SU039-97

Sentencia SU-039/97

DERECHOS FUNDAMENTALES DE COMUNIDAD INDIGENA-Titularidad

La Corte había considerado que la comunidad indígena ha dejado de ser una realidad fáctica y legal para ser sujeto de derechos fundamentales; es decir, que éstos no sólo se predican de sus miembros individualmente considerados, sino de la comunidad misma que aparece dotada de singularidad propia, la que justamente es el presupuesto del reconocimiento expreso que la Constitución hace "a  la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana".

EXPLOTACION DE RECURSOS NATURALES EN TERRITORIO INDIGENA-Armonización de intereses/DERECHO DE PARTICIPACION DE COMUNIDAD INDIGENA/DERECHO A LA INTEGRIDAD DE COMUNIDAD INDIGENA-Preservación

La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas debe hacerse compatible con la protección que el Estado debe dispensar a la integridad social, cultural y económica de las comunidades indígenas, integridad que configura un derecho fundamental para la comunidad por estar ligada a su subsistencia como grupo humano y como cultura. Para asegurar dicha subsistencia se ha previsto, cuando se trate de realizar la explotación de recursos naturales en territorios indígenas, la participación de la comunidad en las decisiones que se adopten para autorizar dicha explotación. De este modo, el derecho fundamental de la comunidad a preservar la integridad se garantiza y efectiviza a través del ejercicio de otro derecho que también tiene el carácter de fundamental, como es el derecho de participación de la comunidad en la adopción de las referidas decisiones. La participación de las comunidades indígenas en las decisiones que pueden afectarlas en relación con la explotación de los recursos naturales ofrece como particularidad el hecho de que la referida participación, a través del mecanismo de la consulta, adquiere la connotación de derecho fundamental, pues se erige en un instrumento que es básico para preservar la integridad étnica, social, económica y cultural de las comunidades de indígenas y para asegurar, por ende, su subsistencia como grupo social. De este modo la participación no se reduce meramente a una intervención en la actuación administrativa dirigida a asegurar el derecho de defensa de quienes van a resultar afectados con la autorización de la licencia ambiental,

sino que tiene una significación mayor por los altos intereses que ella busca tutelar, como son los atinentes a la definición del destino y la seguridad de la subsistencia de las referidas comunidades.

CONSULTA DE COMUNIDAD INDIGENA-Finalidades

La institución de la consulta a las comunidades indígenas que pueden resultar afectadas con motivo de la explotación de los recursos naturales, comporta la adopción de relaciones de comunicación y entendimiento, signadas por el mutuo respeto y la buena fe entre aquéllas y las autoridades públicas, tendientes a buscar: a) Que la comunidad tenga un conocimiento pleno sobre los proyectos destinados a explorar o explotar los recursos naturales en los territorios que ocupan o les pertenecen, los mecanismos, procedimientos y actividades requeridos para ponerlos en ejecución. b) Que igualmente la comunidad sea enterada e ilustrada sobre la manera como la ejecución de los referidos proyectos puede conllevar una afectación o menoscabo a los elementos que constituyen la base de su cohesión social, cultural, económica y política y, por ende, el sustrato para su subsistencia como grupo humano con características singulares. c) Que se le de la oportunidad para que libremente y sin interferencias extrañas pueda, mediante la convocación de sus integrantes o representantes, valorar conscientemente las ventajas y desventajas del proyecto sobre la comunidad y sus miembros, ser oída en relación con las inquietudes y pretensiones que presente, en lo que concierna a la defensa de sus intereses y, pronunciarse sobre la viabilidad del mismo. Se busca con lo anterior, que la comunidad tenga una participación activa y efectiva en la toma de la decisión que deba adoptar la autoridad, la cual en la medida de lo posible debe ser acordada o concertada.

CONSULTA DE COMUNIDAD INDIGENA-Alcance

Cuando no sea posible el acuerdo o la concertación, la decisión de la autoridad debe estar desprovista de arbitrariedad y de autoritarismo; en consecuencia debe ser objetiva, razonable y proporcionada a la finalidad constitucional que le exige al Estado la protección de la identidad social, cultural y económica de la comunidad indígena. En todo caso deben arbitrarse los mecanismos necesarios para mitigar, corregir o restaurar los efectos que las medidas de la autoridad produzcan o puedan generar en detrimento de la comunidad o de sus miembros. No tiene por consiguiente el valor de consulta la información o notificación

que se le hace a la comunidad indígena sobre un proyecto de exploración o explotación de recursos naturales. Es necesario que se cumplan las directrices mencionadas, que se presenten fórmulas de concertación o acuerdo con la comunidad y que finalmente ésta se manifieste, a través de sus representantes autorizados, su conformidad o inconformidad con dicho proyecto y la manera como se afecta su identidad étnica, cultural, social y económica.

ACCION DE TUTELA Y ACCION CONTENCIOSO ADMINISTRATIVA-Alcance de la compatibilidad/ACCION DE TUTELA Y SUSPENSION PROVISIONAL DE ACTO ADMINISTRATIVO-Alcance de la compatibilidad

En relación con la compatibilidad entre la acción de tutela y las acciones contencioso administrativas y la suspensión provisional del acto administrativo. Se expone las siguientes consideraciones: 1) Procede la tutela como mecanismo definitivo, cuando la persona afectada en su derecho fundamental no cuenta con acción contenciosa administrativa. También, en el evento de que no sea posible a través de la acción contenciosa administrativa, controvertir la violación del derecho fundamental o dicha acción se revela insuficientemente idónea o ineficaz para la efectiva protección del derecho. 2) Procede la tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, cuando el afectado en su derecho fundamental dispone de acción contenciosa pero no procede la suspensión provisional. Hay que entender que la no procedencia de la suspensión provisional se refiere a los casos en que se ejercitan acciones que no involucran la anulación de actos administrativos (contractuales o de reparación directa). Igualmente es viable cuando el interesado dispone de la acción contenciosa administrativa y la suspensión provisional es procedente, por las siguientes razones: A diferencia de la acción de tutela que persigue la efectiva protección de los derechos constitucionales fundamentales amenazados o vulnerados, la suspensión provisional, se encuentra estructurada bajo la concepción muy limitada de ser una medida excepcional, con base constitucional pero con desarrollo legal, que busca impedir provisionalmente la ejecución de actos administrativos que son manifiestamente violatorios del ordenamiento jurídico y cuando en algunos casos, además, su ejecución pueda ocasionar perjuicios a una persona. Dicha institución fue concebida como mecanismo de protección de derechos con rango legal, sin que pueda pensarse de modo absoluto que eventualmente no pueda utilizarse como instrumento para el amparo de derechos constitucionales fundamentales; pero lo que si se advierte es que dados los

términos estrictos en que el legislador condicionó su procedencia, no puede considerarse, en principio, como un mecanismo efectivo de protección de dichos derechos.

SUSPENSION PROVISIONAL DE ACTO ADMINISTRATIVO-Prevalencia de la tutela/SUSPENSION PROVISIONAL DE ACTO ADMINISTRATIVO-Ajuste a preceptos constitucionales

La suspensión provisional opera mediante una confrontación directa entre el acto y la norma jurídica, generalmente contentiva de una proposición jurídica completa, que se afirma transgredida, así puedan examinarse documentos, para determinar su violación manifiesta; en cambio, cuando se trata de amparar derechos fundamentales el juez de tutela se encuentra frente a una norma abierta, que puede aplicar libremente a través de una valoración e interpretación amplia de las circunstancias de hecho. En razón de su finalidad se reconoce a la tutela, como mecanismo destinado a asegurar el respeto, vigencia y efectividad de los derechos fundamentales, cierta prevalencia sobre la suspensión provisional del acto administrativo, hasta el punto que es procedente instaurar conjuntamente la acción de tutela y la acción contencioso administrativa y dentro del proceso a que da lugar aquélla se pueden adoptar, autónomamente, medidas provisionales. La acción de tutela y la suspensión provisional no pueden mirarse como instrumentos de protección excluyentes, sino complementarios. Además, dentro del proceso de tutela es posible, independientemente de dicha suspensión, impetrar las medidas provisorias. La necesidad de proteger los derechos constitucionales fundamentales y de efectivizarlos, impone un cambio, una nueva concepción, de la institución de la suspensión provisional. El viraje que se requiere para adaptarla a los principios, valores y derechos que consagra el nuevo orden constitucional puede darlo el juez contencioso administrativo o inducirlo el legislador, a través de una reforma a las disposiciones que a nivel legal la regulan. El juez administrativo, con el fin de amparar y asegurar la defensa de los derechos fundamentales podría, aplicando directamente la Constitución Política, como es su deber, suspender los efectos de los actos administrativos que configuren violaciones o amenazas de transgresión de aquéllos.

DERECHOS FUNDAMENTALES-Concurrencia de jurisdicciones para su protección

La idea central que se debe tener presente es que las diferentes jurisdicciones, dentro de sus respectivas competencias, concurran a la realización del postulado constitucional de la

efectivización, eficacia y vigencia de los derechos constitucionales fundamentales.

CONSULTA DE COMUNIDAD INDIGENA-Expedición irregular de licencia ambiental

El procedimiento para la expedición de la licencia ambiental se cumplió en forma irregular y con desconocimiento del derecho fundamental de la comunidad U'wa, en relación con la consulta que formal y sustancialmente ha debido hacérsele. Consecuencialmente, resultan vulnerados no sólo los derechos de participación, y a la integridad de la comunidad U'wa, sino el derecho al debido proceso.

ACCION DE TUTELA TRANSITORIA-Omisión consulta de comunidad U'wa

La Corte estima que la tutela si es procedente como mecanismo transitorio. En efecto: a) No es incompatible la tutela con el ejercicio de la acción contenciosa administrativa ni con la suspensión provisional del acto administrativo. b) Es irrelevante la contradicción existente entre lo decidido por el Consejo de Estado al no acceder a la suspensión provisional y lo que se resolverá en el presente proceso, porque al pronunciarse sobre dicha suspensión no se analizó lo concerniente al aspecto sustancial o de fondo relativo al derecho de participación de la comunidad U'wa. Tampoco podrá existir contradicción entre lo que se decida en este proceso y lo que resuelva el Consejo de Estado, en el evento de que niegue la nulidad pedida, si se tiene en cuenta que conforme al art. 175 del C.C.A. la cosa juzgada "erga omnes" sólo opera en relación con la "causa petendi" materia de juzgamiento, y como se observó antes en la demanda de nulidad no se señaló como violado el art. 40-2 de la Constitución ni se expuso, el concepto de su violación. Las referencias que se hacen a dicho artículo en la demanda de nulidad, sin mencionar el numeral 2, son meramente circunstanciales para aludir simplemente a los tipos de mecanismos de participación, pero en modo alguno se formuló un cargo concreto por violación del derecho fundamental de participación de la referida comunidad, con arreglo a la aludida norma. La irremediabilidad del perjuicio que se pretende evitar consiste en que la violación de los aludidos derechos fundamentales persista e incluso, pueda llegar a un punto de no retorno, como sería la destrucción o aniquilación del grupo humano U'wa. La eventual nulidad que llegare a decretar el Consejo de Estado no tendría la virtud de restablecer el perjuicio que se esta causando y se causaría, por el desconocimiento de los referidos derechos. Por lo tanto se requiere de su protección urgente e inmediata. Como la omisión de la consulta es

precisamente el hecho que origina la violación o amenaza de violación de los mencionados derechos, la Corte ordenará que la consulta a ésta se cumpla dentro de un plazo.

Referencia: Expediente T-84771

Peticionario:

Jaime Córdoba Triviño, Defensor del Pueblo, en representación de varias personas integrantes del Grupo Etnico Indígena U'WA.

Magistrado ponente:

Dr. ANTONIO BARRERA CARBONELL

Santafé de Bogotá, D.C., febrero tres (3) de mil novecientos noventa y siete (1997)

La Sala Plena de la Corte Constitucional, revisa el proceso de la acción de tutela radicado bajo el número T-84771 instaurada por el señor Defensor del Pueblo, doctor Jaime Córdoba Triviño, en representación de varias personas integrantes del Grupo Etnico Indígena U'WA, contra el Ministerio del Medio Ambiente y la empresa Occidental de Colombia, Inc., según la competencia de que es titular de conformidad con los artículos 86 y 241, numeral 9, de la Constitución y el decreto 2591 de 1991.

El expediente contentivo de dicho proceso llegó a la Corte Constitucional por remisión que hizo la Corte Suprema, en virtud de lo ordenado por el artículo 31 del decreto 2591 de 1991.

La Sala de Selección de la Corte eligió, para efectos de su revisión, el expediente de la referencia, el cual correspondió en reparto al Magistrado Jorge Arango Mejía, quien preside la Sala Primera de Revisión de Tutelas.

El proyecto original de sentencia elaborado por dicho Magistrado fue sometido al estudio de la referida Sala, la cual estimó que la decisión debía adoptarse por la Sala Plena de la Corporación, no sólo por la importancia del asunto, sino porque de ser aprobado aquél eventualmente se podía producir un cambio de jurisprudencia.

Ante la circunstancia de que el Magistrado Jorge Arango Mejía se declaró impedido para conocer del asunto y dicho impedimento fue aceptado por la Corporación, el proceso fue

asignado al suscrito Magistrado Ponente, quien elaboró la respectiva ponencia, tomando los antecedentes originales, en lo pertinente.

I. ANTECEDENTES.

1. Hechos.

El Defensor del Pueblo, presentó ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá, acción de tutela contra el Ministerio del Medio Ambiente y la Sociedad Occidental de Colombia, Inc., en representación de 19 ciudadanos miembros del grupo étnico indígena U'wa, localizado en los departamentos de Boyacá, Norte de Santander, Santander, Arauca y Casanare, con una población superior a cinco mil (5000) personas, "a nombre de quienes se actúa en calidad de ciudadanos individualmente considerados y como integrantes del grupo étnico, para el que se reclama su reconocimiento como sujeto colectivo de derechos fundamentales, distribuido en 28 comunidades", con fundamento en los siguientes hechos:

1.1. En el año de 1992 la Sociedad Occidental de Colombia, Inc., con base en un contrato de asociación celebrado con Ecopetrol, para la explotación de hidrocarburos en el país, inició ante el INDERENA los trámites necesarios destinados a obtener la correspondiente licencia ambiental, requerida para poder adelantar exploraciones sísmicas, en desarrollo del proyecto conocido como "EXPLOTACION SISMICA BLOQUE SAMORE", que le permitiera constatar la existencia de pozos o yacimientos petroleros, en una zona que comprende los municipios de Saravena, Tame y Fortul en el departamento de Arauca, Cubará en el departamento de Boyacá, y Toledo en el departamento Norte de Santander, con una extensión aproximada de 208.934 hectáreas, dentro de la cual se encuentran resguardos indígenas y parques naturales.

1.2. El Instituto Nacional de los Recursos Naturales Renovables y del Ambiente (Inderena), a través de las Subgerencias del Medio Ambiente y de Bosques Aguas y Suelos realizó diferentes estudios que sirvieron de fundamento a los conceptos técnicos en los cuales se estimó viable la ejecución del aludido proyecto, pero haciéndose la salvedad de que "quedaban excluidos de toda actividad de prospección sísmica las áreas de los parques nacionales naturales de Tamá y El Cocuy".

1.3. El proceso administrativo tramitado inicialmente en el INDERENA e identificado con el

número 031-92, pasó por competencia al Ministerio del Medio Ambiente.

1.4. La Subdirección de Ordenamiento y Evaluación Ambiental del Ministerio del Medio Ambiente, emitió el concepto técnico No. 090 de julio 19 de 1994, el cual acogió en su totalidad los conceptos del INDERENA y consideró viable la ejecución del proyecto, sujeto al cumplimiento de medidas de orden técnico y ambiental.

No obstante, dicha dependencia "llamó la atención en términos de la participación comunitaria y ciudadana y en lo que tiene que ver particularmente con la etnia U'wa asentada en el área de influencia puntual y local del proyecto, de conformidad con lo establecido en el artículo 330 de la Constitución, como en la ley 99 de 1993 en su artículo 76, específicamente en lo que hace referencia a la "consulta previa", así como en la legislación indígena nacional vigente".

1.5. El Ministerio del Medio Ambiente como consulta previa, para los efectos de la expedición de la licencia ambiental, tuvo como tal la reunión que sostuvieron algunos miembros de la comunidad U'wa los días 10 y 11 de enero de 1995 en la ciudad de Arauca, con participación de representantes de los Ministerios de Minas y Energía y del Medio Ambiente, Ecopetrol y la Occidental de Colombia Inc. y, en tal virtud, procedió a expedir la resolución No. 110 de febrero 3 de 1995, mediante la cual se otorgó dicha licencia.

1.6. No era procedente la expedición de la licencia ambiental, porque la aludida reunión no puede considerarse como válida para efectos de la participación de la comunidad que tanto la Constitución como las normas ambientales y la legislación indígena exigen cuando se trata de adoptar decisiones relativas a la explotación de recursos naturales en los territorios indígenas.

1.7. Con el otorgamiento de la licencia ambiental, sin el cumplimiento del requisito de la participación y consulta de la comunidad U'wa, se afectaron los derechos fundamentales de las personas que representa el actor y de dicha comunidad. En efecto, se desconocieron los derechos contenidos en la Constitución en los artículos 7, derecho a las minorías étnicas; 286, 329 y 357, derecho al territorio; 330, derecho a la autodeterminación; 10, derecho a la lengua; 70, 95-8, 72, derecho a la cultura étnica; derecho a seguir viviendo; 40, 79, derecho a la participación social y comunitaria.

2. Pretensiones.

Como mecanismo transitorio, para evitar un perjuicio irremediable, el Defensor del Pueblo solicita que se tutelen los derechos fundamentales de la comunidad mencionada, a la vida, al territorio, a la autodeterminación, a la defensa de la cultura étnica, a los recursos naturales y a los beneficios de su explotación, a vivir y a trabajar por el país y a su organización propia, "así como el derecho fundamental a la participación social y comunitaria, especialmente en las decisiones que puedan afectarlos como segmentos de población social, económica y culturalmente sensible y vulnerable". En consecuencia solicita:

a) Se ordene la inaplicación de la resolución No. 110, del 3 de febrero de 1995, "por la cual se otorga una licencia ambiental", expedida por el Ministerio del Medio Ambiente.

b) Se ordene a la parte demandada, Ministerio del Medio Ambiente y Sociedad Occidental de Colombia, Inc., iniciar, desarrollar y ejecutar todas las diligencias, actividades y procedimientos necesarios para llevar a cabo el proceso de consulta previa con la comunidad U'WA.

c) Se ordenen las medidas pertinentes para la efectiva protección de los derechos fundamentales.

d) Si la tutela prospera, se ordene la creación de un Comité Interinstitucional, con representación de las partes, los entes gubernamentales competentes, la sociedad civil y los órganos de control del Estado, para asegurar el cumplimiento del fallo de tutela, sin perjuicio de la competencia del juez de tutela.

3. Demanda de nulidad presentada por el Defensor del Pueblo ante el Consejo de Estado.

3.1. En la misma fecha en que se instauró la acción de tutela, 29 de agosto de 1995, el Defensor del Pueblo demandó la declaración de nulidad total de la resolución 110 del 3 de febrero de 1995, mediante la cual se otorgó la licencia ambiental.

Como normas violadas concretamente se citaron en la demanda las siguientes: artículos 8, 79, 80, 330 parágrafo, de la Constitución Política, arts. 6 y 15 del Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales, adoptado por la O.I.T. y aprobado por la ley 21 de 1991, y el art. 76 de la ley 99 de 1993.

Los hechos expuestos tanto en la demanda de la tutela como en la demanda de nulidad son, en esencia, los mismos.

El concepto de la violación se expuso, en síntesis, de la siguiente manera:

– El acto administrativo demandado es incompatible con esta norma que reconoce el carácter prevalente de los derechos de las minorías étnicas e indígenas, de dicho reconocimiento surgen los derechos de dichas minorías al territorio, a la autodeterminación, a la lengua a la cultura étnica, a los recursos naturales y a los beneficios de su explotación, a vivir y a trabajar en el país y a conservar su propia organización.

Específicamente en cuanto al alcance de la violación de los arts. 79, 330 parágrafo y 76 de la Ley 99 de 1993, dice la demanda del defensor lo siguiente:

"Contempla la Carta Constitucional el derecho a la participación social y comunitaria. Con el tránsito de una democracia representativa a una democracia participativa, democrática y pluralista – art. 1º C.N.- todos los habitantes del territorio nacional están constitucionalmente llamados a ser sujetos participes del servicio y bien público político, así como del desenvolvimiento de la vida económica y social del país".

"Por esto, aparte de los mecanismos de participación ciudadana, señalados generalmente en los artículos 40 C.N.- derecho a la participación política y 103 C.N. mecanismos de participación popular-, la misma Constitución de manera específica garantiza la participación de la comunidad en las decisiones que pueden afectarla, sobre todo cuando la acción gubernamental o la de los particulares afectan el derecho a gozar de un ambiente sano -art- 79 C.N.".

"Respecto de la explotación de recursos naturales, no renovables en territorios indígenas, está condicionada al mantenimiento de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas y a la participación de sus representantes en las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación".

Con respecto a la violación de los artículos 6 y 15 del Convenio 169 de la O.I.T. y del art. 76 de la ley 99 de 1993, ella se hace consistir en que el Estado debe explotar los recursos naturales dentro de los territorios ocupados por indígenas respetando dicha integridad,

siendo necesario, en consecuencia, que se haga la respectiva consulta a la comunidad indígena que va a resultar afectada con dicha explotación y que se busque la concertación.

Como el proceso de consulta no se llevó a cabo, dice el demandante que se violaron las normas antes señaladas que específicamente aluden a la obligatoriedad de la consulta.

Adicionalmente, el Defensor del Pueblo invocó la nulidad del acto que otorgó la licencia ambiental, alegando que fue expedido irregularmente y con desconocimiento del derecho de audiencia y defensa, con fundamento en el inciso 2 del art. 84 del C.C.A..

3.2. En la demanda de nulidad se solicitó la suspensión provisional del acto acusado, invocando la violación manifiesta de los arts. 8, 79 330 parágrafo, de la Constitución, 76 de la ley 99/93, y 6 y 15 del Convenio 169 de la O.I.T. El concepto de su violación se hace consistir en el desconocimiento de "la participación ciudadana y comunitaria en este tipo de proyectos", al no haberse cumplido con el requisito de la consulta previa a la comunidad U'wa.

4. Fallo de primera instancia.

El Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, según sentencia del 12 de septiembre de 1995, accedió a la tutela solicitada, en forma transitoria, en el sentido de que "es inaplicable tanto en lo jurídico como en lo práctico la mencionada resolución 110 en cuanto atañe a los territorios ocupados por el pueblo U'wa", mientras no se cumpla el proceso de consulta a dicha comunidad en debida y legal forma.

Para adoptar dicha decisión el Tribunal razonó, en lo esencial, de la siguiente manera:

"El proyecto de exploración, y eventual futura explotación, de hidrocarburos en zona geográfica nacional que comprende territorios reservados para el hábitat de comunidades indígenas natural y previsiblemente ha de tener importantes y profundas consecuencias en la ecología, la cultura, la economía y el ordenamiento social de aquéllas pues no resulta difícil vaticinar que los trabajos que se realicen no sólo afectarán la estructura geológica de esos territorios y la fauna y flora que allí se dan sino que causarán impacto en las costumbres, la lengua, las tradiciones, la cosmovisión y las instituciones familiares y tribales porque no en vano se produce el encuentro de una cultura y una civilización con otras"

(…)

“Nuestra Carta Política contiene numerosas disposiciones que propenden a favorecer a los pueblos indígenas, seguramente porque el constituyente tuvo en cuenta su fragilidad cultural y socioeconómica y su condición minoritaria dentro del censo nacional. Entre ellas debemos hacer énfasis en las contenidas en los artículos 7, 8, 14, 68, 79 329, 330, 339 y 340 que comprometen al Estado en la protección de la diversidad étnica y cultural y de las riquezas culturales y naturales y lo obligan a promover la igualdad y a legislar en forma especial en favor de los grupos marginados, como precisamente pueden considerarse los pueblos indígenas; garantizan a éstos el disfrute de su identidad cultural y su derecho a un ambiente sano, y les da a los mismos la facultad de organizarse jurídicamente como entidades territoriales a la vez que les otorga cierto grado de autonomía administrativa, económica y social, integrándose en un Plan Nacional de Desarrollo”.

(…)

“…en el caso en estudio la decisión adoptada por el Ministerio del Medio Ambiente, en la aludida Resolución No. 110 del 3 de febrero de 1995, ha atentado contra ese derecho a la vida del pueblo U’wa porque no toma en cuenta la voluntad del mismo que se ha mostrado hasta ahora contraria a cualquier intrusión del Estado, directamente o por intermedio de alguna empresa concesionaria, mediante la exploración sísmica para localizar hidrocarburos. Incluso tal determinación se nos presenta como precipitada, y tomó de sorpresa aun a los funcionarios estatales de la Dirección de Asuntos Indígenas del Ministerio de Gobierno, pues cuando ella se expidió todavía se hallaba en curso el proceso de consulta a los representantes de dicho pueblo indígena a que obliga el artículo 76 de la Ley 99 de 1993·.

“Y es que esa exigencia de consulta se halla modulada además por la estipulación que trae el artículo 6o. de la Ley 21 de 1991, que por ser aprobatoria de un convenio internacional que trata sobre los derechos humanos de los pueblos indígenas y tribales goza en el terreno legislativo de la prevalencia que determina el artículo 93 de la Constitución Nacional…”

(…)

“Por lo tanto resulta que la supuesta “consulta” realizada en la reunión de los días 10 y 11 de enero en Arauca con los representantes del pueblo U’wa no se ajustó a la finalidad que se

prevé en la norma legal que se acaba de transcribir y puede decirse, por lo mismo, que la exigencia contenida en el artículo 76 de la ley 99 de 1993 no se ha cumplido a cabalidad, de lo cual surgen una omisión -la inobservancia de un mandato legal- y una acción -la expedición de la Resolución No. 110 del 3 de febrero de 1995- que conculcan los derechos del mencionado pueblo indígena y amenazan, en definitiva, el derecho fundamental a la vida de los integrantes del mismo pueblo. Porque es necesario destacar que la consulta no está prevista como simple formalismo, para mera constancia documental de que las comunidades fueron enteradas de los proyectos en preparación. Se trata de que las comunidades comprendan el alcance de las empresas por acometerse, su mecanismo de acción, sus proyecciones en el campo ambiental, para que frente a todos esos factores puedan deducir si hay o no riesgo para el habitad (sic) donde se gesta y se desarrolla su existencia".

5. Decisión del Consejo de Estado sobre la petición de suspensión provisional del acto contentivo de la licencia ambiental.

Mediante providencia del 14 de septiembre de 1995 la Sección Primera de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, con ponencia del Dr. Libardo Rodríguez Rodríguez, negó la suspensión provisional del acto acusado.

En relación con la alegada violación de los arts. 8 y 330 parágrafo, consideró el Consejo que no se daba el requisito de su violación manifiesta, por las siguientes razones:

"De la confrontación directa de la resolución acusada con las normas constitucionales aducidas por el actor y transcritas anteriormente, así como con los documentos aducidos en la solicitud, la Sala no encuentra que se presente la violación manifiesta que alega el actor en su solicitud de suspensión provisional pues ni del texto de la resolución ni de los citados documentos resulta abiertamente que el Estado no esté protegiendo las riquezas culturales y naturales de la Nación, ni que esté autorizando la explotación en desmedro de la integridad cultural, social y económica de la comunidad indígena, ni que se haya omitido la participación de los representantes de las respectivas comunidades".

"En efecto de una parte, en principio la concesión de una licencia ambiental sometida a un trámite y a una serie de requisitos y a condiciones posteriores para su utilización, como la que contiene el acto demandado, se entiende que es expedida para proteger la riqueza natural a la que ella se refiere".

“De otra parte, en relación con la protección de la riqueza cultural, en este caso indígena, ella está en buena parte ligada a la participación de los representantes de las comunidades, la cual, en el asunto objeto de la licencia se produjo de acuerdo con la consulta con el pueblo U’wa a que aluden los últimos considerandos de la resolución acusada y aún algunos de los documentos adjuntados por el actor a la demanda ……sin que las normas aducidas como violadas pueda deducirse que la participación de los representantes de las comunidades deba traducirse necesariamente en su expresión de conformidad o asentimiento a la expedición de la licencia”

Con respecto a la violación del art. 79, en concordancia con el parágrafo del art. 330 de la Constitución y con los arts. 76 de la ley 99 de 1993 y 6 y 15 del Convenio 169 de la O.I.T. dijo el Consejo, que de la confrontación de las normas transcritas con la resolución demandada y con los documentos aducidos con la demanda, tampoco resultaba acreditada su violación manifiesta “Pues si bien es cierto que todas ellas hacen énfasis en las decisiones de la comunidad que pueden afectarla, a través de la consulta a su representante, la cual, si bien debe entenderse obligatoria, en el caso de autos se produjo…”.

Al referirse a las normas del aludido Convenio, dijo el Consejo:

“La Sala, por lo menos para efectos de la suspensión provisional, no considera que cuando el artículo 6o. del ‘Convenio sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes’, aprobado por la Ley 21 de 1991, que es la única norma de las aducidas que hace referencia a un acuerdo o consentimiento acerca de las medidas propuestas, deba interpretarse en término absolutos, no sólo porque de la misma disposición puede inferirse, en principio, que se trata simplemente de una finalidad, objetivo o logro que debe buscarse en las consultas, y no necesariamente que ellas entrañen un acuerdo o consentimiento de las comunidades, sino porque el entendimiento de esas expresiones en términos absolutos iría en contra de uno de los principios básicos del Estado democrático, como es el de que las autoridades legítimas están facultadas para adoptar por sí misma las decisiones que emanan de sus competencias, como es en el presente caso la atribuida al Ministerio del Medio Ambiente en el numeral 1 del artículo 52 de la Ley 99 de 1993, para otorgar ‘de manera privativa’ la licencia ambiental…”

Finalmente, el Consejo reiteró su constante jurisprudencia en el sentido de que la suspensión

provisional sólo puede decretarse cuando el acto acusado se oponga flagrantemente a la norma superior que se señala como infringida, y que para apreciar dicha flagrancia, agrega el Consejo, no se requiere acudir a "circunloquios ni reflexiones profundas, o sea que de la comparación de una y otra norma, colocadas como en doble columna, surja evidentemente la contrariedad. No es posible decretar la suspensión si debe penetrarse con alguna profundidad en el concepto, o sea, en la doctrina que llevan consigo las palabras con que está redactada la norma superior".

6. El fallo de segunda instancia.

La Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, en sentencia del 19 de octubre de 1995, revocó la decisión del Tribunal.

La Corte consideró que la competencia para pronunciarse sobre la resolución objeto de la tutela es exclusiva de la jurisdicción contencioso administrativo, jurisdicción ante la cual se adelanta la correspondiente acción de nulidad, interpuesta por el actor de esta tutela, es decir, por el Defensor del Pueblo.

Además, señaló la Corte, el Consejo de Estado, en el auto que admitió la demanda de nulidad, de fecha 14 de septiembre de 1995, negó la suspensión del acto administrativo.

Dijo también la Corte:

"La discrepancia de criterio sobre la forma en que debió cumplirse el requisito previo de la "Consulta" a las comunidades indígenas, en manera alguna puede constituir un atentado al derecho fundamental a la vida que finalmente encontró vulnerado el Tribunal de Instancia, pues bien miradas las cosas y así lo precisa el actor, la irregularidad que se atribuye al Ministerio del Medio Ambiente de haber proferido acto administrativo sin el requisito previo de la consulta, constituiría eventualmente un atentado al derecho fundamental del debido proceso, cuyo amparo resultaría procedente de manera eficaz mediante el ejercicio de la acción de nulidad ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, como ya se hizo; sólo que para el Consejo de Estado la forma como se cumplieron las reuniones con los dirigentes indígenas los días 10 y 11 de enero del corriente año, no daba la posibilidad de decretar la suspensión provisional del acto demandado".

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE.

1. El problema jurídico planteado.

1.1. La parte actora considera que la Resolución Nro. 110 de 3 de febrero de 1995, "por la cual se otorga una licencia ambiental", expedida por el Ministerio del Medio Ambiente, viola los siguientes derechos constitucionales de la minoría étnica indígena: los artículos 7, derecho a las minorías étnicas (artículo 7 C.P.); derecho al territorio (artículos 286, 329, y 357 C.P); derecho a la autodeterminación (artículo 330 C.P); derecho a la lengua (artículo 10 C.P); derecho a la cultura étnica (artículos 70, 95-8 y 72 C.P); derecho a seguir viviendo; derecho a la participación social y comunitaria (artículos 40 y 75 C.P). En efecto:

En concepto de dicha parte, la consulta previa a la expedición de la licencia ambiental no se realizó, pues como consulta previa no pueden ser tenidas en cuenta las reuniones que se realizaron en el municipio de Arauca los días 10 y 11 de enero de 1995.

1.2. La demandada Occidental de Colombia Inc., en su defensa, al dar respuesta a la demanda de tutela sostuvo lo siguiente:

– "Occidental de Colombia no solamente siguió los criterios y el espíritu de concretación y consulta para el propósito de adelantar un estudio sísmico, sino que incorporó el objetivo del bienestar indígena concomitante a la sana relación que debe existir entre la empresa y la comunidad. Fue así como, sin tener en cuenta las dos reuniones de Arauca, convocadas por la Dirección de Asuntos Indígenas del Ministerio del Interior, se llevaron a cabo 33 reuniones con indígenas, entidades públicas y otras comunidades indígenas para conocer experiencias exitosas que pudieran ser útiles para la comunidad U'wa; así como, con organizaciones no gubernamentales y los departamentos técnicos de Occidental de Colombia".

(…)

"Resulta claro que se trata de hacer compatible el beneficio colectivo para la sociedad colombiana que se desprende de la investigación sobre las eventuales riquezas del subsuelo, con el indispensable reconocimiento de la diversidad cultural y el respeto a las tradiciones de otras etnias. Este concepto fundamental, esto es, que el subsuelo pertenece a la Nación, y

que la comunidad indígena puede beneficiarse directamente de los recursos que de allí provengan, fue una consideración esencial en la comunicación con la comunidad indígena y por ello nuestra convocatoria para que fueran las mismas entidades administradoras de la riqueza del subsuelo, Ministerio de Minas y Ecopetrol, quienes explicaron a los indígenas el ordenamiento constitucional y legal para la exploración de hidrocarburos".

– En las reuniones mencionadas han participado 68 indígenas, incluidos aquéllos que han llevado la representación de la comunidad, verificada por la Dirección de Asuntos Indígenas, con lo cual se demuestra que el proceso de consulta verificado con la comunidad U'wa no obedeció al cumplimiento de un simple requisito de forma. Es evidente que la opinión de la comunidad, la exposición de motivos del proyecto, la solicitud de participación de los U'wa en los trabajos ha desarrollarse, la metodología de trabajo y los mecanismos de solución de conflictos entre otros, fueron aspectos que se tuvieron en cuenta durante dicho proceso. Adicionalmente se han vinculado varios miembros de la comunidad U'wa como trabajadores del proyecto de prospección sísmica en territorio no indígena; por lo tanto mal se puede señalar que una actividad como la prospección sísmica pone en peligro los valores y fundamentos de una cultura si sus propios miembros manifiestan, con el aval de la entidad tutora de sus derechos su voluntad de vincularse para trabajar en esa actividad.

– De otra parte, la gestión de la Occidental no se ha limitado a la concertación, consulta y acuerdo sobre los temas relacionados con la sísmica y la situación social de la comunidad, sino que ha buscado que todas y cada una de las personas que lleguen a la zona cumplan un estricto reglamento dirigido a respetar y hacer respetar a todas las comunidades y a los "U'wa" en particular. En este sentido se han impartido instrucciones y normas durante el trabajo de campo, y se han adoptado medidas preventivas para el desarrollo de las actividades de sísmica.

– Considera el citado apoderado improcedente la acción de tutela en el presente caso, por la existencia de otro medio de defensa judicial, como es la acción de nulidad, contra el acto administrativo que concedió la licencia ambiental. Dicha acción fue instaurada por la Defensoría del Pueblo ante el Consejo de Estado, con petición de suspensión provisional.

Además, estima que tampoco procede la tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, por cuanto no se dan los requisitos que la jurisprudencia de la Corte

Constitucional ha señalado para efectos de que dicho perjuicio tenga esa connotación (sentencia T-225 de junio 15 de 1993), mas aún cuando se trata de una licencia legítimamente otorgada.

2. Aspectos a considerar para la solución del problema.

Varios aspectos debe considerar la Corte para resolver la problemática planteada. El primero consiste en determinar la manera como se resuelve dentro del marco constitucional el conflicto que se suscita con motivo de la explotación de recursos naturales en territorios indígenas y la protección especial que el Estado debe dispensar a las comunidades indígenas a efecto de que conserven su identidad e integridad étnica, cultural, social y económica. El segundo alude a la definición que debe hacerse en torno a la procedencia de la acción de tutela frente a la existencia de la acción contenciosa administrativa, como mecanismo alternativo de defensa judicial, y la compatibilidad entre la tutela y la suspensión provisional del acto administrativo, cuando esta ha sido solicitada y negada por la jurisdicción competente. El tercero, se refiere a la procedencia de la tutela en el caso concreto.

3. La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas y la protección del Estado a la identidad, e integridad étnica, cultural, social y económica de las comunidades indígenas.

3.1. En punto a la protección constitucional de la diversidad étnica y cultural se expresó la Corte a través de la sentencia T-342/941, en los siguientes términos:

“La diversidad en cuanto a la raza y a la cultura, es decir, la no coincidencia en el origen, color de piel, lenguaje, modo de vida, tradiciones, costumbres, conocimientos y concepciones, con los caracteres de la mayoría de los colombianos, es reconocida en la Constitución de 1991, al declarar la estructura pluralista del Estado Colombiano, reconocer y proteger “la diversidad étnica y cultural de su población” y las “riquezas culturales y naturales de la nación”.

“En efecto, en atención al abuso, prejuicio y perjuicio que han padecido los pueblos autóctonos o aborígenes del territorio nacional, la Constitución Política de 1991 consagró el respeto a la diversidad étnica y cultural de la Nación colombiana, en los preceptos contenidos en los artículos 7° (diversidad étnica y cultural de la nación colombiana), 8° (protección a las

riquezas naturales y culturales), 72 (patrimonio cultural de la Nación) y 329 (conversión de las comunidades indígenas en entidades territoriales)".

"Es más, no sería aventurado afirmar que el reconocimiento de la diversidad étnica y cultural de la población indígena guarda armonía con los diferentes preceptos de la Constitución Nacional relativos a la conservación, preservación y restauración del ambiente y de los recursos naturales que la conforman, si se considera que las comunidades indígenas constituyen igualmente un recurso natural humano que se estima parte integral del ambiente, más aún cuando normalmente la población indígena habitualmente ocupa territorios con ecosistemas de excepcionales características y valores ecológicos que deben conservarse como parte integrante que son del patrimonio natural y cultural de la Nación. De esta manera, la población indígena y el entorno natural se constituyen en un sistema o universo merecedor de la protección integral del Estado".

(…)

"El reconocimiento de la referida diversidad obviamente implica que dentro del universo que ella comprende y es consustancial, se apliquen y logren efectivamente los derechos fundamentales de que son titulares los integrantes de las comunidades indígenas ".

Dentro de la misma línea de pensamiento, la Corte en la sentencia T-007/952, dijo:

"La Constitución Política incorporó dentro de las preocupaciones, el reconocimiento y defensa de las minorías étnicas, y de manera muy significativa, reservó en favor de las comunidades indígenas una serie de prerrogativas que garantizan la prevalencia de la integridad cultural, social y económica, su capacidad de autodeterminación administrativa y judicial, la consagración de sus resguardos como propiedad colectiva de carácter inalienable, y, de los territorios indígenas como entidades territoriales al lado de los municipios, los distritos y los propios departamentos (C.P. arts. 7, 1671, 246, 286, 329, 330, etc.).

Es de anotar, que con anterioridad la Corte en la sentencia T-380/933 había considerado que la comunidad indígena ha dejado de ser una realidad fáctica y legal para ser sujeto de derechos fundamentales; es decir, que éstos no sólo se predican de sus miembros individualmente considerados, sino de la comunidad misma que aparece dotada de singularidad propia, la que justamente es el presupuesto del reconocimiento expreso que la

Constitución hace “a  la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana “. Y sobre la protección de la referida diversidad dijo la Corte en la mencionada sentencia:

“La protección que la Carta extiende a la anotada diversidad se deriva de la aceptación de formas diferentes de vida social cuyas manifestaciones y permanente reproducción cultural son imputables a estas comunidades como sujetos colectivos autónomos y no como simples agregados de sus miembros que, precisamente, se realizan a través del grupo y asimilan como suya la unidad de sentido que surge de las distintas vivencias comunitarias. La defensa de la diversidad no puede quedar librada a una actitud paternalista o reducirse a ser mediada por conducto de los miembros de la comunidad, cuando ésta como tal puede verse directamente menoscabada en su esfera de intereses vitales y, debe, por ello, asumir con vigor su propia reivindicación y exhibir como detrimentos suyos los perjuicios o amenazas que tengan la virtualidad de extinguirla. En este orden de ideas, no puede en verdad hablarse de protección de la diversidad étnica y cultural y de su reconocimiento, si no se otorga, en el plano constitucional, personería sustantiva a las diferentes comunidades indígenas que es lo único que les confiere estatus para gozar de los derechos fundamentales y exigir, por sí mismas, su protección cada vez que ellos les sean conculcados (CP art. 1, 7 y 14)”.

(…)

“El reconocimiento de la diversidad étnica y cultural en la Constitución supone la aceptación de la alteridad ligada a la aceptación de multiplicidad de formas de vida y sistemas de comprensión del mundo diferentes de los de la cultura occidental. Algunos grupos indígenas que conservan su lengua, tradiciones y creencias no conciben una existencia separada de su comunidad. El reconocimiento exclusivo de derechos fundamentales al individuo, con prescindencia de concepciones diferentes como aquellas que no admiten una perspectiva individualista de la persona humana, es contrario a los principios constitucionales de democracia, pluralismo, respeto a la diversidad étnica y cultural y protección de la riqueza cultural”.

(…)

“Entre otros derechos fundamentales, las comunidades indígenas son titulares del derecho fundamental a la subsistencia, el que se deduce directamente del derecho a la vida

consagrado en el artículo 11 de la Constitución".

"La cultura de las comunidades indígenas, en efecto, corresponde a una forma de vida que se condensa en un particular modo de ser y de actuar en el mundo, constituido a partir de valores, creencias, actitudes y conocimientos, que de ser cancelado o suprimido – y a ello puede llegarse si su medio ambiente sufre un deterioro severo-, induce a la desestabilización y a su eventual extinción. La prohibición de toda forma de desaparición forzada (CP art. 12) también se predica de las comunidades indígenas, quienes tienen un derecho fundamental a su integridad étnica, cultural y social".

3.2. La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas hace necesario armonizar dos intereses contrapuestos: la necesidad de planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales en los referidos territorios para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución (art. 80 C.P.), y la de asegurar la protección de la integridad étnica, cultural, social y económica de las comunidades indígenas que ocupan dichos territorios, es decir, de los elementos básicos que constituyen su cohesión como grupo social y que, por lo tanto, son el sustrato para su subsistencia. Es decir, que debe buscarse un equilibrio o balance entre el desarrollo económico del país que exige la explotación de dichos recursos y la preservación de dicha integridad que es condición para la subsistencia del grupo humano indígena.

El Constituyente previó en el parágrafo del art. 330 una fórmula de solución al anotado conflicto de intereses al disponer:

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

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

de la comunidad en las decisiones que se adopten para autorizar dicha explotación. De este modo, el derecho fundamental de la comunidad a preservar la referida integridad se garantiza y efectiviza a través del ejercicio de otro derecho que también tiene el carácter de fundamental, en los términos del art. 40, numeral 2 de la Constitución, como es el derecho de participación de la comunidad en la adopción de las referidas decisiones.

A juicio de la Corte, la participación de las comunidades indígenas en las decisiones que pueden afectarlas en relación con la explotación de los recursos naturales ofrece como particularidad el hecho o la circunstancia observada en el sentido de que la referida participación, a través del mecanismo de la consulta, adquiere la connotación de derecho fundamental, pues se erige en un instrumento que es básico para preservar la integridad étnica, social, económica y cultural de las comunidades de indígenas y para asegurar, por ende, su subsistencia como grupo social. De este modo la participación no se reduce meramente a una intervención en la actuación administrativa dirigida a asegurar el derecho de defensa de quienes van a resultar afectados con la autorización de la licencia ambiental (arts. 14 y 35 del C.C.A., 69, 70, 72 y 76 de la ley 99 de 1993), sino que tiene una significación mayor por los altos intereses que ella busca tutelar, como son los atinentes a la definición del destino y la seguridad de la subsistencia de las referidas comunidades.

El derecho de participación de la comunidad indígena como derecho fundamental (art. 40-2 C.P.), tiene un reforzamiento en el Convenio número 169, aprobado por la ley 21 de 1991, el cual está destinado a asegurar los derechos de los pueblos indígenas a su territorio y a la protección de sus valores culturales, sociales y económicos, como medio para asegurar su subsistencia como grupos humanos. De este modo, el citado Convenio, que hace parte del ordenamiento jurídico en virtud de los arts. 93 y 94 de la Constitución,  integra junto con la aludida norma un bloque de constitucionalidad que tiende a asegurar y hacer efectiva dicha participación.

Diferentes normas del mencionado convenio apuntan a asegurar la participación de las comunidades indígenas en las decisiones que las afectan relativas a la explotación de los recursos naturales en sus territorios,  así:

“Artículo 5o. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio:

“a) Deberán reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosas y

espirituales propios de dichos pueblos y deberá tomarse debidamente en consideración la índole de los problemas que se les plantean tanto colectiva como individualmente;

b) Deberá respetarse la integridad de los valores, prácticas e instituciones de esos pueblos;

c) Deberán adoptarse, con la participación y cooperación de los pueblos interesados, medidas encaminadas a allanar las dificultades que experimenten dichos pueblos al afrontar nuevas condiciones de vida y de trabajo."

"Artículo 6o. 1.- Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:

"a) Consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;

"b) Establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados pueden participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles, en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan.

"c) Establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin;

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

Artículo 7:  Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente."

(…)

“Artículo 15. 1. Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos”.

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

Con fundamento en los arts. 40-2, 330 parágrafo de la Constitución y las normas del Convenio 169 antes citadas, estima la Corte que la institución de la consulta a las comunidades indígenas que pueden resultar afectadas con motivo de la explotación de los recursos naturales, comporta la adopción de relaciones de comunicación y entendimiento, signadas por el mutuo respeto y la buena fe entre aquéllas y las autoridades públicas, tendientes a buscar:

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

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

c) Que se le de la oportunidad para que libremente y sin interferencias extrañas pueda, mediante la convocación de sus integrantes o representantes, valorar conscientemente las ventajas y desventajas del proyecto sobre la comunidad y sus miembros, ser oída en relación con las inquietudes y pretensiones que presente, en lo que concierna a la defensa de sus

intereses y, pronunciarse sobre la viabilidad del mismo. Se busca con lo anterior, que la comunidad tenga una participación activa y efectiva en la toma de la decisión que deba adoptar la autoridad, la cual en la medida de lo posible debe ser acordada o concertada.

Cuando no sea posible el acuerdo o la concertación, la decisión de la autoridad debe estar desprovista de arbitrariedad y de autoritarismo; en consecuencia debe ser objetiva, razonable y proporcionada a la finalidad constitucional que le exige al Estado la protección de la identidad social, cultural y económica de la comunidad indígena.

En todo caso deben arbitrarse los mecanismos necesarios para mitigar, corregir o restaurar los efectos que las medidas de la autoridad produzcan o puedan generar en detrimento de la comunidad o de sus miembros.

No tiene por consiguiente el valor de consulta la información o notificación que se le hace a la comunidad indígena sobre un proyecto de exploración o explotación de recursos naturales. Es necesario que se cumplan las directrices antes mencionadas, que se presenten fórmulas de concertación o acuerdo con la comunidad y que finalmente ésta se manifieste, a través de sus representantes autorizados, su conformidad o inconformidad con dicho proyecto y la manera como se afecta su identidad étnica, cultural, social y económica.

4. La acción de tutela y las acciones contencioso administrativa y la suspensión provisional del acto administrativo.

4.1. Ejercicio conjunto de las acciones contencioso administrativas y de la acción de tutela.

– Bien es sabido que la acción de tutela no es procedente cuando exista un medio alternativo de defensa judicial que sea idóneo y eficaz, según la valoración que haga el juez en concreto de estas circunstancias, atendiendo la situación particular en que se encuentre el solicitante (arts. 86 inciso 3 de la Constitución, art. 6 numeral 1 del decreto 2591/91), salvo que aquélla se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

– Es compatible la acción de tutela y la acción contenciosa administrativa contra actos administrativos, medio alternativo de defensa judicial. En efecto:

a) Aun cuando exista un medio alternativo de defensa judicial, la acción de tutela procede cuando se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, en cuyo caso, “el juez señalará expresamente en la sentencia que su orden permanecerá vigente sólo durante el término que la autoridad judicial competente utilice para decidir de fondo sobre la acción instaurada por el afectado”, la cual, debe ser ejercitada, si no lo ha hecho, en el término de cuatro meses, a partir del fallo de tutela; si no lo hace cesarán los efectos de éste (art. 8 incisos 1 a 4 decreto 2591/91).

b) Específicamente, con respecto a la posibilidad de ejercer simultáneamente la acción de tutela y las acciones contencioso administrativa el inciso 5 del art. 8 del decreto 2591 de 1991 preceptúa:

“Cuando se utilice como mecanismo transitorio para evitar un daño irreparable, la acción de tutela también podrá ejercerse conjuntamente con la acción de nulidad y de las demás procedentes ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. En estos casos, el juez si lo estima procedente podrá ordenar que no se aplique el acto particular respecto de la situación jurídica concreta cuya protección se solicita, mientras dure el proceso”.

Mediante auto de fecha 1 de septiembre de 1994 (expediente No. T-32.352 M.P. Jorge Arango Mejía) la Corte se refirió al alcance del aparte normativo transcrito, de la siguiente manera:

“…a juicio de la Sala, al sentido “conjuntamente” debe llegarse no sólo mediante la interpretación literal sino también con una indagación teleológica. Así, por razón de la informalidad de la institución a tal expresión corresponde la tercera acepción de la Real Academia Española, es decir, “a un mismo tiempo”. (ob. cit. pág. 1213). En consecuencia, el inciso comentado del artículo 8o. del decreto 2591 de 1991, debe interpretarse en el sentido de que los interesados pueden, desde un principio, ejercer la acción de tutela al tiempo con las demás de naturaleza contencioso administrativa, sin que sea necesario que todas ellas se tramiten ante la jurisdicción contencioso administrativa.”

c) El art. 7 del decreto 2591/91, contempla una situación especial, diferente a la regulada en el artículo siguiente, pues aquél se refiere a las medidas provisionales que se pueden adoptar dentro de un proceso de tutela para proteger un derecho fundamental vulnerado o amenazado, es decir, se trata de verdaderas medidas cautelares que pueden adoptarse antes de la decisión de fondo.

Dice, en lo pertinente, dicha norma:

“Medidas provisionales para proteger un derecho. Desde la presentación de la solicitud, cuando el juez expresamente lo considere necesario y urgente para proteger el derecho, suspenderá la aplicación del acto concreto que lo amenace o vulnere”.

(…..)

“El juez también podrá, de oficio o a petición de parte, dictar cualquier medida de conservación o seguridad encaminada a proteger el derecho a evitar que se produzcan otros daños como consecuencia de los hechos realizados, todo de conformidad con la circunstancias del caso”.

d) La jurisprudencia de la Corte Constitucional, sobre la procedencia de la acción de tutela y las acciones contencioso administrativas y la suspensión provisional del acto administrativo, y la manera como ellas se compatibilizan, ha señalado:

“…la atribución de suspender provisionalmente los efectos de los actos administrativos está específicamente conferida por la Constitución a la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo (artículo 238) y mal pueden interpretarse en contra de su perentorio mandato las disposiciones de los artículos 7 y 8 del Decreto 2591 de 1991, aplicables tan solo a aquellos actos contra los cuales no sea procedente dicho mecanismo, de conformidad con las reglas generales”.

“No desconoce la Corte que la última de las disposiciones citadas, al permitir el ejercicio conjunto de la acción de tutela con las pertinentes ante la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, faculta al juez para ordenar que tratándose de un perjuicio irremediable, se inaplique el acto particular respecto de la situación jurídica concreta cuya protección se solicita mientras dure el proceso, pero es obvio que esta norma legal parte del supuesto de que en tales casos no procede la suspensión provisional, pues resultaría innecesario, inconveniente e inconstitucional que, siendo ella aplicable para alcanzar el específico fin de detener los efectos del acto cuestionado, se añadiera un mecanismo con idéntica finalidad por fuera del proceso Contencioso Administrativo y a cargo de cualquier juez de la República, con el peligro adicional de decisiones contradictorias, máxime si se tiene en cuenta que también la suspensión provisional se resuelve mediante trámite expedito tal como lo dispone

el Código Contencioso Administrativo4”

Se reiteró en dicha sentencia lo que señaló la Corte en la sentencia No. 1 de abril 3 de 1992, igualmente con ponencia del Dr. José Gregorio Hernández Galindo.

En la sentencia T-203/935, refiriéndose al alcance del inciso final del artículo 8 del decreto 2591/91, antes citado, la Corte distinguió entre la suspensión provisional del acto y su inaplicación respecto de la situación jurídica concreta cuya protección se solicita. Dijo la Corte:

“Como puede verse, lo que es posible decretar en esta hipótesis es una inaplicación temporal al caso concreto, considerada la particular y específica situación en que se encuentra el solicitante, así que no recae propiamente sobre la materialidad del acto administrativo, como sí acontece con la figura de la suspensión provisional. No tiene, entonces, el alcance de la misma y, por ende, excepción hecha de la inaplicación que pueda favorecer al petente a fin de evitarle un daño irreparable, el acto administrativo como tal permanece incólume mientras no sea suspendido provisionalmente por la Jurisdicción Contencioso Administrativa o anulado por ella”.

“Debe repararse por otra parte en que el  punto materia de análisis -a diferencia del que constituye el objeto de la providencia mediante la cual se resuelve acerca de la solicitud de suspensión provisional en los procesos contencioso administrativos- no es el relativo a una posible oposición flagrante entre el acto demandado y las normas superiores a las que está sometido, sino la situación de hecho en la cual puede hallarse una persona frente a un acto cuya aplicación concreta implique, en su caso, efectos inmediatos e irremediables que vulneren sus derechos constitucionales fundamentales”.

“Ahora bien, es claro que -considerada la función que cumple la tutela como mecanismo protector de los derechos fundamentales y el contexto de la norma transcrita- la posibilidad de ejercer la acción en forma conjunta con las que proceden ante la jurisdicción Contencioso Administrativa, no puede interpretarse en el sentido de hacer que en tal caso su trámite deba surtirse forzosamente ante los tribunales administrativos, entendimiento que limitaría ostensiblemente las posibilidades de protección judicial. Lo que la norma legal permite, aunque no haya utilizado con propiedad el término “conjuntamente”, es el ejercicio simultáneo de la acción ante el juez de tutela, como mecanismo transitorio para evitar un

perjuicio irremediable y de las pertinentes ante la jurisdicción especializada".

"De las precedentes consideraciones se infiere que, ante acciones instauradas respecto de actos administrativos, el juez de tutela no puede asumir la facultad que le confiere la norma mencionada como una autorización de la ley para sustituir al Contencioso Administrativo en la definición sobre la validez de aquellos, ni suponer que podría suspenderlos provisionalmente pues ello representaría invadir el ámbito constitucional de dicha jurisdicción. De allí los precisos términos usados por el legislador para definir el objeto al que ha de circunscribirse la orden judicial para el evento en que prospere la solicitud de tutela transitoria".

Sobre la misma temática, esto es, la interpretación de la referida norma, la sentencia T-440 de 19946 de la Corte expresó:

"El alcance de esta norma presupone que, en el proceso correspondiente, se adoptará la decisión definitiva, y concede al juez de tutela una facultad temporal y excepcional de inaplicación del acto a la situación concreta, lo cual no puede confundirse con la suspensión provisional ni ninguna otra medida precautelativa contencioso administrativa."

"El precepto también parte de la base de que, en el caso específico del peticionario, la aplicación del acto implicaría que continuara la violación o amenaza del derecho, causándose un perjuicio irremediable que se precisa evitar, pese a la existencia del medio judicial ordinario. Esto significa que, en la hipótesis planteada por el artículo 8o. del Decreto 2591 de 1991, el acto de que se trata es directamente el causante del agravio o del peligro para el derecho fundamental, objeto de protección."

En la sentencia T-142/957, la Corte acometió el estudio de las situaciones que debe avocar el juez, frente a la acción de tutela, las acciones contencioso administrativas y a la suspensión provisional. Se dijo por la Corte:

"La atribución conferida por el Constituyente a la jurisdicción contencioso administrativa para suspender provisionalmente los efectos de los actos administrativos, enfrenta al juez de tutela con varias situaciones que han sido objeto de decisión por parte de la Corte:….."

“En situaciones en las que existe violación o amenaza de un derecho fundamental por parte de una autoridad ejecutiva, y no cuenta el afectado con acción ante la jurisdicción contencioso administrativa, o dentro del trámite de ella no es posible la controversia sobre la violación del derecho constitucional, la tutela procede como mecanismo definitivo de protección del derecho constitucional conculcado. Así quedó planteado en las Sentencias T-090 de 1995 y T-100 de 1994, ambas de la Sala Cuarta de Revisión de Tutelas.”

“Cuando existe violación o amenaza de un derecho fundamental, el afectado cuenta con acción contenciosa administrativa, y no procede la suspensión provisional, el juez de tutela debe dar aplicación a los artículos 7 y 8 del decreto 2591 de 1991…”.

También en la aludida sentencia se advierte que “cuando existe la violación o amenaza del derecho, hay acción contenciosa administrativa y procede la suspensión provisional el juez de tutela debe proceder” como indica la sentencia T-443/928, a la cual se hizo alusión antes.

Recientemente en la sentencia T-131A de 19969 se expresó sobre el punto lo siguiente:

“Así las cosas en el presente evento cabía la solicitud de suspensión provisional del acto administrativo, la cual efectivamente fue pedida y negada dentro del proceso de nulidad y restablecimiento del derecho instaurado por la Sociedad Transportistas de Colombia S.A. en contra de la resolución No. 000490 de 1994, y que cursa en el Tribunal Administrativo de Cundinamarca. En consecuencia de acuerdo con los criterios transcritos, no resulta procedente conceder el amparo impetrado, menos aún cuando, de conformidad con la prueba solicitada se encuentra establecido que no se ejercitó el recurso de apelación en contra del auto mediante el cual negó la suspensión provisional”.

d) Considera la Corte que es necesario precisar su jurisprudencia, en relación con la compatibilidad entre la acción de tutela y las acciones contencioso administrativas y la suspensión provisional del acto administrativo. Con tal propósito expone las siguientes consideraciones:

– Procede la tutela como mecanismo definitivo, cuando la persona afectada en su derecho fundamental no cuenta con acción contenciosa administrativa, como en el caso de los actos preparatorios o trámite y de ejecución o de los actos policivos no administrativos.

– También procede la tutela como mecanismo definitivo, en el evento de que no sea posible a través de la acción contenciosa administrativa, controvertir la violación del derecho fundamental o dicha acción se revela insuficientemente idónea o ineficaz para la efectiva protección del derecho. Esta fue la situación analizada por la Corte en la sentencia T-256/9510, en relación con los concursos de mérito para acceder a cargos públicos de carrera.

– Procede la tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, cuando el afectado en su derecho fundamental dispone de acción contenciosa pero no procede la suspensión provisional, según los términos del art. 152 del C.C.A.. Sin embargo, es preciso aclarar que según la legislación vigente, la suspensión provisional es admisible en todos los casos en que se impugna un acto administrativo. Por tanto, hay que entender que la no procedencia de la suspensión provisional se refiere a los casos en que se ejercitan acciones que no involucran la anulación de actos administrativos (contractuales o de reparación directa).

– Igualmente es viable la tutela como mecanismo transitorio, cuando el interesado dispone de la acción contenciosa administrativa y la suspensión provisional es procedente, por las siguientes razones:

1) Según la letra a) del art. 152 de la Constitución, la regulación de los "derechos y deberes fundamentales de las personas de los procedimientos y recursos para su protección" corresponde al Congreso a través de una ley estatutaria. El decreto 2591 de 1991 dictado en uso de las facultades extraordinarias conferidas al Presidente de la República por el art. 5 transitorio de la Constitución, es análoga a una ley estatutaria y, en todo caso ley especial, que deben aplicar los jueces de la jurisdicción constitucional de la tutela.

Con la finalidad de asegurar la efectiva protección de los derechos constitucionales fundamentales dicho decreto contempla en el art. 7 la adopción de medidas provisionales, cuando el juez expresamente lo considera necesario y urgente para proteger el derecho, en cuyo caso "suspenderá la aplicación del acto concreto que lo amenace o vulnere". También podrá el juez de oficio o a petición de parte "dictar cualquier medida de conservación o seguridad encaminada a proteger el derecho o a evitar a que se produzcan otros daños como consecuencia de los hechos realizados, todo de conformidad con las circunstancias del caso"

(inciso final art. 7).

Así mismo el inciso final del art. 8, transcrito anteriormente, permite ejercer la tutela como mecanismo transitorio conjuntamente con las acciones contencioso administrativas.

2) La institución de la suspensión provisional tiene un rango constitucional, conforme al art. 238 que dice:

En los términos del art. 152 del C.C.A., norma anterior a la Constitución de 1991, la suspensión provisional es procedente bajo los siguientes supuestos:

Que las medidas se solicite y sustente de modo expreso en la demanda o por escrito separado, presentado antes de que sea admitido.

Si la acción de nulidad, basta que haya manifiesta infracción de una de las disposiciones invocadas como fundamento de la misma, por confrontación directa o mediante documentos públicos aducidos  con la solicitud.

Si la acción es distinta de la de nulidad, además se deberá demostrar, aunque sea sumariamente, el perjuicio que la ejecución del acto demandado causa o podría causar el actor.

3) A diferencia de la acción de tutela que persigue la efectiva protección de los derechos constitucionales fundamentales amenazados o vulnerados, la suspensión provisional, se encuentra estructurada bajo la concepción muy limitada de ser una medida excepcional, con base constitucional pero con desarrollo legal, que busca impedir provisionalmente la ejecución de actos administrativos que son manifiestamente violatorios del ordenamiento jurídico y cuando en algunos casos, además, su ejecución pueda ocasionar perjuicios a una persona. Dicha institución, en consecuencia, fue concebida como mecanismo de protección de derechos con rango legal, sin que pueda pensarse de modo absoluto que eventualmente no pueda utilizarse como instrumento para el amparo de derechos constitucionales fundamentales; pero lo que si se advierte es que dados los términos estrictos en que el legislador condicionó su procedencia, no puede considerarse, en principio, como un mecanismo efectivo de protección de dichos derechos. En efecto:

La confrontación que ordena hacer el art. 152 del C.C.A. entre el acto acusado y las normas

que se invocan como transgredidas, es de confrontación prima facie o constatación simple, porque el juez administrativo no puede adentrarse en la cuestión de fondo, de la cual debe ocuparse la sentencia que ponga fin al proceso. En cambio, el juez de tutela posee un amplio margen de acción para poder apreciar o verificar la violación o amenaza concreta del derecho constitucional fundamental, pues no sólo constata los hechos, sino que los analiza y los interpreta y determina a la luz del contenido y alcance constitucional del derecho si procede o no el amparo impetrado. De manera que la suspensión provisional opera mediante una confrontación directa entre el acto y la norma jurídica, generalmente contentiva de una proposición jurídica completa, que se afirma transgredida, así puedan examinarse documentos, para determinar su violación manifiesta; en cambio, cuando se trata de amparar derechos fundamentales el juez de tutela se encuentra frente a una norma abierta, que puede aplicar libremente a través de una valoración e interpretación amplia de las circunstancias de hecho.

No fue la intención del Constituyente ni la del Legislador consagrar una prevalencia de la suspensión provisional sobre la acción de tutela, pues ambas operan y tienen finalidades diferentes. Por el contrario, en razón de su finalidad se reconoce a la tutela, como mecanismo destinado a asegurar el respeto, vigencia y efectividad de los derechos fundamentales, cierta prevalencia sobre la suspensión provisional del acto administrativo, hasta el punto que es procedente instaurar conjuntamente la acción de tutela y la acción contencioso administrativa y dentro del proceso a que da lugar aquélla se pueden adoptar, autónomamente, medidas provisionales.

No puede pensarse que el legislador al regular un mecanismo de protección de los derechos en un momento dado, automáticamente elimine o excluya otros instrumentos de amparo, pues pueden existir instrumentos de protección simultáneos y concurrentes, si ellos, a juicio del legislador, conducen a la finalidad constitucional de lograr la efectividad de aquéllos.

La acción de tutela y la suspensión provisional no pueden mirarse como instrumentos de protección excluyentes, sino complementarios. En tal virtud, una es la perspectiva del juez contencioso administrativo sobre viabilidad de la suspensión provisional del acto, según los condicionamientos que le impone la ley, y otra la del juez constitucional, cuya misión es la de lograr la efectividad de los derechos constitucionales fundamentales. Por consiguiente, pueden darse eventualmente decisiones opuestas que luego se resuelven por el juez que

debe fallar en definitiva el asunto; así bajo la óptica de la regulación legal estricta el juez administrativo puede considerar que no se da la manifiesta violación de un derecho fundamental y sin embargo el juez de tutela, que si puede apreciar el mérito de la violación o amenaza puede estimar que esta existe y, por ende, conceder el amparo solicitado.

En conclusión, es posible instaurar simultáneamente la acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, sin que interese que se haya solicitado o no la suspensión provisional del acto administrativo, pues en parte alguna la norma del art. 8 impone como limitante que no se haya solicitado al instaurar la acción contenciosa administrativa dicha suspensión. Además, dentro del proceso de tutela es posible, independientemente de dicha suspensión, impetrar las medidas provisorias a que alude el art. 7 en referencia.

La acción de tutela que como se dijo antes prevalece sobre la acción contencioso administrativa, no puede quedar anulada o limitada por la circunstancia de que la jurisdicción de lo contencioso administrativo se haya pronunciado adversamente sobre la petición de suspensión provisional, porque la una y la otra operan en planos normativos, fácticos, axiológicos y teleológicos  diferentes.

Estima la Corte, que con fundamento en el principio de la efectividad de los derechos que consagra la Constitución, le corresponde al juez de tutela decidir sobre la protección de los derechos constitucionales fundamentales, en forma oportuna, aún antes de la conclusión del proceso contencioso administrativo que se hubiere instaurado, mediante la adopción de medidas provisorias que aseguren su goce y vigencia, en situaciones que comprometan su violación o amenaza y en extrema urgencia, para evitar perjuicios o situaciones irreparables.

4) La necesidad de proteger los derechos constitucionales fundamentales y de efectivizarlos, impone un cambio, una nueva concepción, de la institución de la suspensión provisional. El viraje que se requiere para adaptarla a los principios, valores y derechos que consagra el nuevo orden constitucional puede darlo el juez contencioso administrativo o inducirlo el legislador, a través de una reforma a las disposiciones que a nivel legal la regulan.

El juez administrativo, con el fin de amparar y asegurar la defensa de los derechos fundamentales podría, aplicando directamente la Constitución Política, como es su deber,

suspender los efectos de los actos administrativos que configuren violaciones o amenazas de transgresión de aquéllos. Decisiones de esa índole tendrían sustento en:

– La primacía que constitucionalmente se reconoce a los derechos fundamentales y a la obligación que tienen todas las autoridades- incluidas las judiciales- de protegerlos y hacerlos efectivos (art. 2 C.P.)

– La aplicación preferente de la Constitución frente a las demás normas jurídicas y así mismo el efecto integrador que debe dársele a sus disposiciones con respecto a las demás normas del ordenamiento jurídico. De este modo, al integrar las normas que regulan la suspensión con las de la Constitución se podría lograr una mayor eficacia y efectividad a dicha institución.

– La necesidad de dar prevalencia al derecho sustancial (art. 228 C.P.), mas aún cuando este emana de la Constitución y busca  hacer efectivas la protección y la vigencia de los derechos fundamentales.

– La suspensión provisional de los efectos de los actos administrativos tiene un fundamento constitucional. El art. 238 permite dicha suspensión "por los motivos y con los requisitos que establezca la ley". Siendo la Constitución ley de leyes y pudiendo aplicarse sus normas directamente, sobre todo, cuando se trate de derechos fundamentales (art. 85), es posible aducir como motivos constitucionales para la procedencia de la suspensión provisional la violación o amenaza de violación de los derechos fundamentales.

La idea central que se debe tener presente es que las diferentes jurisdicciones, dentro de sus respectivas competencias, concurran a la realización del postulado constitucional de la efectivización, eficacia y vigencia de los derechos constitucionales fundamentales. Por lo tanto, la posibilidad de decretar la suspensión provisional de los actos administrativos por violación de los derechos constitucionales fundamentales, independientemente de que ésta sea manifiesta o no, indudablemente, puede contribuir a un reforzamiento en los mecanismos de protección de los referidos derechos.

5. La situación concreta que se analiza.

5.1. Según los términos de la demanda de tutela, la controversia se originó en el

otorgamiento de la licencia ambiental a la sociedad “Occidental de Colombia Inc” para la realización de las actividades de prospección sísmica del bloque Samoré, sin haberse agotado el procedimiento de consulta a la comunidad indígena U’wa, con arreglo a la Constitución, al Convenio 169 de la O.I.T. y a la ley.

5.2. En la parte motiva de la resolución 110 del 3 de febrero de 1995, originaria del Ministerio del Medio Ambiente, mediante la cual se otorgó dicha licencia, se dice en punto a la consulta a la referida comunidad, que el 1 de agosto de 1994 se expuso por la oficina jurídica del referido Ministerio la necesidad de realizar, previamente a la decisión sobre la licencia, una consulta a la comunidad indígena Tunebo (U’wa) y que esta fue ordenada mediante auto numero 237 del 28 de septiembre de 1994 y llevada a cabo en la ciudad de Arauca durante los días 10 y 11 de enero de 1995, con la participación de representantes del Ministerio de Minas y Energía “levantándose el acta de acuerdo respectiva”.

Observa la Corte, que en el auto que ordenó la consulta no se hace referencia alguna sobre los puntos o aspectos que debían ser materia de la misma, que naturalmente no eran otros que los consistentes en obtener un pronunciamiento de la referida comunidad, previo conocimiento del proyecto de exploración sísmica del bloque Samoré, de los estudios de impacto ambiental presentados por dicha sociedad y de los conceptos técnicos del Inderena y del Ministerio del Medio Ambiente, de la incidencia de la realización de dicho proyecto y de la posible explotación de los recursos petrolíferos en el área escogida en la integridad social, cultural y económica de la comunidad indígena “U’wa”.

5.3. Luego de examinar detenidamente el documento de fecha enero 10 y 11 de 1995, suscrito en Arauca, denominado “Reunión de información y consulta con el pueblo U’wa para la realización del proyecto de adquisición (sic) sísmica en el contrato de asociación Samoré celebrado entre la Empresa Colombiana de Petróleos -Ecopetrol y Occidental de Colombia, Inc”, observa la Corte:

-Asistieron a la reunión, entre otras personas, como miembros de la Comunidad U’wa, Roberto Cobaría, José Antonio Rinconada, Julio Tegría, Carlos Tegría, Suboto Barroso y Guercuna Tegría.

-Se dijo que el objeto de la reunión es la de realizar la consulta establecida en los artículos 6 y 15 de la ley 21 de 1991 y en el artículo 76 de la ley 99 de 1993, para los efectos del trámite

de la aludida licencia ambiental.

-El orden del día que se sometió a la debida aprobación fue el siguiente:

“1. Presentación de los delegados de las entidades públicas, de Occidental de Colombia, Inc. y del pueblo U’wa presentes”.

“2. Información sobre los derechos del pueblo U’wa por parte de la Dirección General de Asuntos Indígenas. La Constitución Nacional y la Ley 21 de 1991 y el Ministerio del Medio Ambiente presenta la Ley 99/93 Artículo 76”.

“3. El contrato de asociación para la exploración sísmica de Samoré (exposición a cargo de delegados de Ecopetrol)”.

“4. Exposición sobre la política de hidrocarburos del gobierno nacional, por parte del delegado del Ministerio de Minas y Energía”.

“5. Exposición de características del proyecto Samoré, por parte de los delegados de Occidental de Colombia Inc.”.

“6. Exposición de concepto sobre aspectos ambientales del proyecto, por parte del delegado del Ministerio del Medio Ambiente”.

“7. Deliberación de los delegados del pueblo U’wa (receso para los otros asistentes”.

“8. Exposición de las consideraciones de los delegados del pueblo U’wa frente a las otras delegaciones”.

“9. Conclusiones, elaboración, lectura y aprobación del acta de la reunión”.

-La reunión se desarrollo, luego de la presentación de los diferentes asistentes, de la siguiente manera:

Se informó por la Dra. Gladys Jimeno de Santoyo, Directora General de Asuntos Indígenas - Ministerio del Interior, a los miembros de la comunidad presentes sobre el contenido de las normas constitucionales que asignan al Estado el deber de proteger la diversidad étnica y cultural y en especial del Parágrafo del artículo 330. Igualmente se les enteró acerca del

contenido de los artículos 6, 7 y 15 del convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, adoptado por la 76a reunión de la Conferencia General de la O.I.T., Ginebra 1989, aprobado por la ley 21 de 1991, que alude a las consultas que deben hacerse a dichos pueblos cuando se vayan a adoptar medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente.

Precisó dicha funcionaria, aludiendo al alcance del mencionado convenio "que la consulta no es un permiso de los indígenas sino una apreciación sobre afectaciones posibles de un proyecto a un pueblo indígena".

"El pueblo "U'wa" debe pensar cuales son los aspectos relativos a su integridad social, económica y cultural que pueden afectarse y comentar sobre ellos para prever las medidas que habría que implementar.

-El representante de ECOPETROL explicó las características y el alcance del contrato de asociación celebrado por Occidental de Colombia Inc, así como el sistema de contratación petrolera.

-El representante del Ministerio de Minas y Energía expuso su criterio en relación con la política estatal en materia de exploración y explotación de hidrocarburos.

-El geólogo Omar Arias explicó el contenido y alcance del  programa sísmico Samoré, que comprende fundamentalmente la apertura de trochas, actividades de topografía, perforación de huecos cargados con explosivos, detonación y toma de información y limpieza y tapado de la línea de huecos. Sobre este punto en el acta se consigna, en lo pertinente, lo siguiente:

"Surgieron preguntas de los indígenas sobre la localización de las líneas sísmicas y sobre la carga de dinamita, la explotación, y demás impactos que pueda causar la prospección sísmica".

Se aclaró que para el desarrollo del proyecto no se abren carreteras y que los equipos se movilizan en vehículos automotores por las vías existentes, hasta donde sea posible. De no existir vías, el, transporte se realiza a pie".

"En el evento que se produzcan daños se pagan. Para eso hay negociadores especializados".

“Se preguntó si las líneas sísmicas van a pasar por los resguardos. Se contestó, mostrando el mapa, que sí va a haber entre 7 y 8 líneas que van a pasar por algunos resguardos”:

“El total de líneas del proyecto es alrededor de 20 ó 21. El proyecto dura entre 8 y 10 meses”.

“Se señaló que los sitios sagrados, casas, nacederos, ríos etc., serán respetados. Antes de abrir la trocha se determinan esos sitios para no tocarlos y desviar, si es necesario, la línea sísmica”.

(…)

“Los indígenas preguntaron que sucedía si se encontraba petróleo dentro del área donde están establecidos los resguardos”.

Omar Arias explicó que las zonas para la búsqueda de petróleo son muy extensas y que por ahora sólo se va a realizar la exploración”.

“Luis Fernando de Angulo recalcó que esta reunión es solamente para la etapa de prospección sísmica. En esta etapa no se sabe si hay petróleo o no”.

“Podría generarse un compromiso con los U’wa para mostrarles los resultados de la sísmica y para que conozcan el subsuelo. Si se decide perforar, tendrían que hacerse nuevas reuniones de consulta”.

“Omar Arias continuó su presentación, mostrando con fotografías de manera detallada todos los pasos de un proyecto de prospección sísmica y concluyó, ilustrando con diapositivas, el estado en que quedan los sitios en donde se localizan las líneas sísmicas y los campamentos”.

“Recalcó el geólogo Arias que la identificación de dichos sitios era difícil por cuanto el impacto ambiental de la prospección sísmica es mínimo y un año después no fue posible encontrar evidencias claras de la trocha utilizada”.

– El representante del Ministerio del Medio Ambiente explicó el trámite dado a la solicitud de

licencia ambiental ante el INDERENA y dicho Ministerio y que esta contendrá las obligaciones que deben cumplirse en desarrollo del proyecto, cuyo cumplimiento se vigilará. Dejó constancia de que los representantes del pueblo U'wa poseen copia del concepto técnico emitido por el Ministerio en relación con la viabilidad de dicho proyecto.

– No hubo participación de la comunidad U'wa en la realización del estudio de impacto ambiental. Sobre este aspecto, la Directora General de Asuntos Indígenas del Ministerio del Interior manifestó "la comunidad no ha participado en la elaboración del proyecto como tal, porque este obedece a un contrato suscrito entre Occidental y Ecopetrol. Sin embargo, a partir de este momento el proyecto debe adelantarse con la participación de la comunidad".

– Quedó establecido que la consulta no era para decir si o no a un proyecto, sino para que la comunidad entienda como pueden verse afectados por los trabajos que se van a realizar, estudiar cuales serían las incidencias socio-culturales del proyecto y formular soluciones así como los beneficios a que debe acceder la comunidad. Es decir, que la decisión de ejecutar el proyecto es del Gobierno.

– Se leyó por uno de los miembros de la comunidad un documento preparado durante el tercer congreso U'wa (enero 17 de 1995), en el cual se trató el tema del proyecto del estudio sísmico y se dejó constancia de lo siguiente: (1). La comunidad "U'wa" no tenía conocimiento de la existencia del proyecto, no obstante ser los primeros afectados; (2). La OXY no se ha hecho presente en las diferentes reuniones de "Asambleas y Congreso" llevadas a cabo dentro de las comunidades U'wa; (3). La cosmovisión del pueblo U'wa es muy diferente a la del blanco y es nuestro deber conservarla; (4). Los bienes del mundo físico han sido creados por un ser supremo (Sira-Dios) que es su verdadero dueño. Por lo tanto, estos no pertenecen a ningún hombre y deben ser conservados y administrados según las leyes de la naturaleza, conforme a los mandatos de Dios-Sira; (5). Los "U'wa" son los guardianes del ecosistema cuya conservación es de interés de la comunidad, sin que interese el provecho personal; (6). Queremos que se tenga en cuenta nuestra forma de concebir el mundo y que se respeten los preceptos normativos nacionales e internacionales que tutelan los derechos de los pueblos indígenas.

Con fundamento en lo anterior, la conclusión de dicho congreso fue la siguiente:

"…hasta tanto no se discuta, consulte y apruebe las propuestas que se formulan el día 11 de

enero, se pare lo proyectado por la OXY para el futuro.”

“El permitirle, sería destruir la naturaleza y en general la pérdida de nuestra cultura.”

– Posteriormente se leyó un documento elaborado el 10 de enero de 1995, pero fechado el 11 del mismo mes y año, en el cual los miembros asistentes de la comunidad U’wa expresan su oposición al proyecto en razón de que se desintegraría su forma de vida en lo cultural, económico, social y territorial. En efecto, precisan en detalle, las afectaciones que en este sentido sufrirían con dicho proyecto y formulan las siguientes propuestas:

“1. Modificar el proyecto de estudio sísmico, con intervención de las Autoridades Tradicionales o sus Delegados de las diferentes comunidades.”

“2. Llevar a cabo reunión con la participación de la ONIC y otras entidades de carácter nacional e internacional.”

-Finalmente, en la reunión se lograron los siguientes acuerdos y conclusiones:

“1 Hay unanimidad para entrar a estudiar, con la participación de las Autoridades U’wa las modificaciones al proyecto sísmico de Samoré, si hubiere lugar a ellas, teniendo en cuenta dos criterios centrales”.

“1.1. La preservación de la integridad étnica, social, cultural y económica del pueblo U’wa”.

“1.2. Los requerimientos técnicos y científicos indispensables para la realización de las actividades sísmicas”.

“2. Se verificará una segunda reunión de interlocución, que tendrá lugar en la ciudad de Arauca y cuya fecha tentativa se fijó para la primera semana de febrero, en la cual se presentarán y discutirán las modificaciones por el pueblo U’wa….”

“3. Se constituirá una comisión intercultural conformada por el Cabildo Mayor del Pueblo U’wa, la Dirección General de Asuntos Indígenas del Ministerio de Gobierno y Occidental de Colombia, Inc., para hacer un trabajo de campo conjunto con el propósito de reconocer los terrenos en los cuales va a llevar a cabo el proyecto y en los que se comprometan resguardos o territorios indígenas. La comisión presentará sus observaciones en la reunión

de febrero".

5.4. Es de anotar, que la licencia ambiental se expidió el 3 de febrero de 1995, no obstante que para esa época estaba prevista "la segunda reunión de interlocución" y que aún se encontraban pendientes de realizar los demás puntos de los acuerdos y conclusiones mencionados. Dicha reunión corresponde a la celebrada el 21 de febrero de 1995 que alude al "seguimiento a la consulta realizada con el pueblo "U'wa" los días 10 y 11 de enero del mismo año" y en la cual participaron por el pueblo "U'wa" Roberto Cobaría, Presidente del Cabildo Mayor y representantes de diferentes comunidades. En esta reunión se cuestionó por los representantes indígenas que se hubiera expedido la licencia ambiental sin haberse operado el trámite de la consulta. No obstante, los reiterados temores expresados por los representantes indígenas para concretar acuerdos en torno a la forma de llevar a cabo la exploración sísmica, en el acta respectiva se consignó lo siguiente:

"En conclusión, se determinó que la compañía procederá a dar cumplimiento a esos acuerdos y, con la veeduría del Ministerio de Gobierno, realizará las actividades sísmicas respetando la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas, tal como lo disponen la Constitución Nacional y las leyes aplicables a esta materia."

5.5. Diferentes documentos que obran dentro del expediente, provenientes de miembros de la comunidad "U'wa" y de la Dirección General de Asuntos Indígenas del Ministerio del Interior y la misma inspección judicial ordenada por la Corte y llevada a cabo en los territorios ocupados por dicha comunidad y en zonas aledañas a la misma, le indican a la Corte lo siguiente:

Que según la comunidad "U'wa" y la referida Dirección, la consulta previa exigida por la Constitución y las normas nacionales e internacionales se inició pero no se agotó con la reunión del 10 y 11 de enero de 1995, y que su voluntad desde un principio y actualmente ha sido la de oponerse a la ejecución del proyecto de prospección sísmica, debido a los riesgos que éste entraña para su supervivencia como grupo étnico, por los bruscos cambios en su entorno físico y en sus condiciones culturales, económicas y cosmogónicas.

5.6. Para la Corte resulta claro que en la reunión de enero 10 y 11 de 1995, no se estructuró o configuró la consulta requerida para autorizar la mencionada licencia ambiental. Dicha consulta debe ser previa a la expedición de ésta y, por consiguiente, actuaciones posteriores

a su otorgamiento, destinadas a suplir la carencia de la misma, carecen de valor y significación.

Tampoco pueden considerarse o asimilarse a la consulta exigida en estos casos, las numerosas reuniones que según el apoderado de la sociedad Occidental de Colombia Inc. se han realizado con diferentes miembros de la comunidad U'wa, pues aquélla indudablemente compete hacerla exclusivamente a las autoridades del Estado, que tengan suficiente poder de representación y de decisión, por los intereses superiores envueltos en aquélla, los de la comunidad indígena y los del país relativos a la necesidad de explotar o no los recursos naturales, según lo demande la política ambiental relativa al desarrollo sostenible.

Pone de presente la Corte la posición contradictoria de las autoridades del Ministerio del Interior y del Ministerio del Medio Ambiente, pues mientras las primeras aseveran que la consulta no existió las segundas afirman lo contrario. Obviamente la Corte, analizada la abundante prueba incorporada a los autos, se inclina por la posición de que no existió dicha consulta previa.

5.7. En conclusión, la Corte estima que el procedimiento para la expedición de la licencia ambiental se cumplió en forma irregular y con desconocimiento del derecho fundamental de la comunidad U'wa, en relación con la consulta que formal y sustancialmente ha debido hacérsele. Consecuencialmente, resultan vulnerados no sólo los derechos de participación, según el art. 40-2, y a la integridad de la comunidad U'wa, sino el derecho al debido proceso.

5.8. Conforme a lo analizado, la concesión de la tutela sería procedente. No obstante, debe la Corte analizar la existencia del medio alternativo de defensa judicial a efecto de determinar si la concede como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, para lo cual, hace los siguientes razonamientos:

– El Defensor del Pueblo instauró la acción pública de nulidad y solicitó la suspensión provisional del acto administrativo que otorgó la licencia ambiental, con fundamento en los artículos 84 del C.C.A y 73 de la ley 99 de 1993. El Consejo de Estado admitió la demanda, pero negó dicha suspensión; contra el auto que adoptó esta medida no se interpuso recurso alguno.

– Conforme a las consideraciones anteriores, la Corte estima que la tutela si es procedente como mecanismo transitorio. En efecto:

a) No es incompatible la tutela con el ejercicio de la acción contenciosa administrativa ni con la suspensión provisional del acto administrativo, que en el presente caso fue negada por el Consejo de Estado.

b) Es irrelevante la contradicción existente entre lo decidido por el Consejo de Estado al no acceder a la suspensión provisional y lo que se resolverá en el presente proceso, porque al pronunciarse sobre dicha suspensión no se analizó lo concerniente al aspecto sustancial o de fondo relativo al derecho de participación de la comunidad U'wa.

Por lo demás, tampoco podrá existir contradicción entre lo que se decida en este proceso y lo que resuelva el Consejo de Estado, en el evento de que niegue la nulidad pedida, si se tiene en cuenta que conforme al art. 175 del C.C.A. la cosa juzgada "erga omnes" sólo opera en relación con la "causa petendi" materia de juzgamiento, y como se observó antes en la demanda de nulidad no se señaló como violado el art. 40-2 de la Constitución ni se expuso, por consiguiente, el concepto de su violación. Las referencias que se hacen a dicho artículo en la demanda de nulidad, sin mencionar el numeral 2, son meramente circunstanciales para aludir simplemente a los tipos de mecanismos de participación, pero en modo alguno se formuló un cargo concreto por violación del derecho fundamental de participación de la referida comunidad, con arreglo a la aludida norma.

c) El inciso 2 del numeral 1 del art. 6 del decreto 2591/91 que definía como "irremediable el perjuicio que sólo puede ser reparado en su integridad mediante una indemnización", fue declarado inexequible por la Corte Constitucional mediante la sentencia C-53111 del 11 de noviembre de 1993; por lo tanto, corresponde al juez determinar las situaciones concretas en que dicho perjuicio tiene el indicado carácter, bajo los siguientes condicionamientos, señalados en la sentencia T-225/9312: el perjuicio ha de ser inminente; las medidas que se requieren para conjurarlo han de ser urgentes; el perjuicio debe ser grave; la urgencia de las medidas y la gravedad del perjuicio determinan que la acción de tutela sea impostergable, para evitar que éste llegue a ser irremediable, es decir, que la vulneración del derecho progrese hasta el extremo de que no sea posible su restablecimiento, en cuanto a su goce efectivo, "porque el bien jurídicamente protegido se deteriora irreversiblemente hasta el

punto que ya no puede ser recuperado en su integridad".

Estima la Corte que el perjuicio irremediable que se pretende evitar, consiste en que al ejecutarse la resolución que autorizó la licencia ambiental, ejecución que se extiende hasta cuando culminen las labores de exploración y se evalúen sus resultados, se violaría en forma permanente el derecho fundamental de participación de la comunidad, a través de la consulta, e indudablemente, se estaría transgrediendo, o por lo menos amenazando el derecho igualmente fundamental, que tiene la referida comunidad a su identidad étnica, cultural, social y económica, pues es evidente, que la vulneración de los referidos derechos no se entenderá superada mientras no se lleve a cabo dicha consulta.

Adicionalmente la irremediablilidad del perjuicio que se pretende evitar, a juicio de la Corte, consiste en que de resultar positiva la labor exploratoria, la fase que sigue es la explotación, la cual se desarrollaría, sin mayores inconvenientes, con desconocimiento de los aludidos derechos fundamentales y con el evidente peligro de la afectación grave de la integridad de la comunidad U'wa.

En síntesis, la irremediabilidad del perjuicio que se pretende evitar consiste en que la violación de los aludidos derechos fundamentales persista e incluso, pueda llegar a un punto de no retorno, como sería la destrucción o aniquilación del grupo humano U'wa.

La eventual nulidad que llegare a decretar el Consejo de Estado no tendría la virtud de restablecer el perjuicio que se esta causando y se causaría, por el desconocimiento de los referidos derechos. Por lo tanto se requiere de su protección urgente e inmediata.

d) En las circunstancias analizadas, se revocará la sentencia proferida por la Corte Suprema de Justicia -Sala Penal y, en su lugar, se confirmará la sentencia del Tribunal Superior de Santafé de Bogotá con la modificación de que se tutelan, en forma transitoria, como se indica en la parte resolutiva de esta sentencia, los derechos a la participación a la integridad étnica, cultural, social y económica, y al debido proceso de la comunidad U'wa.

Como la omisión de la consulta es precisamente el hecho que origina la violación o amenaza de violación de los mencionados derechos, la Corte ordenará que la consulta a ésta se cumpla dentro del plazo que mas adelante se señala.

III. DECISIÓN.

Por lo anterior, la Corte Constitucional, administrando justicia en nombre del pueblo y por mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero: REVOCAR la sentencia proferida por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, de fecha 19 de octubre de 1995.

Segundo: CONFIRMAR la sentencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Santafé de Bogotá -Sala Especial, de fecha 12 de septiembre de 1995, mediante la cual se concedió la tutela impetrada, pero con la modificación de que se tutelan, los derechos a la participación, a la integridad étnica, cultural, social y económica y al debido proceso de la comunidad U'wa.

Tercero: ORDENAR que con el fin de hacer efectivo el derecho fundamental de participación de la comunidad U'wa, conforme al numeral 2 del art. 40 de la Constitución, se proceda en el término de 30 días hábiles, a partir de la notificación de esta sentencia a efectuar la consulta a la comunidad U'wa.

Cuarto: La tutela que se concede, sobre el derecho fundamental a la participación de la comunidad U'wa, estará vigente, mientras la jurisdicción de lo contencioso administrativo se pronuncia en relación con la nulidad de la resolución que otorgó la licencia ambiental, en razón de la vulneración de dicho derecho. Para este efecto la comunidad U'wa deberá demandar dicha nulidad, si es del caso, en los términos del art. 76 de la ley 99 de 1993.

Quinto: COMUNICAR esta decisión al Tribunal Superior de Santafé de Bogotá, para que sean notificadas las partes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 36 del decreto 2591 de 1995.

Cópiese, notifíquese, cúmplase, publíquese e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional.

Presidente

ANTONIO BARRERA CARBONELL

Magistrado Ponente

EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

Magistrado

JOSÉ GREGORIO HERNÁNDEZ GALINDO

Magistrado

HERNANDO HERRERA VERGARA

Magistrado

ALEJANDRO MARTÍNEZ CABALLERO

Magistrado

FABIO MORÓN DÍAZ

Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA

Magistrado

JAIME VIDAL PERDOMO

Conjuez

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

Salvamento de voto a la Sentencia SU-039/97

SUSPENSION PROVISIONAL DE ACTO ADMINISTRATIVO-Improcedencia de tutela por ejercicio/PARTICIPACION ADMINISTRATIVA POR EXPLOTACION DE RECURSOS NATURALES-Comunidad U'wa (Salvamento de voto)

Debe buscarse la conciliación entre la necesidad de la explotación de los recursos naturales y el respeto de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. Esa difícil conciliación debe obtenerse por medio de la actuación gubernamental que debe propiciar la participación de los representantes de las respectivas comunidades en las decisiones al respecto. Debe regularse por la ley la materia. No está previsto por la ley que la consulta tenga valor vinculante para el gobierno, ni que se erija en un veto, sino que sea un instrumento que facilite la conciliación entre propósitos que la Constitución consideró que podían marchar en forma paralela. Nos parece que la redacción misma del parágrafo del artículo 330 de la Constitución, que contempla una intervención a favor de las comunidades indígenas en un procedimiento de explotación de recursos naturales de la nación, representa un ejemplo de participación administrativa. La acción de tutela es improcedente cuando simultáneamente se ha ejercido la acción Contencioso Administrativa con petición de suspensión provisional que persigue las mismas pretensiones y objetivos de la litis. No tuvo en cuenta la sentencia mencionada si existieron las reuniones previas para que se hiciera efectiva la consulta alegada, lo que impide la viabilidad del mecanismo transitorio y del perjuicio irremediable invocado. Esta distinción nos lleva a la conclusión de la competencia del Consejo de Estado en la materia, competencia que se está ejerciendo en este momento y que no debe ser afectada por las  muy bien intencionadas y valiosas finalidades de la acción de tutela, que puede traer en el caso más confusiones que beneficios para el sistema general de la justicia. Debe el gobierno considerar cuál puede ser el desenlace final del procedimiento administrativo de explotación de los recursos naturales, dado que la presencia de los perjuicios irreparable en valores culturales de las comunidades indígenas sobre los cuales se ha estado debatiendo como consecuencia de las consultas, tiene lugar más en la etapa procedimental de la explotación que en la primera de la exploración.

Referencia: Expediente T-84771

Peticionario:

Jaime Córdoba Triviño, Defensor del Pueblo, en representación de varias personas

integrantes del Grupo Etnico Indígena U'WA.

Magistrado Ponente:

Dr. ANTONIO BARRERA CARBONELL

Con el respeto que nos merece la decisión adoptada por la Corte, expresamos nuestro disentimiento del fallo anterior por las siguientes razones:

1. Tenemos claros los propósitos del constituyente de 1991 en cuanto al reconocimiento y protección de la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana (art. 7º).

Del mismo modo, lo dispuesto en el parágrafo del artículo 330 según el cual "la explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas".

Entendemos la particular responsabilidad que incumbe al gobierno al impulsar proyecto de explotación de los recursos naturales para que "en las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación, el gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades" (parágrafo del art. 330).

Consideramos que debe buscarse la conciliación entre la necesidad de la explotación de los recursos naturales y el respeto de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. Esa difícil conciliación debe obtenerse por medio de la actuación gubernamental que debe propiciar la participación de los representantes de las respectivas comunidades en las decisiones al respecto.

2. Con fundamento en estos presupuestos constitucionales debe regularse por la ley la materia, según los principios de la articulación de las normas de diferente nivel y el propio encabezamiento del artículo 330 de la Constitución Política. No está previsto por la ley que la consulta tenga valor vinculante para el gobierno, ni que se erija en un veto, sino que sea un instrumento que facilite la conciliación entre propósitos que la Constitución consideró que podían marchar en forma paralela.

3. Sobre este punto de la consulta ha existido mucha consideración por parte de las autoridades administrativas y judiciales que han intervenido. La Resolución del Ministerio del Medio Ambiente tiene valiosas consideraciones al respecto, lo mismo que ellas existen en la decisión de la Corte Suprema de Justicia y en el pronunciamiento del Consejo de Estado que no suspendió provisionalmente el acto administrativo que fue acusado ante el Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo.

4. Si bien la intervención de particulares en actuaciones administrativas puede ligarse, de manera general, al artículo 40 de la Constitución Política, pensamos que una reflexión más precisa hecha al amparo del artículo 2º de la misma permite distinguir entre esa participación política, que se desenvuelve con los mecanismos del artículo 103 de la Carta Política, y la participación en procedimientos administrativos ("facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida política, administrativa y cultural de la nación", dice el texto en la parte que interesa).

Nos parece que la redacción misma del parágrafo del artículo 330 de la Constitución, que contempla una intervención a favor de las comunidades indígenas en un procedimiento de explotación de recursos naturales de la nación, representa un ejemplo de participación administrativa, para diferenciarla de la puramente política.

La decisión de la cual nos apartamos no tuvo en cuenta la jurisprudencia de la Corporación consignada en reiteradas sentencias en virtud de las cuales se establece que la acción de tutela es improcedente cuando simultáneamente se ha ejercido la acción Contencioso Administrativa con petición de suspensión provisional que persigue las mismas pretensiones y objetivos de la litis, criterio que en nuestro concepto debió mantenerse en el presente asunto.

5. Tampoco tuvo en cuenta la sentencia mencionada conforme se establece claramente en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia y en la providencia del Consejo de Estado que negó la suspensión provisional de la Resolución acusada, si existieron las reuniones previas para que se hiciera efectiva la consulta alegada, lo que impide la viabilidad del mecanismo transitorio y del perjuicio irremediable invocado por los demandantes.

6. Esta distinción nos lleva a la conclusión de la competencia del Consejo de Estado en la materia, competencia que se está ejerciendo en este momento y que no debe ser afectada

por las  muy bien intencionadas y valiosas finalidades de la acción de tutela, que puede traer en el caso más confusiones que beneficios para el sistema general de la justicia.

7. No sobra observar que, conforme a los textos constitucionales invocados, debe el gobierno considerar cuál puede ser el desenlace final del procedimiento administrativo de explotación de los recursos naturales, dado que la presencia de los perjuicios irreparable en valores culturales de las comunidades indígenas sobre los cuales se ha estado debatiendo como consecuencia de las consultas, tiene lugar más en la etapa procedimental de la explotación que en la primera de la exploración.

Por las anteriores razones, nos permitimos, muy comedidamente, expresar nuestros salvamentos de voto.

HERNANDO HERRERA VERGARA
Magistrado

VLADIMIRO NARANJO MESA
Magistrado

FABIO MORON DIAZ
Magistrado

JAIME VIDAL PERDOMO
Conjuez

1 M.P. Antonio Barrera Carbonell.

2 M.P. Antonio Barrera Carbonell.

3 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

4 Sentencia T-443/92 M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

5 M.P. José Gregorio Hernández Galindo.

6 M.P. Fabio Morón Díaz

7 M.P. Carlos Gaviria Díaz

8 M.P. José Gregorio Hernández Galindo

9  M.P. Vladimiro Naranjo Mesa

10  M.P. Antonio Barrera Carbonell

11 Eduardo Cifuentes Muñoz.

12 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.