y nativas puedan circular y comercializarse en el país y, (iii) dicha disposición tampoco fue consultada previamente con los pueblos indígenas.

En ese contexto, la Sala deberá determinar si la Resolución N° 3168 de 2015, vigente actualmente, afecta directamente a los pueblos indígenas y, por lo tanto, tenía que haber sido consultada con dichas comunidades.

3. Planteamiento del problema jurídico

De acuerdo con la situación fáctica expuesta, en esta oportunidad, le corresponde a la Sala Tercera de Revisión determinar si en el caso objeto de estudio, la acción de tutela es procedente para proteger el amparo solicitado. Si la Sala encuentra superado el test de procedibilidad, pasará a determinar si la entidad demandada vulneró el derecho fundamental a la consulta previa y a la identidad cultural de los accionantes, al expedir la Resolución N° 3168 de 2015 sin antes agotar el correspondiente proceso de consulta con dichas comunidades.

Para resolver el mencionado problema jurídico, la Sala se ocupará de reiterar la doctrina constitucional en torno a los siguientes temas: (i) la procedencia excepcional de la acción de tutela contra actos administrativos para la protección del derecho fundamental a la consulta previa (ii) la diversidad étnica y cultural y su relación con el derecho fundamental de participación de las comunidades tradicionales (iii) el derecho fundamental a la consulta previa: fundamentos normativos, procedencia y criterios de aplicación de la consulta y; (iv) las prácticas tradicionales de explotación y el aprovechamiento de los recursos naturales por parte de las comunidades indígenas como elemento definitorio de su identidad cultural. Finalmente, expondrá el objeto y el contenido de la Resolución N° 3168 de 2015.

³ Resolución N° 3168 de 2015.

4. La procedencia excepcional de la acción de tutela contra actos administrativos para la protección del derecho fundamental a la consulta previa. Reiteración de Jurisprudencia

El artículo 86 constitucional consagra la acción de tutela como un mecanismo de protección inmediata y efectiva de los derechos fundamentales de las personas, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares.

En virtud del principio de subsidiariedad como requisito de procedibilidad de la acción de tutela, esta Corporación ha sostenido que en los casos en que existan medios judiciales ordinarios de protección al alcance del actor, el amparo será procedente si el juez constitucional logra determinar que: (i) los mecanismos y recursos ordinarios de defensa no son suficientemente idóneos y eficaces para garantizar la protección de los derechos presuntamente vulnerados o amenazados y; (ii) se requiere del amparo constitucional como mecanismo transitorio, pues, de lo contrario, se configuraría un perjuicio irremediable.

Por regla general, la acción de amparo resulta improcedente para revocar actos administrativos, pues para reclamar dicha pretensión existen en el ordenamiento jurídico mecanismos judiciales ordinarios ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. No obstante lo anterior, la Corte ha señalado que, en ciertos casos, los medios ordinarios de defensa judicial no son idóneos para la protección de derechos fundamentales, como por ejemplo, cuando se busca la protección de derechos fundamentales de un sujeto de especial protección constitucional o de una persona que esté en una circunstancia de debilidad manifiesta⁴. Es así como “*el amparo constitucional procede con el fin de salvaguardar bienes cuya inmediata protección resulta necesaria, siempre y cuando los medios ordinarios de defensa judicial existentes, atendiendo a las condiciones del caso concreto, resulten insuficientes para lograr dicho cometido*”⁵.

Dado el carácter subsidiario de la acción de tutela, la anterior consideración conduciría a la conclusión de que, a menos que se acredite la amenaza de un perjuicio irremediable que justificase una medida de amparo transitorio, la acción de tutela resultaría improcedente en este caso. Sin embargo, la jurisprudencia constitucional ha señalado que cuando está de por medio la supervivencia de las comunidades indígenas o tribales como pueblos reconocibles, sin perjuicio de la controversia que deba adelantarse ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo en torno a la validez de los actos administrativos que, por ejemplo, conceden una licencia ambiental, asunto que escapa a la competencia del juez constitucional, cabe la acción de tutela como mecanismo de protección adecuado para la garantía del derecho a la consulta previa a tales comunidades sobre asuntos que las afectan directamente.⁶

⁴ Al respecto ver entre otras la sentencia T-607 de 2007, T-702 de 2008 y T-681 de 2008.

⁵ Sentencia T-235 de 2010.

⁶ Corte Constitucional, Sentencia T-547 de 2010, M.P.

Sobre el particular, en Sentencia SU-217 de 2017, la Corte Constitucional aclaró que aun cuando el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo prevé el desconocimiento de la consulta previa como una causal de nulidad de los actos administrativos, esto *“no desvirtúa ninguna de las razones a las que ha acudido la Corte Constitucional para concluir que la tutela es el mecanismo preferente para la protección de los derechos de los pueblos indígenas, tales como la discriminación histórica, la consideración de los pueblos como sujetos de especial protección constitucional y la dimensión constitucional particularmente intensa de estos conflictos, en tanto no sólo se refieren a derechos fundamentales, sino a las bases del orden político establecido por el Constituyente de 1991.”* De igual manera, frente a la inclusión en el Código de nuevas medidas cautelares, la Corte consideró que estas *“siempre operan en función del objeto final del trámite que se cifra en el control de legalidad de los actos administrativos y no en la solución de complejos problemas constitucionales, como los que involucran los derechos de comunidades y pueblos indígenas. Además, su efectividad no iguala ni supera a la de la acción de tutela, debido a la congestión de la jurisdicción de lo contenciosos administrativo.”*

En ese orden de ideas, no existe en el ordenamiento un mecanismo distinto a la acción de tutela para que los pueblos indígenas y tribales reclamen ante los jueces la protección inmediata de su derecho a ser consultados, a fin de asegurar su derecho a subsistir en la diferencia, por consiguiente compete al Juez de Tutela emitir las ordenes tendientes a asegurar su supervivencia, en los términos del artículo 86 de la Carta⁷.

De conformidad con lo expuesto, pasa la Sala a realizar el análisis de procedencia de la acción de tutela en el caso objeto de estudio.

4.1. Análisis de procedencia de la acción de tutela en el caso concreto

El 11 de diciembre de 2012, Efrén de Jesús Reyes Reyes, Gobernador del Cabildo del Resguardo Indígena Cañamomo Lomapieta y Carlos Andrés Alfonso Rivera, Representante de la Asociación de Cabildos Indígenas del Norte del Cauca, mediante apoderado judicial, promovieron acción de tutela contra el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Territorial, el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible, el Ministerio del Interior, el Instituto Colombiano de Desarrollo Rural y el Instituto Colombiano Agropecuario, con el propósito de obtener el amparo de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas y tribales de Colombia a la consulta previa, al debido proceso, al mínimo vital y a la identidad e integridad cultural, presuntamente vulnerados por los demandados, al proferir la Resolución N° 970 de 2010 *“por medio de la cual se establecen los requisitos para la producción, acondicionamiento, importación, exportación, almacenamiento, comercialización y/o uso de semillas para siembra en el país, su control y se dictan otras disposiciones”*, toda vez que dicho acto administrativo no les fue consultado previamente, a pesar de que consagra medidas que afectan de forma directa las prácticas

⁷ Sentencia SU-383 de 2003.

tradicionales de las comunidades indígenas sobre la custodia y conservación de las semillas nativas y criollas.

4.1.1. Legitimación por activa

El artículo 86 de la Constitución Política establece que la acción de tutela es un mecanismo de defensa judicial al que puede acudir cualquier persona para reclamar la protección inmediata de sus derechos fundamentales, cuando quiera que estos resulten vulnerados o amenazados por las actuaciones u omisiones de las autoridades públicas, y, excepcionalmente de los particulares, en los casos específicamente previstos por la ley.

En consonancia con dicho mandato superior, el artículo 10° del Decreto 2591 de 1991, *“Por el cual se reglamenta la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Constitución Política”*, establece lo siguiente:

“La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquier persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos.

También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud.

También podrá ejercerla el Defensor del Pueblo y los personeros municipales”.

En relación con la legitimación por activa de los miembros de comunidades étnicas para presentar la acción de tutela, esta Corporación ha reconocido *“no solo el estatus de sujetos colectivos de derechos fundamentales a las comunidades étnicas, sino que adicionalmente ha establecido que tanto los dirigentes como los miembros individuales de estas comunidades se encuentran legitimados para presentar la acción de tutela con el fin de perseguir la protección de los derechos de la comunidad, así como también las organizaciones creadas para la defensa de los derechos de los pueblos indígenas y la Defensoría del Pueblo”*⁸.

En el caso *sub-exámine*, los demandantes, Efrén de Jesús Reyes Reyes y Carlos Andrés Alfonso Rivera manifiestan que acuden a la acción de tutela con el propósito de obtener el amparo de los derechos fundamentales de los pueblos indígenas y tribales de Colombia a la consulta previa, el debido proceso, el mínimo vital y la identidad e integridad cultural, en su condición de Gobernador del Cabildo del Resguardo Indígena Cañamomo Lomapieta y de Representante de la Asociación de Cabildos Indígenas del Norte del Cauca respectivamente. Dicha condición, a su vez, fue acreditada por parte del Ministerio del Interior, Dirección de Asuntos Indígenas, Rom y Minorías.⁹

⁸ Sentencia 049 de 2013.

⁹ Folios 64 y 67.

En ese sentido, los accionantes se encuentran plenamente legitimados para instaurar la presente acción, en la medida en que se identifican como miembros y autoridades de pueblos indígenas y solicitan la protección de sus derechos.

4.1.2. Legitimación por pasiva

Aun cuando los demandantes presentan la acción de tutela contra varias entidades, se advierte que la única que tiene legitimación por pasiva en el presente proceso es el Instituto Colombiano Agropecuario, por cuanto se le atribuye la violación de los derechos fundamentales en discusión, pues los demandantes presentan la acción de amparo con el fin de que se deje sin efectos la Resolución N° 970 de 2010 que profirió dicho Instituto, toda vez que, según afirman, consagra medidas que los afectan directamente y sin embargo, no les fue consultada previamente.

4.1.3. Subsidiariedad

La Corte Constitucional, en la Sentencia SU-383 de 2003, señaló que dada la especial significación que para la subsistencia de los pueblos indígenas y tribales comporta su participación en las decisiones que puedan afectarlos, el mecanismo de consulta previa constituye un derecho fundamental, *“pues se erige en un instrumento que es básico para preservar la integridad étnica, social económica y cultural de las comunidades indígenas y para asegurar por ende su subsistencia como grupo social”*.¹⁰ En ese contexto, cuando está de por medio la supervivencia de las comunidades indígenas o tribales como pueblos reconocibles, sin perjuicio de la controversia que deba adelantarse ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, cabe la acción de tutela como mecanismo de protección adecuado para la garantía del derecho a la consulta previa de tales comunidades sobre asuntos que las afectan directamente.

Sobre el particular, la Corte, tal y como se expuso en el acápite anterior, mediante Sentencia SU-217 de 2017,¹¹ señaló que a pesar de que el nuevo Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo consagre como una causal de nulidad de los actos administrativos la falta de consulta previa y disponga de todo tipo de medidas cautelares para la protección de los intereses jurídicos, ello no es óbice para que la acción de tutela sea, por regla general, el medio judicial adecuado y preferente para la defensa de los derechos de los pueblos indígenas, en especial, del derecho a la consulta previa. Lo anterior, en la medida en que los medios de control previstos en el CPACA examinan la legalidad de los actos, mientras que la acción de amparo soluciona problemas de raigambre constitucional.

¹⁰ Sentencia SU-039 de 1997. En esta sentencia la Corte tuteló transitoriamente los derechos de participación, integridad étnica, cultural, social y económica y debido proceso del pueblo indígena U'WA, ordenando que éste sea consultado antes de proferir una resolución de exploración en su territorio. En igual sentido, entre otras, la Sentencia T-652 de 1998.

¹¹ Sentencia SU-217 de 2017.

Un ejemplo reciente de lo anterior, son las sentencias SU-097 y T-416 de 2017 en las que el Tribunal Constitucional estudio de fondo las acciones de tutela presentadas por el pueblo raizal de la Isla de Providencia y la comunidad indígena Embera, respectivamente, a través de las cuales solicitaban al juez de tutela proteger su derecho fundamental a la consulta previa presuntamente vulnerado por las entidades accionadas, al expedir actos administrativos que, según afirman, consagraban medidas que los afectaban directamente y que nunca les fueron consultados.

En ese orden de ideas, se observa que los demandantes acuden a la acción de tutela en aras de proteger su derecho fundamental a la consulta previa, presuntamente vulnerado por el Instituto Colombiano Agropecuario, al proferir la Resolución N° 970 de 2010. Por consiguiente, en el caso objeto de estudio, la acción de tutela resulta procedente.

4.1.4. Inmediatez

El principio de inmediatez exige que la acción de tutela sea promovida dentro del plazo razonable al hecho que generó la presunta vulneración de los derechos fundamentales de las personas¹². De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, el principio de inmediatez surge de la naturaleza de la acción de tutela, pues la finalidad última del amparo es proteger de forma *inmediata* los derechos constitucionales.

Para verificar el cumplimiento de este principio, el juez debe confrontar el tiempo transcurrido entre la posible afectación o amenaza del derecho y la fecha de la presentación de la acción de tutela, con el objeto de establecer si esa interposición es razonable¹³. En caso de que se llegue a una conclusión contraria, se debe evaluar si existe una justificación para la demora del interesado en promover el amparo. En esa labor, el juez de tutela debe evaluar el cumplimiento de este requisito en relación con las circunstancias que rodean el caso concreto, entre las cuales se encuentran¹⁴: i) la pertenencia del actor a un grupo vulnerable; ii) las situaciones personales o coyunturales que le hayan impedido acudir de forma inmediata ante la jurisdicción constitucional; iii) el aislamiento geográfico; iv) la vulnerabilidad económica, además de la persistencia o agravación de la situación del actor; v) la eventual vulneración de derechos de terceros; vi) la ausencia absoluta de diligencia por parte del afectado; y vii) la posibilidad de que el amparo represente una seria afectación a la seguridad jurídica¹⁵.

Adicionalmente, la Corte Constitucional ha manifestado que los siguientes factores justifican el transcurso de un lapso prolongado entre el momento de la vulneración del derecho y la fecha de interposición de la acción:“(i) *que se demuestre que la vulneración es permanente en el tiempo en el entendido de que si bien el hecho que la originó es muy antiguo, la situación desfavorable*

¹² Sentencia T-069 de 2015

¹³ Sentencia T-841 de 2014

¹⁴ Sentencia T-069 de 2015

¹⁵ Sentencia T-079 de 2010 y T-447 de 2013

del actor derivada del irrespeto a sus derechos continúa y es actual; y (ii) que la especial situación del actor convierta en desproporcionado el hecho de adjudicarle la carga de ejercer los medios ordinarios de defensa judicial”¹⁶. En materia de los derechos de las comunidades étnicas diferenciadas, la Corte Constitucional ha considerado que se respeta el principio de inmediatez como requisito de procedibilidad cuando la omisión de la consulta previa, la vulneración o amenaza sobre otra garantía de esa colectividad se mantiene en el tiempo y el peticionario ha sido diligente para buscar la protección del derecho. Así mismo, se entiende que la conculcación de garantías es actual cuando se agrava con el paso de los años y recae sobre derechos imprescriptibles.

Recientemente, esta Corporación en Sentencia T- 436 de 2016, estudió la acción de tutela presentada por representantes de las parcialidades indígenas Maisheshe La Chivera, Flores de Chinchalejo, Tatachio Mirabel, Mateo Pérez, Sabanalarga – Palito y Lomas de Palito contra la ANLA, el Ministerio del Interior, la ANI y la A.S S.A.S, porque presuntamente vulneraron sus derechos fundamentales al debido proceso y a la consulta previa, al iniciar la construcción de la doble calzada Sincelejo-Toluviejo sin que se hubiese concertado con la comunidad. En dicha oportunidad, los demandados advirtieron que la acción de amparo no cumplía con el presupuesto de inmediatez, en la medida en que los accionantes acudieron a solicitar la protección de sus derechos fundamentales dos (2) años después de que ocurrieran los hechos alegados. Sin embargo, esta Corporación consideró:

“el paso del tiempo por largo que sea no elimina la razonabilidad de la presentación de una acción tutela en relación con los derechos de las comunidades étnicamente diferenciadas, por ejemplo, la consulta previa o la propiedad sobre sus territorios ancestrales. Esa conclusión se sustenta en que se comprende cumplido el principio de inmediatez cuando: i) la vulneración o amenaza de los derechos se mantiene o se agrava con el transcurso del tiempo, o recae sobre derechos imprescriptibles; y ii) las colectividades indígenas o tribales fueron diligentes para solicitar la protección de sus derechos, verbigracia formularon derechos de petición, acciones judiciales o manifestaron ante las autoridades que los proyectos o medidas los afectaba, al punto que es necesario consultar con ellos.”

De conformidad con lo expuesto, se advierte que, en el caso objeto de estudio, los accionantes presentaron la acción de tutela contra la Resolución N° 970 de 2010, solicitando la protección de su derecho fundamental a la consulta previa, dos (2) años y nueve (9) meses después de que se expidió dicho acto administrativo, es decir que, en principio, se trataría de un término considerable para una acción que debe presentarse de manera inmediata. No obstante, a partir

¹⁶ Ver Sentencias T-1110 de 2005, T-158 de 2006, T- 429 de 2011, T-998 de 2012, SU-158 de 2013, T-521 de 2013, T-447 de 2013, y T-841 de 2014. Allí la Sala Plena y las diferentes Salas de Revisión han hecho alusión a estas situaciones excepcionales al abordar la procedibilidad de acciones de tutela mediante las cuales se pretendía obtener acceso a una defensa técnica, a un recalcule del monto base de la pensión, a la indemnización por daños y perjuicios, a la sustitución pensional, a la pensión de sobreviviente, a la pensión de invalidez, reintegro derivado de estabilidad laboral reforzada y pago de acreencias laborales a trabajadores sindicalizados respectivamente.

de un análisis flexible del caso, la Sala considera que se cumple el requisito de inmediatez, en la medida en que (i) el asunto objeto de estudio lleva inmerso una compleja discusión jurídica, (ii) que involucra un número importante de sujetos especiales de protección y (iii) cuya eventual afectación permanece en el tiempo, toda vez que para la fecha en que se presentó la acción de amparo todavía existía el acto administrativo acusado de vulnerar el derecho a la consulta previa de los pueblos indígenas, pues este solo fue expresamente derogado hasta el 7 de septiembre de 2015, fecha de expedición de la Resolución N° 3168, que reguló la misma materia.

Superado el test de procedibilidad de la acción de tutela, pasa la Sala Tercera de Revisión a determinar si el Instituto Colombiano Agropecuario vulneró el derecho fundamental a la consulta previa y a la identidad cultural de los pueblos indígenas, al expedir la Resolución N° 3168 de 2015 sin antes agotar el correspondiente proceso de consulta con dichas comunidades.

5. La diversidad étnica y cultural y su relación con el derecho fundamental de participación de las comunidades tradicionales¹⁷. Reiteración de Jurisprudencia

Tal y como lo ha puesto de presente esta Corporación, la actual Carta Política reconoce y protege de manera especial la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana. Ello, dentro del propósito de garantizar los derechos de los distintos grupos étnicos que tienen asiento a lo largo y ancho del territorio nacional, así como también, el de promover el respeto y prevalencia de sus valores culturales, ancestrales, lingüísticos, artísticos, religiosos, sociales y políticos, los cuales hacen parte de la tradición e identidad nacional.

El reconocimiento y protección que la Constitución Política otorga a las comunidades tradicionales, como grupos sociales claramente diferenciados, encuentra fundamento en el artículo 1°, que define a Colombia como un Estado democrático, participativo y pluralista, y, de manera específica, en los artículos 7° y 70, los cuales consagran como uno de los principios fundantes del Estado el reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana (art. 7°), al tiempo que le atribuyen a la cultura en sus diferentes manifestaciones la condición de pilar de la nacionalidad (art. 70). De acuerdo con tales mandatos, es claro que la Constitución Política propugna por un modelo de Estado que se reconoce como culturalmente heterogéneo y, por tanto, interesado en la preservación y desarrollo de las comunidades diferenciadas presentes en el territorio nacional, mediante la implementación de instrumentos jurídicos y la adopción de medidas específicas que garanticen su identidad como minoría étnica y cultural, organizada y regulada mediante sus prácticas tradicionales¹⁸.

En relación con este aspecto, la Corte ha sostenido que el *status* especial que el orden constitucional dispensa en favor de la diversidad étnica y cultural, “*obedece al imperativo de construir una democracia más inclusiva y*

¹⁷ Sentencia C- 1051 de 2012.

¹⁸ Sentencia C-366 de 2011.

participativa como lo propugna la propia Constitución, dirigida a asegurar la coexistencia y a permitir la reivindicación de los grupos minoritarios que son cultural y socialmente diferentes, correspondiéndole al Estado la importante función de adelantar las gestiones que sean necesarias para garantizar la preservación y continuidad de sus tradiciones e historia”¹⁹.

Y es que, como lo ha resaltado la jurisprudencia constitucional, la diversidad étnica y cultural está íntimamente relacionada “con las representaciones de vida y concepciones del mundo que la mayoría de las veces no son sincrónicas con las costumbres dominantes o el arquetipo mayoritario en la organización política, social, económica, productiva o incluso de religión, raza, lengua, etc”²⁰, lo cual justifica la necesidad de que el Estado adopte medidas especiales en favor de la diversidad, sobre la base de garantizar la protección de la multiculturalidad y de las minorías que la representan.

En este contexto, la protección de que es objeto la diversidad étnica y cultural, busca permitir que los distintos grupos diferenciados asuman el control de sus propias instituciones, que mantengan una forma de vida acorde con sus tradiciones y costumbres y, a su vez, que se les dote de los instrumentos necesarios para el fortalecimiento de su identidad, educación, lengua y religión, haciendo posible una participación efectiva en los asuntos que puedan afectar sus intereses. Todo, dentro del propósito de procurar la supervivencia de las comunidades tradicionales, de las personas que la integran, de la cultura que las identifica, y de los bienes y territorios que válidamente ocupen.

Al respecto, de manera uniforme, la jurisprudencia constitucional ha reconocido la importancia del pluralismo en la configuración del Estado Social de Derecho, en particular, teniendo en cuenta *(i)* la diversidad de culturas e identidades étnicas que coexisten en Colombia, *(ii)* la necesidad de asegurarles un mismo trato y respeto, *(iii)* el hecho de que todas forman parte de la identidad general del país y, finalmente, *(iv)* que en ellas reposa el derecho a subsistir y permanecer en el territorio patrio en forma indefinida, bajo condiciones dignas y justas.²¹

En atención a la importancia política reconocida y a los bienes jurídicos que busca proteger, la propia jurisprudencia constitucional ha destacado que la diversidad étnica y cultural se constituye en un derecho fundamental exigible por los distintos grupos étnicos y por los individuos que hacen parte de ellos. En la Sentencia C-882 de 2011, la Corte precisó que el derecho a la diversidad étnica y cultural le otorga a los grupos diferenciados prerrogativas como: “**(i)** tener su propia vida cultural, **(ii)** profesar y practicar su propia religión como manifestación cultural, **(iii)** preservar, practicar, difundir y reforzar otros valores y tradiciones sociales, culturales, religiosas y espirituales, así como sus instituciones políticas, jurídicas, sociales, culturales, etc. **(iv)** emplear y preservar su propio idioma, **(v)** no ser objeto de asimilaciones forzadas; **(vi)** conservar, acceder privadamente y exigir la protección de los lugares de

¹⁹ Sentencia C-208 de 2007.

²⁰ Sentencia T-129 de 2011.

²¹ Sobre el punto se pueden consultar, entre otras, las Sentencias C- 208 de 2007 y C-196 de 2012.

importancia cultural, religiosa, política, etc. para la comunidad; **(vii)** conservar y exigir protección a su patrimonio cultural material e inmaterial; **(viii)** utilizar y controlar sus objetos de culto; **(ix)** revitalizar, fomentar y transmitir a las generaciones presentes y futuras sus historias, tradiciones orales, filosofía, literatura, sistema de escritura y otras manifestaciones culturales; **(x)** emplear y producir sus medicinas tradicionales y conservar sus plantas, animales y minerales medicinales; **(xi)** participar en la vida cultural de la Nación; **(xii)** seguir un modo de vida según su cosmovisión y relación con los recursos naturales; **(xiii)** preservar y desarrollar sus modos de producción y formas económicas tradicionales; y **(xiv)** exigir protección de su propiedad intelectual relacionada con obras, creaciones culturales y de otra índole”.

Bajo ese entendido, también ha precisado este Tribunal que el derecho fundamental a la identidad étnica y cultural se proyecta en *una dimensión colectiva*, en el sentido que la protección constitucional opera en favor de los grupos o comunidades tradicionales como tal, es decir, en su condición de sujetos colectivos de derechos, y también en *una dimensión individual*, en cuanto el ámbito de garantía se hace extensivo igualmente en cada uno de los miembros de las distintas comunidades étnicas, dentro del propósito de proteger la identidad de la comunidad. Sobre este particular, en la Sentencia T-778 de 2005, la Corte hizo las siguientes precisiones:

“El derecho a la identidad cultural, como un derecho que se deriva del principio a la diversidad étnica y cultural establecido en el artículo 7 de la Constitución, ha sido concebido como un derecho fundamental de las comunidades indígenas y por lo tanto un derecho de naturaleza colectiva. El mencionado derecho se materializa, entre otras manifestaciones, en la medida en que las comunidades que no ostentan los valores culturales y sociales de la sociedad mayoritaria puedan ejercer sus derechos fundamentales de acuerdo con su propia manera de ver el mundo. Ello implica que también los individuos que pertenecen a una comunidad indígena puedan expresarse y autodeterminarse de acuerdo con su cosmovisión cultural dentro y fuera de sus territorios.

Entonces, el derecho a la identidad cultural se proyecta en dos dimensiones una colectiva y otra individual. La primera se trata de la protección constitucional que se le otorga a la comunidad como sujeto de derechos y la segunda la protección que se le otorga al individuo para poder preservar el derecho de esa colectividad. Lo anterior comprende dos tipos de protección a la identidad cultural una directa que ampara a la comunidad como sujeto del derecho y otra indirecta que ampara al individuo para proteger la identidad de la comunidad. La protección a la identidad cultural de la comunidad como sujeto de derechos no supone que no se deban garantizar las manifestaciones individuales de dicha identidad ya que la protección del individuo puede ser necesaria para la materialización del derecho colectivo del pueblo indígena al cual pertenece.”

En cuanto hace a su dimensión colectiva, la protección especial de que es objeto la diversidad étnica y cultural, se extiende a su vez a otros derechos reconocidos expresamente por la propia Constitución en favor de los grupos étnicos, los cuales también enfocan su acción en el propósito de mantener vigente la diversidad étnica y cultural. Tal es el caso del derecho que les asiste a ser consultados previamente en las decisiones que los afectan, el cual será objeto de desarrollo en el siguiente capítulo.

6. El derecho fundamental a la consulta previa: fundamentos normativos, procedencia y criterios de aplicación de la consulta. Reiteración de jurisprudencia²²

Ciertamente, como manifestación del derecho a la diversidad étnica y cultural, la Carta Política, a través de los artículos 40-2, 329 y 330, le reconoce a las comunidades étnicas el derecho a participar en la toma de decisiones que puedan incidir en sus propios intereses, a través del mecanismo de la consulta previa, utilizando procedimientos adecuados y con la intervención de sus instituciones representativas. Conforme con ello, la consulta previa busca evitar que las autoridades estatales, en ejercicio del poder político que detentan, diseñen, desarrollen y ejecuten políticas públicas que comprometan o puedan incidir en la identidad de las comunidades tradicionales, sin que éstas hayan tenido conocimiento pleno de tales políticas ni hubiesen valorado sus ventajas o desventajas.

Según lo ha destacado esta Corporación, el derecho a la consulta previa encuentra pleno respaldo constitucional, en el artículo 7º de la Carta, que reconoce y protege la diversidad étnica y cultural, en el 40-2, que garantiza el derecho ciudadano a la participación democrática, en el artículo 70 que establece como imperativo constitucional considerar la cultura fundamento de la nacionalidad, y, de manera particular, en los citados artículos 329 y 330 del mismo ordenamiento Superior, los cuales, a partir del importante papel que cumple el territorio en la definición de la identidad y supervivencia de los grupos étnicos, prevén expresamente y de manera especial, el derecho a la consulta previa en favor de tales grupos, para definir los asuntos relacionados con la conformación de las entidades territoriales indígenas y con la explotación de los recursos naturales en sus territorios.

El derecho de participación de los grupos étnicos en las decisiones que los afectan, a través del mecanismo de la consulta previa, encuentra también pleno respaldo en el derecho internacional de los derechos humanos, y, concretamente, en el Convenio 169 de 1989, expedido por la Organización Internacional del Trabajo (O.I.T.), *sobre Pueblos Indígenas y Tribiales en Países Independientes*, aprobado por Colombia mediante la Ley 21 de 1991, el cual, a su vez, hace parte del bloque de constitucionalidad, conforme lo ha expresado en forma clara y reiterada la jurisprudencia constitucional.

²² Sentencia C-1051 de 2012.

Con respecto al alcance del Convenio 169, en la Sentencia C-030 de 2008, la Corte precisó que el mismo fue adoptado “con base en una nueva aproximación a la situación de los pueblos indígenas y tribales en todas las regiones del mundo, conforme a la cual era preciso eliminar la orientación hacia la asimilación que se había venido manejando, para, en su lugar, asentar el principio conforme al cual las estructuras y formas de vida de los pueblos indígenas y tribales son permanentes y perdurables, y la comunidad internacional tiene interés en que el valor intrínseco de sus culturas sea salvaguardado”.

Conforme con ello, el citado convenio, en el aparte correspondiente al preámbulo, define su objeto de regulación, precisando que se ocupa de los derechos de los pueblos indígenas a la tierra, a la educación, a la cultura, al desarrollo y a la participación, dentro del propósito de proteger su identidad y de lograr que tales derechos puedan ser ejercidos por las comunidades tradicionales que subsisten en el planeta en igualdad de condiciones al resto de la población, y en consideración al importante aporte que llevan a cabo en favor de la diversidad cultural, de la armonía social y ecológica de la humanidad, y a la cooperación y comprensión internacional.

En el caso específico del derecho de participación, el aludido Convenio 169, en el artículo 6º, les impone a los gobiernos parte, el deber de “[c]onsultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente”. La norma citada precisa igualmente que: “Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.”

Para esta Corporación, el reconocimiento que la Constitución y el derecho internacional le hacen a la consulta previa, es consecuencia directa del derecho que les asiste a los grupos étnicos “de decidir las prioridades en su proceso de desarrollo y preservación de la cultura, y es a su vez una forma de concreción del poder político que la Constitución promueve como valor fundamental del Estado”. En concordancia con lo anterior, y en razón a su vinculación con la defensa de la integridad cultural, la propia jurisprudencia constitucional ha sido enfática en señalar que la consulta previa, como mecanismo de participación, tiene también el carácter de derecho fundamental²³, exigible judicialmente, pues se erige en instrumento imprescindible para preservar la integridad étnica, social, económica y cultural de las comunidades tradicionales, así como también para asegurar su subsistencia como grupos sociales diferenciados. Sobre el punto, se pronunció este Tribunal en la Sentencia C-750 de 2008, señalando:

“Finalmente cabe recordar, en relación con el derecho de los pueblos indígenas y tribales a la consulta previa de las medidas legislativas y

²³ Sobre el tema se pueden consultar, entre otras, las Sentencias SU-039 de 1997, T-652 de 1998, C-169 de 2001 y C-620 de 2003.

administrativas que los afectan²⁴, como garantía de su derecho de participación, de conformidad con lo previsto en los artículos 329 y 330 de la Constitución, y que se refuerza con lo dispuesto en el Convenio número 169 de la OIT, aprobado mediante Ley 21 de 1991, y que ha sido considerado por esta corporación como parte del bloque de constitucionalidad²⁵, ha considerado la Corte que es consecuencia directa del derecho que les asiste a las comunidades nativas de decidir las prioridades en su proceso de desarrollo y preservación de la cultura²⁶ y que, cuando procede ese deber de consulta, surge para las comunidades un derecho fundamental susceptible de protección por la vía de la acción de tutela, en razón a la importancia política del mismo, a su significación para la defensa de la identidad e integridad cultural y a su condición de mecanismo de participación.”

En relación con su campo de aplicación, interpretando el alcance del artículo 6° del Convenio 169 de 1989, la Corte ha señalado que recae en el Estado colombiano el deber de consultar de manera previa con las autoridades representativas de las comunidades étnicas del país, todas aquellas medidas de orden legislativo o administrativo que involucren sus intereses, en los ámbitos político, social, económico y cultural, para lo cual las autoridades competentes están obligadas a implementar los mecanismos que garanticen la participación directa y activa de las distintas colectividades.²⁷

Ha estimado la Corte que la institución de la consulta previa a las comunidades tradicionales, “comporta la adopción de relaciones de comunicación y entendimiento, signadas por el mutuo respeto y la buena fe entre aquéllas y las autoridades públicas”²⁸, dirigidas a buscar que las comunidades: (i) tengan pleno conocimiento sobre las medidas administrativas o legislativas que incidan en sus intereses; (ii) que igualmente sean enteradas e ilustradas sobre la manera como dichas medidas pueden 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 la subsistencia como grupo humano claramente diferenciable; (iii) que se les brinde la oportunidad para que, libremente y sin interferencias, puedan valorar conscientemente, mediante la convocatoria de sus integrantes o representantes, las ventajas y desventajas que puedan tener las medidas sobre la comunidad y sus miembros; e igualmente, (iv) que puedan ser oídas en relación con las inquietudes y pretensiones que presenten en defensa de sus intereses y puedan pronunciarse sobre la viabilidad de las medidas²⁹.

Dicho en otras palabras, la institución de la consulta previa busca que las comunidades tradicionales tengan una participación oportuna, activa y eficaz en la toma de decisiones que corresponda adoptar a las autoridades, en asuntos

²⁴ Ver sentencias C-169 de 2001, C-418 de 2002, C-891 de 2002, C-620 de 2003, C-208 de 2007, SU-383 de 2003 y T-382 de 2006.

²⁵ Ver sentencia C-620 de 2003 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

²⁶ Sentencia C-208 de 2007

²⁷ Sentencia T- 737 de 2005.

²⁸ Sentencia Su-039 de 1997.

²⁹ Cfr, entre otras, las Sentencias SU-039 de 1997, SU-510 de 2008 y C-615 de 2009.

que las involucre, cualquiera sea la materia de que se trate, en procura de que tales decisiones sean en lo posible acordadas o concertadas, desprovistas de arbitrariedad y de autoritarismo, y, en todo caso, razonables y proporcionadas al fin constitucional impuesto al Estado de proteger la diversidad étnica y cultural. Desde ese punto de vista, el proceso de consulta debe estar precedido de un trámite *preconsultivo*, en el que se establezca, de común acuerdo entre las autoridades estatales y los representantes de los grupos étnicos, las bases del proceso participativo.

Así entendida, la consulta previa se constituye en un mecanismo jurídico de participación de doble vía. Por un lado, es un derecho fundamental de los grupos étnicos y, correlativamente, un deber estatal, en el sentido que corresponde a las autoridades competentes llevar a cabo los trámites requeridos para que tales grupos participen en el diseño de las políticas que, de acuerdo a su contenido material, les concierna directamente.

Sobre esto último, ha aclarado la jurisprudencia constitucional, que la consulta previa no procede respecto de todo tipo de medidas legislativas o administrativas, sino en relación con aquellas que generen una afectación directa de los intereses de las comunidades, es decir, las que tienen la potencialidad de alterar su status personal o colectivo, ya sea por imponerle restricciones o gravámenes o por conferirle beneficios o dádivas, aspecto que será objeto de desarrollo en el siguiente apartado.

Cabe resaltar, como ya lo ha expresado esta Corporación, que la participación de los grupos étnicos en las decisiones públicas que puedan generar una afectación directa de sus intereses, debe llevarse a cabo “dentro de un marco de derecho internacional y constitucional fuertemente garantista, que no se caracteriza por ser un simple ejercicio jurídico de respeto del derecho de defensa de quienes pueden verse afectados con una actuación del Estado, sino porque se busca asegurar por medio de esta consulta previa la efectiva protección de los intereses colectivos y derechos fundamentales de las referidas comunidades”.³⁰

Bajo ese entendido, pasa la Sala a reiterar los criterios utilizados para identificar los casos en que procede la consulta previa por existir una afectación directa de los grupos étnicos, a efectos de poder establecer si dicha institución jurídica era exigible en relación con la Resolución No. 3168 de 2015 “*por medio de la cual se reglamenta y controla la producción, importación y exportación de semillas producto del mejoramiento genético para la comercialización y siembra en el país, así como el registro de las unidades de evaluación agronómica y/o unidades de investigación en fitomejoramiento y se dictan otras disposiciones*”

6.1. Criterios utilizados para identificar los casos en que procede la consulta previa por existir una afectación directa de los grupos étnicos

Como ya se ha mencionado, la jurisprudencia constitucional ha sido clara en

³⁰ Sentencia T-737 de 2005.

precisar que la consulta previa no procede frente a todo tipo de medida susceptible de impactar a los grupos étnicos, sino únicamente frente a aquellas que puedan afectarlos directamente, es decir, que alteren el estatus de alguno de sus miembros o de la comunidad, ya sea porque le imponen restricciones o gravámenes, o porque le confiere beneficios, independientemente de que el efecto sea positivo o negativo. Para identificar cuándo una medida invade ámbitos que le son propios a las comunidades tradicionales y, por tanto, ha debido ser objeto de consulta previa, esta Corporación ha previsto los siguientes criterios:

Inicialmente, en Sentencia C-038 de 2008, la Corte precisó que la *especificidad* que se requiere de una medida para hacer exigible el deber de consulta, se deriva de que la misma regule una de las materias contenidas en el Convenio 169 de la OIT, o de que, habiendo sido concebida con efectos generales, tenga en realidad una repercusión directa y concreta sobre los grupos étnicos. Se aclaró al respecto en el mencionado fallo, que, en cada caso concreto sería necesario establecer si opera el deber de consulta, bien sea porque se esté ante la perspectiva de adoptar una medida que de manera directa y específica regula situaciones que repercuten en las comunidades indígenas y tribales, o porque del contenido material de esta se desprende una posible afectación de tales comunidades en ámbitos que les son propios.

Asimismo, profundizando en la delimitación de los criterios que permiten orientar la existencia de una afectación directa de los grupos étnicos por medidas legislativas o administrativas, manifestó la Corporación que se debe determinar si la materia que regula “tiene un vínculo necesario con la definición del *ethos* de las comunidades tradicionales”³¹, lo cual significa que es preciso identificar si desarrolla aspectos que inciden directamente en su identidad étnica y, por tanto, si su previa discusión se inscribe dentro del mandato de protección especial reconocido a la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana. En consecuencia, no habrá lugar a la consulta si la medida no se dirige de manera particular a los pueblos indígenas y tribales y, al mismo tiempo, el asunto regulado no tiene relación con aspectos que, razonable y objetivamente, hacen parte de su identidad étnica diferenciada.

También ha precisado este Tribunal que la determinación de la afectación de la medida legislativa o administrativa debe ser analizada de acuerdo con el significado que para las comunidades tradicionales tengan los bienes o prácticas sociales objeto de interferencia. Según esta Corporación, “el mandato de reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural, implica que el análisis del impacto de las medidas se realice a partir de las características específicas de la comunidad y la comprensión que éstas tienen del contenido material de dichas políticas”³².

La gravedad de la afectación de la medida legislativa o administrativa debe igualmente evaluarse, teniendo en cuenta “aquellas políticas que en razón de su

³¹ Sentencia C-175 de 2009.

³² Sentencia C-175 de 2009.

contenido o implicaciones interfieran directamente con los intereses de las comunidades diferenciadas”³³.

Ha resaltado esta Corporación, que puede existir una afectación directa “cuando una norma tiene como objeto principal de regulación una o varias comunidades indígenas; o cuando la regulación planteada tiene mayores efectos en las comunidades indígenas que aquellos que tiene en el resto de la población”³⁴.

De la misma manera viene señalando la Corporación, que procede la afectación directa si la medida legislativa o administrativa regula temas sobre los cuales los pueblos indígenas tienen derechos constitucionales específicos, tal como ocurre, por ejemplo, en materia de educación³⁵.

De forma particular, la jurisprudencia constitucional ha sostenido³⁶ que existe también una presunción de afectación directa en todos los asuntos relacionados con los territorios de los grupos étnicos que exige la realización de consulta previa. A este respecto, ha explicado la Corte que “materias como el territorio, el aprovechamiento de la tierra rural y forestal o la explotación de recursos naturales en las zonas en que se asientan las comunidades diferenciadas, son asuntos que deben ser objeto de consulta previa. Ello en el entendido que la definición de la identidad de las comunidades diferenciadas está estrechamente vinculada a la relación que estas tienen con la tierra y la manera particular como la conciben, completamente distinta de la comprensión patrimonial y de aprovechamiento económico, propia de la práctica social mayoritaria”³⁷. A este respecto, en la Sentencia T-693 de 2011, la Corte puso de presente que la participación de los pueblos indígenas en las decisiones que pueden afectarlos en relación con los territorios ocupados y la explotación de los recursos naturales, a través del mecanismo de la consulta previa, “adquiere la connotación de derecho fundamental, pues se instituye en un instrumento que es básico para preservar su integridad étnica, social, económica y cultural y, por consiguiente, para asegurar su subsistencia como grupo social”.

En consecuencia, dentro del propósito de garantizar la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana, es necesario que el Estado consulte previamente a los grupos étnicos, cuando se trata de la adopción de medidas legislativas o administrativas, relacionadas con los territorios donde éstos tienen asiento y que puedan incidir en sus formas de vida y en la manera como llevan a cabo la explotación de sus recursos naturales.

Recientemente, la Corte Constitucional, en Sentencia C-389 de 2016, al estudiar varias normas del Código de Minas³⁸, indicó que la procedencia de la consulta previa se determina en la medida que sea posible concretar la afectación directa de la comunidad con la medida legislativa o administrativa

³³ Sentencia C-175 de 2009.

³⁴ Sentencia C-063 de 2010.

³⁵ Sentencia C-208 de 2007.

³⁶ Sentencia C-175 de 2009. En el mismo sentido se pueden consultar, entre otras, las Sentencias T-769 de 2009, T-129 de 2011, C-366 de 2011, T-693 de 2011.

³⁷ Sentencia C-366 de 2011.

³⁸ Artículos 122, 124 y 133 de la Ley 685 de 2001- Sentencia C-389 de 2016.

en los siguientes términos:

“De acuerdo con el Convenio 169 de la OIT y la jurisprudencia de esta Corte, el ámbito material de aplicación de la consulta no se ciñe a determinados supuestos hipotéticos. Si bien los eventos explícitamente mencionados en la Constitución Política y los documentos relevantes del DIDH deben considerarse relevantes, estos no agotan la obligación estatal, pero el concepto clave para analizar la procedencia de la consulta previa es el de afectación directa. Esta expresión, por supuesto, es amplia e indeterminada, lo que puede ocasionar distintas disputas interpretativas. Sin embargo, actualmente, la Corte ha desarrollado un conjunto de estándares que permiten evaluar al operador jurídico, si una medida, norma o proyecto afecta directamente a los pueblos indígenas: (i) la afectación directa hace alusión a la intervención que una medida (política, plan o proyecto) determinada presenta sobre cualquiera de los derechos de los pueblos indígenas o tribales; (ii) el hecho de que la medida se orienta a desarrollar el Convenio 169 de la OIT, y (iii) la imposición de cargas o atribución de beneficios a una comunidad, de tal manera que modifique su situación o posición jurídica; (iv) la interferencia en elementos definitorios de la identidad o cultura del pueblo concernido; y (v) se trata de una medida general que, sin embargo, afecta con especial intensidad o de manera diferenciada a los pueblos étnicamente diferenciados. Evidentemente, se trata de criterios de apreciación que no cierran por completo la vaguedad del concepto de afectación directa y mantienen de esa forma la importancia de una evaluación caso a caso sobre la obligatoriedad de la medida. Pero constituyen, sin embargo, una orientación suficiente para el desempeño de esa tarea en términos acordes a los principios de razonabilidad y proporcionalidad” (Subrayas fuera de texto).

En ese contexto, la Corte, en SU-097 de 2017, amparó el derecho a la consulta previa del pueblo raizal de la Isla de Providencia, al determinar que el Convenio 9677-SAPII0013-445-2015 por medio del cual se *“aúnan esfuerzos humanos, técnicos, financieros y administrativos para la generación de estrategias de desarrollo integral a través de la cultura en el Municipio de Providencia y Santa Catalina, a través de la operación del Complejo Cultural Midnight Dream, la construcción de modelos para su sostenibilidad y gestión integral y la capacitación de agentes locales para su operación y dirección futura”* era una medida administrativa que afectaba la música del archipiélago como elemento definitorio de la cultura raizal.

Posteriormente, en Sentencia SU-217 de 2017, el Tribunal Constitucional, al resolver una acción de tutela que presentó la comunidad indígena de Jaraguay para la protección de sus derechos fundamentales a la identidad étnica diferenciada y a la consulta previa presuntamente vulnerados por el Estado al proferir la licencia ambiental para la ampliación del relleno sanitario de Loma Grande, ubicado aproximadamente a 4 kilómetros de la comunidad, sin haber consultado previamente a la comunidad esta decisión, indicó:

“La jurisprudencia constitucional, como ya se anunció, ha sostenido que las medidas generales, en principio, no generan una afectación directa de los pueblos indígenas, salvo cuando estas, al tiempo que impactan de forma general a la población, inciden en términos diferenciales sobre los pueblos indígenas. Este criterio es muy relevante en el caso de las medidas legislativas y los actos administrativos de carácter general pues, como estos se expresan usualmente a través de enunciados generales (o que pretenden regular supuestos de hecho amplios), entonces se entiende que se aplican a todos los colombianos; pero, a pesar de ello, las leyes tienen diversos niveles de generalidad y no todas las normas que impactan a los colombianos producen los mismos efectos fácticos y normativos en comunidades étnicamente diferenciadas, precisamente porque para estas pueden tener un significado distinto, o pueden traducirse en cargas (o beneficios) diversos a los que se producen en quienes componen la sociedad mayoritaria.”

De conformidad con lo anterior, pasa la Sala a estudiar el elemento definitorio de la identidad cultural de las comunidades indígenas referente a las prácticas tradicionales de explotación y el aprovechamiento de los recursos naturales.

7. Las prácticas tradicionales de explotación y el aprovechamiento de los recursos naturales por parte de las comunidades indígenas como elemento definitorio de su identidad cultural

Los pueblos indígenas y tribales tienen formas de vida únicas, en la medida en que su cosmovisión surge de la estrecha relación que tienen con la tierra³⁹. Para ellos, la tierra “no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras”⁴⁰. Las tierras tradicionalmente utilizadas y ocupadas por las comunidades indígenas están “estrechamente relacionadas 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 y valores”⁴¹.

Sobre el particular, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que “la protección del derecho a la propiedad de los pueblos indígenas sobre sus territorios ancestrales es un asunto de especial importancia, porque su goce efectivo implica no sólo la protección de una unidad económica sino la protección de los derechos humanos de una colectividad que basa su desarrollo

³⁹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos-Doc. 56/09

⁴⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 149. Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párrs. 124, 131. Corte IDH. Caso Masacre Plan de Sánchez Vs. Guatemala. Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de noviembre 2004. Serie C No. 116, párr. 85.

⁴¹ Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 154.

económico, social y cultural en la relación con la tierra”⁴². La Corte Interamericana, a su vez, ha subrayado que los derechos territoriales de los pueblos indígenas se relacionan con “el derecho colectivo a la supervivencia como pueblo organizado, con el control de su hábitat como una condición necesaria para la reproducción de su cultura, para su propio desarrollo y para llevar a cabo sus planes de vida”⁴³. En ese contexto, la noción jurídica de “territorio” de los pueblos indígenas no solo comprende la superficie terrestre que ocupan, sino también todos los recursos naturales que están sobre ella y en el subsuelo⁴⁴. El Convenio 169 de la OIT, en su artículo 13.2, dispone, en términos similares, 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”.

Para los pueblos indígenas, el uso y goce de la tierra y de sus recursos es fundamental para su supervivencia física y cultural, así como para la efectiva realización de sus derechos humanos.⁴⁵ En ese sentido, la falta de acceso a la tierra y a los recursos naturales puede producir, en las comunidades indígenas afectadas, condiciones de miseria y la vulneración de sus derechos fundamentales. Adicionalmente, puede afectar otros derechos básicos, como el derecho a la identidad cultural, el derecho colectivo a la integridad cultural, o el derecho a la supervivencia colectiva de las comunidades y sus miembros⁴⁶. En ese contexto, las comunidades indígenas tienen derecho al reconocimiento jurídico de sus formas y modalidades diversas y específicas de control,

⁴² CIDH, Alegatos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de Yakye Axa v. Paraguay. Referidos en: Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 120(c).

⁴³ Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 146. Para la Corte Interamericana, “La propiedad sobre la tierra garantiza que los miembros de las comunidades indígenas conserven su patrimonio cultural” [Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 146]. Los pueblos indígenas y tribales tienen un derecho colectivo a la supervivencia como pueblo organizado; al afectar el derecho ancestral de los miembros de las comunidades indígenas sobre sus territorios, se pueden afectar otros derechos básicos como el derecho a la identidad cultural, o la supervivencia de las comunidades indígenas y sus miembros [Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 146, 147]. La CIDH ha explicado en esta línea que el territorio ancestral reclamado por comunidades indígenas “es el único lugar donde tendrán plena libertad porque es la tierra que les pertenece” [CIDH, Alegatos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de Yakye Axa v. Paraguay. Referidos en: Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 120(g)]

⁴⁴ Para la Corte Interamericana, el término “territorio” se refiere a la totalidad de la tierra y los recursos naturales que los pueblos indígenas y tribales han utilizado tradicionalmente. Corte IDH. Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, nota al pie No. 63.

⁴⁵ CIDH, Informe No. 40/04, Caso 12.053, Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice), 12 de octubre de 2004, párr. 114. La Corte Interamericana de Derechos Humanos “ha adoptado un criterio similar [al de la CIDH] respecto del derecho de propiedad en el contexto de los pueblos indígenas, reconociendo las formas comunales de tenencia de la tierra por los indígenas y la relación singular que los pueblos indígenas mantienen con su tierra” [CIDH, Informe No. 40/04, Caso 12.053, Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice), 12 de octubre de 2004, párr. 116. Corte IDH. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79].

⁴⁶ CIDH, Acceso a la Justicia e Inclusión Social: El camino hacia el fortalecimiento de la Democracia en Bolivia. Doc. OEA/Ser.L/V/II, Doc. 34, 28 de junio de 2007, párr. 241. Ver también: Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 147.

propiedad, uso y goce de sus territorios⁴⁷, dadas por la cultura, usos, costumbres y creencias de cada pueblo⁴⁸.

En virtud de lo anterior, el Estado debe reconocer y proteger los sistemas productivos de las comunidades indígenas, pues estos “son esenciales en muchas circunstancias para el bienestar individual y colectivo y, en efecto, para la supervivencia de los pueblos indígenas”⁴⁹. En ese sentido, los pueblos indígenas y tribales tienen derecho a administrar y explotar su territorio de conformidad con sus propias pautas tradicionales.

De acuerdo con lo anterior, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial, en su Recomendación General 23, exhortó a los Estados partes a que “reconozcan y protejan los derechos de los pueblos indígenas a poseer, explotar, controlar y utilizar sus tierras, territorios y recursos comunales”⁵⁰. En ese contexto, las medidas que adopten deben ajustarse a los patrones tradicionales de uso y de ocupación de dichas comunidades para garantizar su derecho de propiedad sobre los recursos naturales presentes en sus territorios ancestrales⁵¹.

Sobre esa base, las comunidades indígenas han desarrollado una serie de conocimientos y prácticas de carácter tradicional, transmitidos ancestralmente por vía oral, tendientes a la utilización racional y sostenible de los recursos naturales. La importancia de estas formas tradicionales de producción es de tal magnitud que la supervivencia de dichos pueblos depende de que estas prácticas persistan sin ser modificadas por influencias externas. Sobre el particular, esta Corporación, al revisar la Ley 208 de 1995 “Por medio de la cual se aprueba el ‘Estatuto del Centro Internacional de Ingeniería Genética y Biotecnología’ hecho en Madrid el 13 de septiembre de 1983” señaló:

“La importancia de estas prácticas autóctonas es de tal grado que se ha afirmado que las necesidades de un 80% de la población del mundo, así como el suministro de alimentos de cerca de la mitad de los habitantes de la Tierra, depende del conocimiento y plantaciones indígenas. Lo anterior ha determinado la necesidad de relacionar la noción de desarrollo sostenible con el reconocimiento y la importancia de la diversidad cultural especialmente en cuanto se refiere a las diversas formas de relación entre el hombre y la naturaleza. De este modo, se concluye que la protección de la biodiversidad depende, en gran medida, de la preservación de las

⁴⁷ Este derecho se incluye entre los principios y derechos que deben ser considerados al interpretar y aplicar el derecho a la propiedad bajo los instrumentos interamericanos de derechos humanos. CIDH, Informe No. 40/04, Caso 12.053, Comunidades Indígenas Mayas del Distrito de Toledo (Belice), 12 de octubre de 2004, párr. 115.

⁴⁸ Corte IDH. Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguay. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 120

⁴⁹ CIDH, Informe No. 75/02, Caso 11.140, Mary y Carrie Dann (Estados Unidos), 27 de diciembre de 2002, párr. 128.

⁵⁰ Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial Recomendación general N° 23, relativa a los derechos de los pueblos indígenas, 51° período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 248 (1997), párr. 5. Citada en: CIDH, Informe No. 75/02, Caso 11.140, Mary y Carrie Dann (Estados Unidos), 27 de diciembre de 2002, párr. 130, nota al pie No. 97.

⁵¹ CIDH, Alegatos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de *Awas Tingni v. Nicaragua*. Referidos en: Corte IDH. Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) *Awas Tingni Vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2001. Serie C No. 79, párr. 140(e).

*prácticas tradicionales a través de las cuales una determinada cultura se relaciona con los recursos biológicos a los que accede*⁵²”.

De igual manera, el Convenio sobre la Diversidad Biológica, aprobado por Colombia mediante la Ley 162 de 1994⁵³, dispone, en su Artículo 8º, Literal J, que cada parte contratante “Con arreglo a su legislación nacional, respetará, preservará y mantendrá los conocimientos, las innovaciones y las prácticas de las comunidades indígenas y locales que entrañen estilos tradicionales de vida pertinentes para la conservación y la utilización sostenible de la diversidad biológica y promoverá su aplicación más amplia, con la aprobación y la participación de quienes posean esos conocimientos, innovaciones y prácticas, y fomentará que los beneficios derivados de la utilización de esos conocimientos, innovaciones y prácticas se compartan equitativamente”. Así mismo, esta Corporación, al revisar dicho convenio⁵⁴, precisó “La Constitución Política, en sus artículos 329 y 330, consigna los mismos intereses que se prevén en el Convenio sobre la Diversidad Biológica, pues dispone que los territorios indígenas podrán gobernarse según sus usos y costumbres, pero que una de las principales funciones de sus autoridades será la de “*velar por la preservación de los recursos naturales*” (Art. 330-5). En igual sentido, el parágrafo de la disposición citada establece que la explotación de esos recursos se hará “*sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas*”, para lo cual el Gobierno Nacional tendrá la responsabilidad de propiciar la participación de esas comunidades en las decisiones que para tal efecto se adopten.

Bajo ese entendido, también ha precisado este Tribunal que “la explotación de los recursos naturales en la comunidades indígenas, de acuerdo con los términos que establece la Constitución y el Convenio que se estudia, abarca no sólo cualquier actividad que implique la extracción material de esos recursos - desde los hidrocarburos y minerales hasta las riqueza genética- sino también las decisiones que comprometan política, económica, cultural o socialmente el conocimiento que los indígenas tengan sobre la utilización y preservación de esos recursos. Por tal motivo y teniendo en consideración el enorme capital ecológico de nuestro país, reviste la mayor importancia que el Gobierno Nacional preste toda su atención al momento de deliberar en los foros internacionales, respecto la conveniencia de establecer un régimen de propiedad intelectual en materia de diversidad biológica, pues en él debe gozar de protección especial el conocimiento tradicional de las comunidades indígenas, lo cual, por lo demás, tiene respaldo en el deber del Estado de proteger el patrimonio natural y ecológico de la Nación (Arts. 8o. y 72 C.P.). (Subraya por fuera del texto original)

Siguiendo el anterior razonamiento, este Tribunal, al revisar la Ley 243 de 1995 “Por medio de la cual se aprueba el ‘Convenio Internacional para la Protección

⁵² Sentencia C-137/96.

⁵³ Por medio de la cual se aprueba el “Convenio sobre la Diversidad Biológica”, hecho en Río de Janeiro el 5 de junio de 1992.

⁵⁴ Sentencia C-519 de 1994.

de las obtenciones vegetales-UPOV-' del 2 de diciembre de 1961, revisado en Ginebra el 10 de noviembre de 1972 y el 23 de octubre de 1978", señaló:

“Entiende la Corte que, en el proceso de explotación sustentable de los recursos naturales que llevan a cabo las comunidades indígenas, negras y campesinas, pueden llegar a presentarse modificaciones de las especies vegetales con las que se relacionan estos grupos o, incluso, puede haber lugar a la aparición de especies nuevas que se adaptan a las necesidades particulares de la comunidad que las explota. De este modo, las prácticas y conocimientos tradicionales de las culturas minoritarias son fuente de obtenciones vegetales, que deben ser protegidas a través de los mecanismos de propiedad intelectual que surjan como desarrollo del artículo 61 de la Carta, con particular atención al mandato constitucional que exige del Estado y de la sociedad una especial protección a las minorías étnicas y campesinas, y al imperativo deber de resguardar y preservar la diversidad cultural y biológica de la Nación.

La forma de interacción de las comunidades étnicas con los recursos naturales implica que, en ocasiones, no sea admisible la idea de una apropiación individual, comercial y excluyente de las variedades vegetales obtenidas a través de la gestión cultural. Incluso, el reconocimiento de formas tradicionales "occidentales" de propiedad, - que suelen traducirse en el otorgamiento de un derecho de uso individual y exclusivo -, sobre las especies vegetales que los grupos étnicos explotan a través de métodos tradicionales de producción, podría conducir a las consecuencias negativas que se ponen de presente en los conceptos de los dos antropólogos consultados (desintegración cultural, desnutrición, hambrunas, insatisfacción de las necesidades médicas y de salud, y en general la amenaza a la supervivencia de la étnia).

En razón de las observaciones anteriores, la Corte considera que las normas sobre propiedad intelectual protección a los obtentores de nuevas variedades vegetales deben ser respetuosas de las culturas y tradiciones propias de las comunidades indígenas, negras y campesinas, de modo que so pretexto de una necesaria protección en ámbitos propios de la economía de mercado, no se imponga a dichas comunidades restricciones desproporcionadas que atenten contra su propia supervivencia. En consecuencia, sería inconstitucional el sistema de protección que no admitiera el reconocimiento de la propiedad colectiva sobre dichas obtenciones o que privilegiara la oportunidad en la cual se presenta la solicitud de reconocimiento del derecho respecto de la existencia previa y notoria de la variedad vegetal y de su utilización tradicional por parte de dichas comunidades.” (Subraya fuera del texto original)

De acuerdo con lo expuesto, las distintas maneras en que las comunidades étnicas se relacionan con el medio ambiente y que determinan prácticas tradicionales de explotación y aprovechamiento de los recursos naturales, deben considerarse como una particular forma de manifestación cultural y de creación de la identidad de los pueblos indígenas.

8. Objeto y contenido de la Resolución N° 3168 de 2015, proferida por el Instituto Colombiano Agropecuario - ICA.

De acuerdo con los antecedentes de la Resolución N° 3168 de 2015, la razón que tuvo en cuenta el Instituto Colombiano Agropecuario para expedir dicho acto administrativo se relaciona, de alguna manera, con la situación planteada en el escrito de tutela, toda vez que esta se expidió con el fin de solucionar los problemas de interpretación que se presentaron en la aplicación de la Resolución N° 970 de 2010, pues por la amplitud de sus términos se consideró que dicha resolución podía afectar incluso a las comunidades indígenas. En ese sentido, la Resolución N°3168 de 2015 busca aclarar, entre otras cosas, que dicha regulación no aplica para las comunidades indígenas.

Sobre el particular, la Dirección de Semillas del Instituto Colombiano Agropecuario señaló como justificación técnica para la expedición de la Resolución N° 3168 de 2015 lo siguiente: *“el presente proyecto de Resolución tiene por fin sustituir la Resolución 970 de 2010, objeto de inconvenientes en su aplicación por la amplitud que reporta en sus términos y obligaciones, lo que permite la existencia de un sin número de interpretaciones por parte de los diferentes sectores, lo que entorpece el diario actuar de la institución y en especial de la dirección técnica de semillas. Entre los sectores más afectados según las comunicaciones que han hecho llegar al instituto están las comunidades rurales, las comunidades campesinas y las comunidades indígenas.”*⁵⁵

En consecuencia, es claro que la Resolución N° 3168 de 2015 tiene por objeto reglamentar y controlar la producción, importación y exportación de semillas producto del mejoramiento genético para la comercialización y siembra en el país, así como el registro de las unidades de evaluación agronómica y/o unidades de investigación en fitomejoramiento y se dictan otras disposiciones. Con ese propósito, derogó la Resolución N° 970 de 2010 que establecía los requisitos para la producción, acondicionamiento, importación, exportación, almacenamiento, comercialización y/o uso de semillas para siembra en el país, así como su control.

Dentro de ese contexto, la Resolución N° 3168 de 2015 se compone de 28 artículos distribuidos en 7 capítulos, que se ocupan de los temas que a continuación se describen:

8.1. El Capítulo I, al que se integran los artículos 1°, 2° y 3°, se ocupa del objeto y el ámbito de aplicación⁵⁶ de la resolución, así como de las definiciones de los términos básicos que son utilizados en la norma. En ese contexto, define lo que debe entenderse por: “acondicionamiento, calidad de semillas, certificación de semillas, comercialización de semillas, cultivar, ensayos de poscontrol,

⁵⁵ Folio 2, Cuaderno de pruebas.

⁵⁶ Artículo 2. AMBITO DE APLICACIÓN. Las disposiciones establecidas en la presente Resolución serán aplicables solo a las personas naturales o jurídicas que se dediquen a la producción, exportación, comercialización y/o importación de semillas para siembra en el país, obtenidas a través de métodos de mejoramiento genético convencional y no convencional, así como a las actividades que desarrollan las unidades de evaluación agronómica y/o unidades de investigación en fitomejoramiento.

etiqueta, genealogía, genotipo, material parental, material vegetal micropropagado, mejoramiento genético, plántulas, productor de semilla para siembra, pruebas de evaluación agronómica de genotipos, reempaque de semilla, registro nacional de cultivares comerciales, rótulo, semilla para siembra, semilla básica, semilla certificada, semilla élite, semilla genética, semilla registrada, semilla seleccionada, semilla superelite y unidad de investigación en fitomejoramiento.

8.2. **El Capítulo II**, al que se integran los artículos 4° y 5°, regula lo referente a la producción de semillas para siembra. En el artículo 4° se consagran las categorías de semillas certificadas y se establecen los requisitos para su producción y comercialización. El artículo 5°, se refiere al proceso de producción de semilla seleccionada.

8.3. **El Capítulo III**, del que forman parte los artículos 6°, 7°, 8°, 9°, 10° y 11, trata del registro como productor, exportador, comercializador y/o importador de semilla para siembra en el país, así como del registro de las unidades de evaluación agronómica y unidades de investigación en fitomejoramiento. En el artículo 6°, se enuncian los requisitos generales y específicos para obtener el registro. En el artículo 7°, se explica el trámite para expedir el registro. El artículo 8°, se ocupa de la visita técnica de verificación y finalmente, los artículos 9°, 10° y 11 regulan la expedición, modificación y cancelación del registro.

8.4. **El Capítulo IV**, compuesto por los artículos 12, 13, 14, 15, 16, 17 y 18, regula todo lo referente al registro nacional de cultivares comerciales. El artículo 12, se refiere a la prueba de evaluación agronómica que se debe realizar sobre todo cultivar producto del mejoramiento genético con el fin de que sea comercializado para siembra en el país, los requisitos exigidos, su trámite y la presentación de los resultados. El artículo 13, por su parte, consagra la prueba semicomercial que será la que se realice con los mejores genotipos participantes en la prueba de evaluación agronómica para determinar su comportamiento. Los artículos 14, 15, 16, 17 y 18 tratan sobre el registro nacional de cultivares comerciales y el trámite para su expedición, modificación y cancelación.

8.5. **El Capítulo V**, del que forman parte los artículos 19, 20, 21 y 22, desarrollan el rótulo, etiqueta y reempaque de semilla. El artículo 19, prevé que los productores e importadores de semillas deben colocar una etiqueta en la cual declaren, bajo su responsabilidad, la información sobre el cultivar y la calidad del material que está comercializando. El artículo 20, contempla la posibilidad de reempacar semillas con destino a la venta en presentaciones diferentes a la original. El artículo 21, regula lo referente a las importaciones de semillas con fines de investigación. El artículo 22, consagra el privilegio del agricultor, que está interesado en una variedad protegida por derecho de obtentor, de reservar producto de su propia cosecha para usarla como semilla para sembrarla en su misma explotación, de conformidad con las áreas por especie así: arroz hasta 5 hectáreas, soya hasta 10 has, algodón hasta 5has.

8.6. **El Capítulo VI**, al que pertenecen los artículos 23, 24, establece las obligaciones y prohibiciones para las personas naturales o jurídicas objeto de la resolución. En el artículo 23, se indican las obligaciones generales y específicas que deben cumplir los productores, comercializadores, importadores y exportadores de semillas. Así mismo, señala las obligaciones para el titular de la unidad de investigación en fitomejoramiento, el titular de la unidad de evaluación agronómica y el titular del registro nacional de cultivares comerciales. El artículo 24, prevé las conductas prohibidas para las personas sujetas a lo señalado en la resolución, tales como ejercer actividades de producción, acondicionamiento, importación, exportación y almacenamiento de semillas sobre cultivares no autorizados o distribuir o comercializar semillas sin etiqueta.

8.7. **Capítulo VII**, al que se integran los artículos 25, 26, 27 y 28, se ocupa de las disposiciones generales. El artículo 25, consagra el control oficial, el cual estará a cargo de funcionarios del ICA, quienes, en el ejercicio de las funciones de inspección, vigilancia y control, tendrán el carácter de inspectores de policía sanitaria y gozarán del apoyo y protección de las autoridades civiles y militares para el cumplimiento de sus funciones. El artículo 26, regula el procedimiento que debe adelantar el agricultor para presentar reclamaciones cuando tenga dudas sobre la calidad de la semilla adquirida. El artículo 27, prevé las sanciones que se impondrán cuando se incurra en el incumplimiento de las disposiciones previstas en la resolución, además de las acciones civiles y penales a que haya lugar. Dicha norma, a su vez, remite a la Parte 13, Título 1, Capítulo 10 del Decreto 1071 de 2015 *“por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Administrativo Agropecuario, Pesquero y de Desarrollo Rural”*. El artículo 28, dispone que la Resolución N°. 3168 de 2015 rige a partir de la fecha de su publicación y deroga la Resoluciones N° 970 de 2010, 1881 de 1992, 456 de 2009, 2501 de 2003, 2692 de 1998 y todas aquellas normas que le sean contrarias.

Adicional a lo anterior, la Resolución N°. 3168 de 2015 cuenta con 3 anexos. El Anexo I establece los requisitos específicos mínimos de calidad para la producción de semillas certificada de algodón, avena, frijol, maíz, trigo, ajonjolí, sorgo, maní, cebada, soya, arveja, arroz, papa, yuca, tales como el material objeto de certificación, la clase de semilla, la siembra, el aislamiento, la pureza genética y sanidad, el tratamiento, el empaque, entre otros. El anexo II dispone los requisitos mínimos de calidad para la comercialización de semilla seleccionada y, por último, el anexo III prevé las especificaciones de la etiqueta para la semilla certificada.

Posteriormente, mediante Resolución N° 3888 de 2015, el Instituto Colombiano Agropecuario adicionó un artículo transitorio a la Resolución N°. 3168 en el que estableció un periodo de transición para que las personas naturales o jurídicas que para ese momento contaban con registros vigentes, conforme a la Resolución N°. 970 de 2010, los ajustaran y cumplieran con las nuevas disposiciones.

De conformidad con lo anterior, pasará la Sala de Revisión a abordar el estudio de fondo del caso concreto.

9. Caso concreto

De acuerdo con la situación fáctica expuesta, en esta oportunidad, le corresponde a la Sala Tercera de Revisión determinar si el Instituto Agropecuario de Colombia vulneró el derecho fundamental a la consulta previa y a la identidad cultural de los accionantes, al expedir la Resolución N° 3168 de 2015 sin antes agotar el correspondiente proceso de consulta con las comunidades indígenas.

En relación con el deber de consulta de las medidas que sean susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas y tribales, la Corte ha dicho que el mismo es consecuencia directa del derecho que les asiste a estas comunidades de decidir las prioridades en su proceso de desarrollo y preservación de la cultura⁵⁷ y que, cuando procede ese deber de consulta, surge para las comunidades un derecho fundamental susceptible de protección por la vía de la acción de tutela, en razón a la importancia política del mismo, a su significación para la defensa de la identidad e integridad cultural y a su condición de mecanismo de participación.⁵⁸

Ahora bien, qué clase de medidas deben ser objeto de consulta previa con las comunidades étnicas. Sobre este tema, la Corte también ha sentado un precedente consolidado, razón por la cual esta sentencia reiterará las reglas determinadas por ese análisis.

De manera general, esta Corporación ha señalado que una medida legislativa o administrativa afecta directamente a un pueblo indígena cuando esta “*altera el estatus de la persona o de la comunidad, bien sea porque le impone restricciones o gravámenes o le confiere beneficios.*” Cabe precisar que el análisis sobre el grado de afectación de la medida se opone a una evaluación de naturaleza paternalista hacia las comunidades indígenas. Por lo tanto, la identificación del grado de afectación directa en modo alguno podría considerarse como una evaluación sobre la bondad de la medida, respecto de los intereses de las comunidades étnicas. Ello debido a que una opción de esa naturaleza desconocería, de manera grave, el mandato constitucional de reconocimiento de la diversidad étnica y cultural de dichas comunidades, a través de una imposición sobre determinado modelo de virtud, externo a sus prácticas tradicionales.

En ese orden de ideas, existe un vínculo inescindible entre la afectación directa y la construcción de la identidad diferenciada de las comunidades étnicas. Por ende, puede plantearse un primer criterio sobre la obligatoriedad de la consulta, de naturaleza sociológica, según el cual concurre afectación directa cuando la medida legislativa o administrativa incide en la construcción de la identidad diferenciada de las comunidades tradicionales. En los términos de la sentencia

⁵⁷ Sentencia C-208 de 2007.

⁵⁸ *Ibíd.*

C-175/09 “... el deber de consulta previa respecto de medidas legislativas, resulta jurídicamente exigible cuando las mismas afecten directamente a las comunidades indígenas y afrodescendientes. Ello sucede cuando la materia del proyecto está relacionada con aspectos que tienen una vinculación intrínseca con la definición de la identidad étnica de dichos grupos. Por ende, no existirá deber de consulta cuando la medida legislativa no pueda predicarse de forma particular a los pueblos indígenas y tribales y, a su vez, el asunto regulado no tenga relación con aspectos que, razonable y objetivamente, conformen la identidad de la comunidad diferenciada. (...) para acreditar la exigencia de la consulta previa, debe determinarse si la materia de la medida legislativa tiene un vínculo necesario con la definición del ethos de las comunidades indígenas y afrodescendientes. En otras palabras, el deber gubernamental consiste en identificar si los proyectos de legislación que pondrá a consideración del Congreso contienen aspectos que inciden directamente en la definición de la identidad de las citadas indígenas y, por ende, su previa discusión se inscribe dentro del mandato de protección de la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana.”

A su vez, también resalta el precedente estudiado que el grado de impacto en la definición de la identidad diferenciada debe estudiarse a partir de la incidencia que tiene la medida, en términos de la escala de valores que se deriva de la cosmovisión igualmente diferenciada que tiene la comunidad étnica correspondiente. En términos de la sentencia C-175/09 “...la determinación de la gravedad de la afectación de la medida legislativa o administrativa deberá analizarse según el significado que para los pueblos indígenas y tribales afectados tengan los bienes o prácticas sociales interferidas. En otras palabras, el mandato de reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural, implica que el análisis del impacto de las medidas se realice a partir de las características específicas de la comunidad y la comprensión que éstas tienen del contenido material de dichas políticas.”

Un segundo criterio es de naturaleza normativa. La jurisprudencia ha considerado que se presume la necesidad de efectuar la consulta previa respecto de (i) asuntos en los que concurre un mandato constitucional que vincula determinadas materias objeto de regulación con los derechos de las comunidades étnicas; y (ii) aquellos tópicos expresamente indicados como objeto de consulta por parte del Convenio 169 de la OIT.

En cuanto al primer aspecto del criterio normativo, el precedente analizado ha resaltado que desde la Constitución se prevén mandatos específicos, en los cuales (i) se otorga un tratamiento preferente para las comunidades indígenas respecto del ejercicio de determinados derechos constitucionales; o (ii) se vinculan los derechos de las comunidades tradicionales a asuntos relacionados con las decisiones relativas a las competencias constitucionalmente asignadas frente a los territorios indígenas, en los términos del artículo 330 C.P., destacándose la obligatoria compatibilidad entre la protección de su identidad cultural y la explotación de los recursos naturales en sus territorios.

Acerca de este último aspecto, la sentencia C-317/12, al reiterar lo señalado en el fallo C-175/09, insiste en que “[s]e presume (...) que todas las regulaciones que afecten los territorios ancestrales indígenas conllevan una afectación directa que exige la realización de consulta previa: “tanto las normas del derecho internacional que regulan el tema de la consulta previa, como la jurisprudencia constitucional, han destacado el lugar central que cumple el territorio en la definición de la identidad de los pueblos indígenas y tribales. (...) De forma armónica con las obligaciones estatales descritas, contenidas en normas que integran el bloque de constitucionalidad, la jurisprudencia de la Corte ha insistido en que las regulaciones legales que intervengan el régimen jurídico sobre la tierra de las comunidades indígenas y afrodescendientes deben mostrarse compatibles con la eficacia del mandato de reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural de la Nación. Esto implica que dicha normatividad deberá tener en cuenta las prácticas tradicionales de los pueblos indígenas y tribales, evitando que la imposición estatal de otras modalidades de regulación implique la desaparición de aquellas.”

Esta misma conclusión es resaltada por la sentencia C-366/11, cuando señala que “[l]a identificación de las medidas que afectan directamente a las comunidades indígenas y afrodescendientes, la ha adelantado la jurisprudencia constitucional en cada caso concreto. Sin embargo, en cada uno de ellos se observa un patrón común, conforme al cual esta afectación se evalúa en términos de qué tanto incide la medida en la conformación de la identidad diferenciada del pueblo étnico. En ese orden de ideas, las decisiones de la Corte han concluido, aunque sin ningún propósito de exhaustividad, que materias como el territorio, el aprovechamiento de la tierra rural y forestal o la explotación de recursos naturales en las zonas en que se asientan las comunidades diferenciadas, son asuntos que deben ser objeto de consulta previa. Ello en el entendido que la definición de la identidad de las comunidades diferenciadas está estrechamente vinculada con la relación que estas tienen con la tierra y la manera particular como la conciben, completamente distinta de la comprensión patrimonial y de aprovechamiento económico, propia de la práctica social mayoritaria. A esta materia se suman otras, esta vez relacionadas con la protección del grado de autonomía que la Constitución reconoce a las comunidades indígenas y afrodescendientes. Así, en virtud de lo regulado por los artículos 329 y 330 C.P., deberán estar sometidos al trámite de consulta previa los asuntos relacionados con la conformación, delimitación y relaciones con las demás entidades locales de las unidades territoriales de las comunidades indígenas; al igual que los aspectos propios del gobierno de los territorios donde habitan las comunidades indígenas; entre ellos la explotación de los recursos naturales en los mismos. Esto último según lo regulado por el parágrafo del artículo 330 C.P. el cual prevé que dicha explotación, cuando se realiza en los territorios indígenas, se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades diferenciadas. Por ende, en las decisiones que se adopten al respecto, el Gobierno debe propiciar la participación de los representantes de las respectivas comunidades.”

En segundo término, se resalta que la consulta es obligatoria cuando la medida legislativa o administrativa tenga relación directa con las materias reguladas por el Convenio 169 de la OIT, que refieren a su vez a la protección de los derechos de las comunidades étnicas en tanto grupos de identidad diferenciada. Estos asuntos versan, entre sus principales aspectos, acerca de (i) la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación (Art. 13); (ii) la participación de las comunidades étnicas en la utilización, administración y conservación de los recursos naturales existentes en sus territorios (Art. 15); (iii) la obligación estatal de adoptar, en el marco de su legislación nacional y en cooperación con los pueblos interesados, medidas especiales para garantizar a los trabajadores pertenecientes a esos pueblos una protección eficaz en materia de contratación y condiciones de empleo, en la medida en que no estén protegidos eficazmente por la legislación aplicable a los trabajadores en general (Art. 20); (iv) la obligación del Estado de disponer a favor de las comunidades tradicionales, medios de formación profesional por lo menos iguales a los de los demás ciudadanos (Art. 21); (v) el deber estatal de poner a disposición de los pueblos interesados servicios de salud adecuados o proporcionar a dichos pueblos los medios que les permitan organizar y prestar tales servicios bajo su propia responsabilidad y control, a fin de que puedan gozar del máximo nivel posible de salud física y mental (Art. 25); (vi) la necesidad de adoptar medidas para garantizar a los miembros de los pueblos interesados la posibilidad de adquirir una educación a todos los niveles, por lo menos en pie de igualdad con el resto de la comunidad nacional (Art. 26); (vii) la obligación de los gobiernos de tomar medidas apropiadas, incluso por medio de acuerdos internacionales, para facilitar los contactos y la cooperación entre pueblos indígenas y tribales a través de las fronteras, incluidas las actividades en las esferas económica, social, cultural y del medio ambiente (Art. 32); y (viii) la definición, por parte de la autoridad estatal encargada de los asuntos del Convenio, de asegurar que existan instituciones u otros mecanismos apropiados para administrar los programas que afecten a los pueblos interesados, y de que tales instituciones o mecanismos dispongan de los medios necesarios para el cabal desempeño de sus funciones (Art. 33).

Este vínculo entre la medida legislativa y los asuntos materia del Convenio 169 de la OIT también ha servido a la Corte para resaltar que la consulta previa es obligatoria en tanto la medida afecta de forma *específica* a las comunidades étnicas. A este respecto, la sentencia C-030/08 refiere que esa condición de especificidad “...se requiere en una determinada medida legislativa para que en relación con ella resulte predicable el deber de consulta en los términos del literal a) del artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, puede ser el resultado de una decisión expresa de expedir una regulación en el ámbito de las materias previstas en el convenio, o puede provenir del contenido material de la medida como tal, que, aunque concebida con alcance general, repercuta de manera directa sobre las comunidades indígenas y tribales. || En los anteriores términos, en cada caso concreto sería necesario establecer si opera el deber de consulta, bien sea porque se esté ante la perspectiva de adoptar una medida legislativa que de manera directa y específica regula situaciones que

repercuten en las comunidades indígenas y tribales, o porque del contenido material de la medida se desprende una posible afectación de tales comunidades en ámbitos que les son propios”.

Por último, puede evidenciarse un tercer criterio interpretativo, consistente en que la consulta previa es obligatoria cuando, a pesar de que la medida legislativa o administrativa tenga carácter general, en todo caso la materia regulada debió contar con una regulación particular y específica respecto de las posiciones jurídicas de las comunidades étnicas. Esto debido a que dicha materia tiene una relación intrínseca con asuntos propios de la definición de la identidad de dichas comunidades, como sucede cuando la regulación general tiene, dentro de su ámbito de aplicación, la administración del territorio ancestral o la utilización de los recursos naturales en él asentado. Acerca de este tópico, la sentencia C-030/08 determina que “...cuando de lo que se trata es de adoptar el marco general de la política petrolera del Estado no hay una afectación directa de las comunidades indígenas o tribales, ni la medida se inscribe en el ámbito de aplicación del convenio, porque no está orientada a regular de manera específica la situación de esos pueblos, y lo que cabe es aplicar la previsión del literal b) del artículo 6º conforme a la cual debe garantizarse la participación de las comunidades interesadas en igualdad de condiciones, a menos que, en el texto de la ley se incorporasen medidas específicamente dirigidas a la explotación de recursos en los territorios de esas comunidades, o que se pudiese establecer una omisión legislativa por la falta de una previsión específica.”

En conclusión, la afectación directa a las comunidades indígenas por parte de una medida legislativa o administrativa puede verificarse en tres escenarios: (i) cuando la medida tiene por objeto regular un tópico que, por expresa disposición constitucional, debe ser sometido a procesos de decisión que cuenten con la participación de las comunidades étnicas, como sucede con la explotación de recursos naturales en sus territorios; (ii) cuando a pesar que no se trate de esas materias, el asunto regulado por la medida está vinculado con elementos que conforman la identidad particular de las comunidades diferenciadas; y (iii) cuando aunque se está ante una medida de carácter general, regula sistemáticamente materias que conforman la identidad de las comunidades tradicionales, por lo que puede generarse bien una posible afectación, un déficit de protección de los derechos de las comunidades o una omisión legislativa relativa que las discrimine.

Ciertamente, como ha sido reconocido por la propia jurisprudencia constitucional⁵⁹, la explotación de los recursos naturales, y en particular la actividad agrícola, es un asunto trascendental para la subsistencia y desarrollo de los grupos étnicos, razón por la cual se trata de una actividad que hace parte integral de su identidad, cultura y formas de vida. Dichas comunidades, durante siglos, han venido desarrollando la actividad agrícola en los territorios que ocupan, conforme a sus específicas cosmovisiones y de acuerdo con sus prácticas y conocimientos tradicionales, alejados de los avances tecnológicos en materia de fitomejoramiento y del concepto mayoritario de aprovechamiento

⁵⁹ Cft. Sentencias C-262 de 1996 y C-1051 de 2012.

económico. Esas prácticas no convencionales de explotación, a su vez, han estado inspiradas en el uso racional y sostenible de los recursos naturales, a partir de una concepción de beneficio colectivo, y han sido transmitidas ancestralmente por vía oral, manteniéndose el propósito de que las mismas persistan y se promuevan a través del tiempo sin ser modificadas por influencias externas.⁶⁰

En el caso concreto, la Sala observa que el objeto de la resolución⁶¹ que se analiza es reglamentar y controlar la producción, importación y exportación de semillas producto del mejoramiento genético para la comercialización y siembra en el país, así como el registro de las unidades de evaluación agronómica y/o unidades de investigación en fitomejoramiento. En desarrollo de este objeto, las personas naturales o jurídicas que se dediquen a las referidas actividades tendrán que cumplir con los requisitos exigidos en dicha disposición para continuar ejerciendo. Así pues, de la revisión del texto de la Resolución N° 3168 de 2015 se puede concluir que las normas en él contenidas se han previsto de manera uniforme para la generalidad de los colombianos, puesto que su objeto no es expedir una regulación específica concerniente a las comunidades étnicas.

Además, se advierte que la Resolución N° 3168 de 2015 no prevé nuevos derechos, obligaciones, restricciones o gravámenes para las comunidades étnicas colombianas, ni incorpora medidas concretas que impliquen una afectación directa, específica y particular de las mismas que modifique su status. Dicho acto administrativo tampoco regula una de las materias contenidas en el Convenio 169 de la OIT, ni incide directamente en su identidad étnica, así como tampoco prevé la explotación de recursos naturales en sus territorios.

Del análisis de la Resolución N° 3168 de 2015 se advierte que la misma no está dirigida a regular la actividad agrícola que ejercen los pueblos y comunidades indígenas, de acuerdo con sus prácticas y conocimientos ancestrales, para su consumo y subsistencia, sino a establecer un marco jurídico que le permita al Estado, en cabeza del Instituto Colombiano Agropecuario, “*ejercer el control técnico de la producción y comercialización de los insumos agropecuarios, material genético animal y semillas para siembra, con el fin de prevenir riesgos que puedan afectar la sanidad agropecuaria y la inocuidad de los alimentos y la producción agropecuaria del país*”. De esta manera, dicho acto administrativo no contempla por ejemplo, (i) el mejoramiento de semillas realizado por los miembros de los pueblos y comunidades indígenas, a través de los métodos convencionales, de acuerdo a sus conocimientos y prácticas tradicionales, siempre que sea para su propio consumo, subsistencia y desarrollo; de igual manera, la Resolución N° 3168 de 2015 tampoco se extiende a (ii) la adquisición de semillas modificadas a través de métodos de mejoramiento no convencionales, y que sean utilizadas o reutilizadas para consumo o para la cosecha de tales comunidades, prueba de ello, es que el Instituto Colombiano Agropecuario durante los (2) dos años de vigencia de

⁶⁰ Sentencia C-501 de 2014.

⁶¹ Resolución N°3168 de 2015.

dicha disposición no ha adelantado ningún tipo de actuación en contra de los pueblos indígenas o de las semillas nativas o criollas que estos cultivan.⁶²

En relación con esto último, encuentra la Sala que la Resolución N°3168 de 2015 no contiene medidas que afecten de forma directa a las comunidades étnicas, toda vez que no regula actividades que los pueblos indígenas pueden desarrollar libremente, tales como el consumo y producción de las semillas criollas o nativas, por lo tanto, su consulta previa no se tornaba obligatoria.

No obstante, ello no es óbice para que, si las comunidades advierten que, en cumplimiento de dicho acto administrativo, las autoridades adelantan medidas que los afecten directamente estos puedan acudir nuevamente a la acción de tutela a solicitar la protección de sus derechos, distintos a la consulta previa. Además, cabe recordar que la Resolución N°3168 de 2015 también puede ser objeto de control por parte de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, a través de la acción de nulidad por inconstitucionalidad, prevista en el artículo 135 de la Ley 1437 de 2011⁶³.

Así las cosas, se impone revocar el fallo proferido, en segunda instancia, por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, el veintisiete (27) de febrero de dos mil trece (2013), que confirmó la sentencia emitida, en primera instancia, por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Penal, el veintitrés (23) de enero de la misma anualidad, que declaró improcedente el amparo solicitado. En su lugar, **NEGAR** los derechos fundamentales a la consulta previa y a la identidad e integridad cultural de los pueblos indígenas demandantes, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta sentencia.

VI. DECISIÓN

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

RESUELVE:

⁶² A dicha conclusión llega la Sala de Revisión luego de realizar el análisis del material probatorio que allegó la entidad demandada y de advertir que los accionantes no aportaron elementos de juicio que sustentaran su acusación. (Folios 1-484)

⁶³ **ARTÍCULO 135. NULIDAD POR INCONSTITUCIONALIDAD.** Los ciudadanos podrán, en cualquier tiempo, solicitar por sí, o por medio de representante, que se declare la nulidad de los decretos de carácter general dictados por el Gobierno Nacional, cuya revisión no corresponda a la Corte Constitucional en los términos de los artículos 237 y 241 de la Constitución Política, por infracción directa de la Constitución.

También podrán pedir la nulidad por inconstitucionalidad de los actos de carácter general que por expresa disposición constitucional sean expedidos por entidades u organismos distintos del Gobierno Nacional.

PARÁGRAFO. El Consejo de Estado no estará limitado para proferir su decisión a los cargos formulados en la demanda. En consecuencia, podrá fundar la declaración de nulidad por inconstitucionalidad en la violación de cualquier norma constitucional. Igualmente podrá pronunciarse en la sentencia sobre las normas que, a su juicio, conforman unidad normativa con aquellas otras demandadas que declare nulas por inconstitucionales.

PRIMERO: LEVANTAR la suspensión de términos decretada en el asunto de la referencia mediante auto del veinticinco (25) de julio de dos mil trece (2013).

SEGUNDO: REVOCAR, por las razones expuestas en esta providencia, el fallo de tutela proferido por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, el veintisiete (27) de febrero de dos mil trece (2013), que confirmó la sentencia emitida, en primera instancia, por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Penal, el veintitrés (23) de enero del mismo año, que declaró improcedente el amparo solicitado. En su lugar, **NEGAR** los derechos fundamentales a la consulta previa y a la identidad e integridad cultural de los pueblos indígenas demandantes, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta sentencia.

TERCERO: Líbrese la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

Cópiese, notifíquese, insértese en la gaceta de la Corte Constitucional y cúmplase.

LUIS GUILLERMO GUERRERO PÉREZ
Magistrado

ALEJANDRO LINARES CANTILLO
Magistrado

ANTONIO JOSÉ LIZARAZO OCAMPO
Magistrado

MARTHA VICTORIA SACHICA MÉNDEZ
Secretaria General