

Sentencia T-547/10

ACCION DE TUTELA CONTRA EL MINISTERIO DEL INTERIOR Y DE JUSTICIA-Caso en que se concedió licencia ambiental, sin que hubiera surtido proceso de consulta previa con comunidades indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta

DERECHO FUNDAMENTAL A LA CONSULTA PREVIA DE COMUNIDADES INDIGENAS Y TRIBALES-Licencia ambiental para la operación y construcción de puerto multipropósito De Brisa

CONSULTA PREVIA DE COMUNIDADES INDIGENAS-Ambito/CONSULTA PREVIA DE COMUNIDADES INDIGENAS-Requisitos jurisprudenciales para su realización

ACCION DE TUTELA CONTRA EL MINISTERIO DEL INTERIOR Y DE JUSTICIA-Orden de suspensión de obras que se adelantan con el fin de realizar proceso de consulta orientado a establecer los impactos que la ejecución del proyecto puede generar sobre comunidades indígenas

Pese a que la existencia del proyecto fue conocida por las comunidades indígenas desde antes de la expedición de la licencia ambiental y a que el proyecto, de manera formal, se presentó ante las autoridades tradicionales de dichas comunidades, no en un trámite de consulta, pero sí dentro de la concertación que se dispuso por el MAVD, éstas no sólo se rehusaron a participar, argumentando, finalmente, que existía ambigüedad en la convocatoria y que la misma no satisfacía los requerimientos de la consulta que creían debía llevarse a cabo, sino que no adelantaron ninguna acción jurídica orientada a hacer valer el derecho que ahora invocan, al punto que transcurrieron dos años desde la expedición de la licencia ambiental hasta la fecha en la que se interpuso la acción de tutela. No obstante lo anterior, como es posible que la ejecución del Proyecto de Puerto Multipropósito Brisa afecte a las comunidades indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta, es preciso llevar a cabo un proceso de consulta, no ya sobre la licencia ambiental, sino en relación con tales impactos y la manera de evitarlos o mitigarlos.

Referencia: expediente T-2128529

Accionante: Julio Alberto Torres Torres y otros

Demandado: Ministerio del Interior y de Justicia y otros

Magistrado Ponente:

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Bogotá, D.C., primero (1) de julio de dos mil diez (2010).

La Sala Cuarta de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los Magistrados Gabriel Eduardo Mendoza Martelo, Jorge Iván Palacio Palacio y Nilson Pinilla Pinilla, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, en especial las que le confiere el Decreto 2591 de 1991, ha proferido la siguiente,

## SENTENCIA

Dentro del proceso de tutela identificado con el número de radicación T-2128529 instaurado por Julio Alberto Torres Torres y otros, contra el Ministerio del Interior y de Justicia y otros.

### I. ANTECEDENTES

#### 1. La solicitud

Julio Alberto Torres Torres, Cabildo Gobernador Pueblo Arhuaco, Confederación Indígena Tayrona; Jaime Enrique Arias Arias, Cabildo Gobernador Resguardo Kankuamo, Organización Indígena Kankuama; Julio Alberto Torres Torres, Cabildo Gobernador Pueblo Arhuaco, Confederación Indígena Tayrona; Otoniel Chimusquero, Cabildo Gobernador Wiwa, Organización Wiwa Yugumaiun Bunkwanarrua Tayrona y Juan Mamatacán Moscote, Cabildo Gobernador Resguardo Kogui - Malayo - Arhuaco, Organización Gonawindua Tayrona, en calidad de autoridades tradicionales e integrantes del Consejo Territorial de Cabildos Indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta, presentaron, a través de apoderado judicial, el 2 de julio de 2008, acción de tutela en contra del Ministerio del Interior y de Justicia, del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial y de la Empresa Puerto Brisa S.A., solicitando la protección de los derechos fundamentales de los pueblos Kogi, Arhuaco, Kankuamo y Wiwa de la Sierra Nevada de Santa Marta a la consulta previa, como manifestación del derecho a la participación en las decisiones que los afectan; a la diversidad étnica, social, cultural y religiosa; a la autonomía y al debido proceso, que consideran vulnerados con el trámite y la expedición de la Resolución 1298 de 30 de junio de 2006, mediante la cual el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial otorgó licencia

ambiental a la empresa Brisa S.A. para el proyecto denominado “Construcción y Operación de la Fase 1 del ‘Puerto Multipropósito de Brisa’, localizado en jurisdicción del Municipio de Dibulla, Corregimiento de Mingueo, Departamento de la Guajira”, en área que, afirman, forma parte del territorio ancestral de las comunidades indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta.

## 2. Competencia

Mediante Auto de agosto 20 de 2008, la Sala Segunda de Decisión de Tutelas de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia resolvió la colisión negativa de competencias suscitada entre la Sala Penal del Tribunal Superior de Riohacha y la Sala Penal del Tribunal Superior de Bogotá, asignado el conocimiento de la presente acción de tutela a la última de las corporaciones nombradas.

## 3. Información a los demandados y a terceros eventualmente afectados

Mediante auto de 29 de agosto de 2008, el magistrado sustanciador de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá decidió asumir el conocimiento de la acción de tutela de la referencia y ponerla en conocimiento de las entidades accionadas.

## 4. Contestación a la demanda

4.1. Mediante oficio suscrito por el Jefe de la Oficina Asesora Jurídica, el Ministerio del Interior y de Justicia intervino para oponerse a la solicitud de amparo.

4.2. Obrando mediante apoderado judicial, la Jefe de la Oficina Jurídica Asesora del Ministerio del Ambiente Vivienda y Desarrollo Territorial solicitó que se desestimen las pretensiones de los accionantes.

4.3. La empresa Brisa S.A., a través de su representante legal, en escrito de 5 de septiembre de 2008, solicitó que se desestime la tutela invocada, por improcedente y por carecer de derecho quienes la promovieron.

## 1. Los hechos

5.1. En noviembre de 2001, la empresa Brisa S.A. solicitó ante el Ministerio del Medio Ambiente el otorgamiento de una licencia ambiental para la construcción y operación de un puerto multipropósito en el municipio de Dibulla, Departamento de la Guajira.

5.2. Las autoridades indígenas accionantes expresan que el área en donde se desarrollaría el proyecto forma parte del territorio ancestral de los cuatro pueblos indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta y que allí se encuentra el cerro sagrado Jukulwa que se utiliza para ceremonias de pagamento.

5.3. La solicitud presentada por Brisa S.A. se acompañó de oficios expedidos por el Ministerio del Interior, en los cuales se certifica que en el área del proyecto no existe presencia de comunidades indígenas y que la misma no se superpone con lugares sagrados o de pagamento. En uno de ellos, identificado con el número 3435 de octubre de 2001, se señala que "... de acuerdo con las coordenadas del proyecto, concluimos que en el área no existe presencia permanente y regular de comunidades indígenas. Sin embargo, si al realizar el respectivo estudio de impacto ambiental, se encuentra dentro del área del proyecto algún punto de pagamento, se deberá permitir a los Mamos y a los indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta, el acceso a estos lugares para cumplir sus prácticas mágico-religiosas y, en caso de verse afectado dicho punto, deberá procederse a realizar la consulta previa...". En otro oficio se certifica que "... en el área de interés del proyecto no existe presencia de comunidades indígenas y que no se superpone con los lugares sagrados o de 'Pagamento' que se establecen en las resoluciones Nos. 0002 del 4 de enero de 1973 y 837 del 28 de agosto de 1995".

5.4. El anterior concepto fue ratificado por la Dirección de Etnias del Ministerio del Interior y de Justicia en oficio dirigido al Grupo Técnico de Licencias Ambientales y Trámites del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, MAVDT, radicado el 31 de agosto de 2004.

5.5. En oficio de 25 de septiembre de 2005, la Directora de Licencias, Permisos y Trámites Ambientales del Ministerio de Ambiente del MAVDT puso en conocimiento de la Dirección de Etnias del Ministerio del Interior y de Justicia la existencia de dos actos administrativos anteriores, mediante los cuales se había negado la licencia ambiental para dos proyectos que pretendían desarrollarse en la zona prevista para el puerto de Brisa S.A.1

5.6. El 30 de noviembre de 2005, en oficio dirigido al MAVDT la Dirección de Etnias del Ministerio del Interior y de Justicia reiteró su concepto conforme al cual no había presencia de comunidades indígenas en el área del proyecto y que la misma no se superponía con lugares sagrados o de pagamento establecidos en las Resoluciones 002 de 1973 y 837 de 1995.

5.7. Teniendo en cuenta las anteriores certificaciones, el MAVDT, mediante Auto No. 80 de 20 enero de 2006, dispuso que la empresa Brisa S.A. debía adelantar un proceso de consulta previa para la construcción del proyecto. Para fundamentar esa decisión el Ministerio argumentó que, pese a la certificación del Ministerio del Interior conforme a la cual, dentro del área del proyecto, no hay presencia de comunidades indígenas, ni sitios de pagamento reconocidos en las Resoluciones de Línea Negra, es preciso tener en cuenta que en la misma certificación se señaló que si se llegase a establecer una posible afectación de las comunidades indígenas asentadas en la zona, sería preciso adelantar ese proceso previo de consulta. El Ministerio tuvo en cuenta información disponible, conforme a la cual el proyecto afecta un sitio de pagamento, para lo cual, entre otras consideraciones, se remitió a la circunstancia de que el Ministerio del Interior había ordenado consulta previa con las comunidades indígenas "(...) a propósito de proyectos a desarrollarse en el mismo sitio en que se pretende desarrollar el proyecto objeto del presente acto administrativo (...)".

5.8. La anterior decisión fue recurrida por Brisa S.A. y, como consecuencia de ello, modificada por el Ministerio, para disponer que en lugar de la consulta previa, y teniendo en cuenta que, de acuerdo con una visita conjunta realizada por el MAVDT y la Dirección de Etnias del Ministerio del Interior y de Justicia, si bien, en el área del proyecto no se encontraban lugares de pagamento de los identificados en la Resolución 837 de 1995, si se realizaban en la zona ceremonias de carácter cultural, debía adelantarse un proceso de concertación con las comunidades en orden a permitir la continuidad de tales prácticas.

5.9. El MAVDT mediante Resolución 1298 de junio 30 de 2006 resolvió otorgar a la empresa BRISA S.A. Licencia Ambiental para el proyecto denominado "Construcción y Operación de la Fase 1 del "Puerto Multipropósito de Brisa", localizado en jurisdicción del Municipio de Dibulla, corregimiento de Mingueo, Departamento de la Guajira. Se dispuso en esa resolución que previamente al inicio de la construcción del proyecto, la empresa Brisa S.A., debería adelantar un proceso de concertación con las comunidades indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta, de acuerdo con los criterios y mecanismos que dichas

comunidades tienen definidos como legítimos para estos efectos, con el propósito de acordar los mecanismos que garanticen que dichas comunidades puedan continuar con las prácticas culturales que realizan tradicionalmente en el sitio donde se va a construir el proyecto. Se determinó, así mismo, que la empresa debería coordinar con la Dirección de Etnias del Ministerio del Interior y de Justicia, lo concerniente a la identificación de los interlocutores legítimos de las comunidades indígenas, el procedimiento a seguir y los criterios de legitimación de dicho proceso, y que la concertación que realicen las comunidades con la empresa, debería estar avalada por el Ministerio del Interior y de Justicia como garante del proceso.

5.11. Mediante Resolución 1969 de octubre 4 de 2006 se dispuso, con base en los anteriores hechos, ordenar a la empresa BRISA S.A., la suspensión inmediata de las actividades relacionadas con la construcción del Puerto Multipropósito Brisa, suspensión que se mantendría hasta tanto se diera cumplimiento a las condiciones fijadas en la Resolución 1298 de junio 30 de 2006, entre ellas, la de realizar el proceso de previa concertación con las comunidades indígenas. Por esos hechos, mediante Resolución 1975 de octubre de 2006, se abrió una investigación administrativa.

5.12. El Ministro de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, consultó a la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado acerca de las decisiones que el Gobierno Nacional debe adoptar en relación con el proyecto “Construcción y Operación de la Fase 1 del Puerto Multipropósito de Brisa”. Para ese efecto, en el respectivo memorial se puso de presente que las actividades relacionadas con la construcción del Puerto Multipropósito Brisa habían sido suspendidas, hasta tanto se surtiese por parte de la empresa BRISA S.A., el proceso de concertación con las comunidades indígenas ordenado por ese Ministerio, mediante Resolución No. 1298 de 2006, y se solicita el concepto de la Sala en relación con dicho proceso, así:

“1. ¿Cuál debe entenderse como el término razonable para adelantar el proceso de concertación y cuáles son los requisitos para que el mismo pueda declararse culminado por parte del Gobierno Nacional?

2. ¿En el evento en que el proceso de concertación se prolongue por encima del término razonable y las partes involucradas no logren llegar a un acuerdo, debe el Gobierno Nacional decidir unilateralmente sobre la culminación del mismo y bajo qué presupuestos?

3. ¿Qué efecto produce la decisión de dar por terminado el proceso de concertación respecto de la licencia ambiental y desarrollo del proyecto?”

5.13. En su respuesta, de 17 de mayo de 2007, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado expresó, en relación con la primera pregunta, que “El término razonable para adelantar el proceso de concertación es el que corresponda al procedimiento que de acuerdo con lo estipulado por el decreto 1320 de 1998 adelante el Ministerio del Interior y de Justicia a través de la Dirección de Etnias, de manera que puede declararse culminado cuando se cumplan las etapas de concertación o consulta allí señaladas”, y en relación con las preguntas 2 y 3, que “La concertación o consulta previa no sule la competencia de las autoridades para determinar los límites de los procedimientos y adoptar las decisiones que sean razonables para el caso, teniendo en cuenta la defensa del derecho fundamental de las comunidades indígenas a su integridad vital, socio cultural y religiosa, sin que sea necesario un acuerdo pleno de carácter positivo con ellas; siempre que previamente se agote el procedimiento de consulta en los términos de la Constitución Política, de la ley 21 de 1.991 por medio de la cual se aprobó el Convenio número 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, adoptado por la 76ª reunión de la Conferencia General de la OIT y del Decreto Número 1320 de 1.998 por el cual el Gobierno Nacional reglamentó el procedimiento de la consulta previa con las comunidades indígenas y negras para la explotación de recursos naturales dentro de su territorio.”

Entre sus consideraciones señaló que:

“(…)

En síntesis de las disposiciones normativas y las piezas jurisprudenciales reseñadas, la Sala concluye, el procedimiento de concertación a que se hace referencia en la resolución que

concede la licencia ambiental, corresponde al de la Consulta Previa consagrado por las normas internacionales e internas vigentes en materia de defensa de la integridad territorial, cultural y religiosa de los pueblos indígenas.

La Directora de Licencias, Permisos y Trámites Ambientales del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial mediante oficio 2400-E2-88804 del 27 de septiembre de 2005 dirigido a la Dirección de Etnias del Ministerio del Interior y de Justicia, al poner en conocimiento de esa dependencia algunos antecedentes relacionados con el proyecto Puerto Multipropósito Brisa, precisó:

a) Que en “desarrollo del proceso de evaluación solicitada por PRODECO S.A. para la construcción de Puerto Carbonífero en el área del río Cañas, Expediente MA3-1-256, mediante oficio de 20 de diciembre de 1995, la Dirección General de Asuntos Indígenas del Ministerio del Interior certificó que el área del proyecto es territorio indígena y por lo tanto se hacía necesario realizar un proceso de consulta previa”. Y más adelante agrega que “Durante los días 19 y 20 de julio de 1996 se realizó en el sector de Bonga, corregimiento de Mingueo, una reunión dentro del proceso de consulta con las comunidades indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta, con presencia de representantes del Ministerio del Medio Ambiente, del Ministerio del Interior, de la Sociedad Puerto Cerrejón S.A. y de Corpoguajira, entre otros. En la citada reunión, las comunidades indígenas asentadas en la Sierra Nevada de Santa Marta, manifestaron no estar de acuerdo con la realización del proyecto de construcción y operación de un puerto carbonífero, por cuanto el sitio escogido para tal fin era considerado por ellos como un sitio sagrado, como una zona de pagamento, el cual hace parte de su territorio ancestral, motivo por el cual no estaba sujeto de intervención alguna”. Acogiendo entre otras razones las expuestas anteriormente, el Ministerio del Medio Ambiente expidió la Resolución No. 0621 de 9 de julio de 1998, cuya copia se anexa, negando la licencia ambiental solicitada para el proyecto”. Asimismo expresa que “ Ante solicitud de licencia ambiental presentada por las sociedades Puerto Cerrejón S.A. y Carbones del Cerrejón S.A., para la Construcción de una Unidad de Abastecimiento Flotante del Puerto Carbonífero del Río Cañas, ubicado en el corregimiento de Mingueo, municipio de Dibulla, este Ministerio expidió la Resolución 0201 de 18 de marzo de 1999 del MMA, cuya copia se anexa, negando dicha solicitud, entre otras razones porque las comunidades indígenas,

durante el proceso de consulta previa que se adelantó, concluyeron que todas las autoridades indígenas (Mamos) de los pueblos indígenas de la Sierra se oponen a la construcción del proyecto y la infraestructura asociada y solicitan respetar las áreas de pagamento y en especial la colina lugar de emplazamiento de los tanques de almacenamiento”. Y agrega “Cabe anotar que la colina a que se refieren las comunidades en el caso de la Unidad de Abastecimiento Flotante del Puerto Carbonífero del Río Cañas, es la misma que tiene contemplado intervenir el proyecto Puerto Multipropósito Brisa, para la construcción de la infraestructura asociada al puerto. Como se deduce de los antecedentes anteriormente expuestos, es claro que el proyecto va a afectar un lugar de pagamento que estaba identificado desde 1995, que hizo necesario adelantar consulta previa como parte del proceso de evaluación de diferentes proyectos localizados en la misma área del Puerto Multipropósito Brisa. (Negrillas de la Sala).”

5.14. Mediante oficio 6621 de 7 de marzo de 2007, dirigido al Ministro de Medio Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, la Dirección de Etnias del Ministerio del Interior y de Justicia informó que ante la negativa de las comunidades indígenas a aceptar las jornadas promovidas y realizadas como parte del proceso de concertación dispuesto en la Resolución 1298 de 2006 y dado que ello no ha impedido que dichas comunidades conozcan el proceso y puedan proponer fórmulas que les permitan realizar sus actividades culturales, se da por terminado el mencionado proceso de concertación.

Se informa, además, que se considera adecuada la propuesta realizada por la empresa para garantizar el libre acceso de los miembros de los cuatro pueblos indígenas que habitan la Sierra Nevada de Santa Marta a sus lugares de prácticas culturales en zonas aledañas al lugar donde se pretende realizar el proyecto “Puerto Multipropósito Brisa”, con la recomendación de que el sendero de acceso propuesto “... quede al amparo de una servidumbre que sería otorgada al Municipio de Dibulla ...”.

5.15. Una vez efectuada la revisión documental, y previa visita técnica, el 12 de febrero de 2008, la Dirección de Licencias, Permisos y Trámites Ambientales del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, emitió el Concepto Técnico No. 662, del 22 de abril de 2008, en el que analizó el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la medida

preventiva. En relación específicamente con el proceso de concertación puntualizó:

“De conformidad con lo establecido en el artículo 2 de la resolución No. 1298 de 30 de junio de 2006, y de acuerdo con el Auto No. 983 de 22 de mayo de 2006, la Dirección de Etnias del Ministerio del Interior y de Justicia asumió la tarea de coordinar el proceso de concertación entre la empresa BRISA S. A., y las comunidades indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta, con el propósito de ‘acordar los mecanismos que garanticen a dichas comunidades, que puedan continuar con las prácticas culturales que realizan tradicionalmente en el sitio donde se va a construir el proyecto’.

A partir de octubre de 2006, la Dirección de Etnias del Ministerio del interior, inició el proceso de concertación, de acuerdo con sus atribuciones legales, de la siguiente manera:

- Convocatoria a reunión de concertación a efectuarse el día 13 de octubre de 2006, en el Centro Maziruma, localizado en el Municipio de Dibulla, Departamento de la Guajira.
- Convocatoria a reunión de concertación a efectuarse el día 10 de noviembre de 2006, en el Centro Maziruma, localizado en el Municipio de Dibulla, Departamento de la Guajira.

En relación con la consulta elevada ante la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, por el Señor Ministro de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, acerca del término razonable para adelantar el proceso de concertación y los requisitos para que el mismo pueda declararse culminado por parte del Gobierno Nacional, mediante concepto de 17 de mayo de 2007, se concluyó: ‘El término razonable para adelantar el proceso de concertación es el que corresponda al procedimiento que de acuerdo con lo estipulado por el Decreto 1320 de 1998 adelante el Ministerio del Interior y de Justicia a través de la Dirección de Etnias, de manera que puede declararse culminado cuando se cumplan las etapas de concertación o consulta allí señaladas’.

Posteriormente, el CTC2 y el señor Ministro de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, en reuniones realizadas durante los meses de agosto y septiembre de 2007, acordaron llevar a cabo el 20 de septiembre del año en curso, una reunión en la ciudad de Valledupar con el fin de construir el procedimiento para adelantar el proceso de concertación, reunión suspendida un día antes por parte del CTC.

Siguiendo el procedimiento establecido en el concepto emitido por el Consejo de Estado, el 2 de octubre de 2007, la Dirección de Etnias envió al CTC el documento 'PROCEDIMIENTO PARA LA CONTINUACIÓN DEL PROCESO DE CONCERTACIÓN PARA ACORDAR LOS MECANISMOS QUE GARANTICEN A LAS AUTORIDADES TRADICIONALES DE LAS COMUNIDADES INDÍGENAS DE LA SIERRA NEVADA DE SANTA MARTA PODER ADELANTAR SUS PRÁCTICAS CULTURALES EN EL SITIO DEL PROYECTO MULTIPROPÓSITO BRISA', solicitándoles que a más tardar el día 15 de octubre remitan los comentarios respectivos, y convocándolos a reunión en el municipio de Dibulla para el 25 de octubre de 2007, invitación que fue reiterada mediante oficio de 16 de octubre.

La Dirección de Etnias convocó al CTC a una nueva reunión para el 10 de diciembre de 2007, en la sede de la Fundación PROSIERRA, en la ciudad de Santa Marta, a la cual respondieron con un oficio de 5 de diciembre del mismo año, manifestando su imposibilidad de asistir, en razón a que la invitación sólo llegó el 2 de diciembre y para entonces ya estaba planeada internamente una agenda de trabajo y compromisos imposibles de suspender.

Finalmente, la Dirección de Etnias convocó a una última reunión de concertación para el día 16 de enero de 2008, en el Centro Maziruma, Municipio de Dibulla, a la cual no asistieron los representantes del CTC, quienes enviaron comunicación con su posición frente al proceso de concertación.

Con base en el procedimiento arriba descrito, y siguiendo las recomendaciones para el proceso establecido en la licencia ambiental con el fin de concertar con las autoridades indígenas, la Dirección de Etnias mediante Oficio OFI08-6621-DET- 1000 del 7 de marzo de 2008, el cual reposa dentro del Expediente No. 2619 en nomenclatura del MAVDT, en relación con el proceso de concertación, manifiesta:

'... los representantes de las comunidades indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta obviaron, el deber que les asistía de participar, en las oportunidades que han sido convocados, para garantizar ese derecho y la posibilidad de dar a conocer sus apreciaciones y pretensiones, las cuales deben influenciar las decisiones estatales que pudieran afectarlos directamente.

En efecto, la documentación existente habla de una serie de intentos infructuosos realizados por el Ministerio del Interior y de Justicia, a través de esta Dirección, de buena fe y acatando

no sólo la Constitución política, las demás normas, la jurisprudencia de la Corte Constitucional y el concepto del Consejo de Estado. También convocó en varias oportunidades espaciadas durante todo el tiempo a las autoridades indígenas de los pueblos de la Sierra Nevada de Santa Marta para garantizar un espacio en el cual, entre la empresa y el Consejo Territorial de Cabildos, acordarán (sic) el procedimiento para que continúen accediendo para efectuar sus actividades culturales, bajo la armonización del pluralismo jurídico, que determina derechos y deberes, concluyéndose que los tiempos y oportunidades de este proceso se encuentran suficientemente agotados, configurándose una situación límite que hace inevitable tomar decisiones ejecutivas en el sentido que establece la Corte Constitucional, es decir, comprometidas con el respeto a la integridad de las comunidades indígenas’.

## 2. En relación con el objeto de la concertación

Al respecto, la Dirección de Etnias señala que, ‘...resta definir los mecanismos para garantizar el libre acceso, de los miembros de los cuatro pueblos indígenas que habitan la Sierra Nevada de Santa Marta, a sus lugares de prácticas culturales en zonas aledañas al lugar donde se pretende realizar el proyecto ‘Puerto Multipropósito BRISA’.’

En razón a que el proceso de concertación no pudo llevarse a cabo y por lo tanto no fue posible presentar a las comunidades indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta para su consideración, la propuesta elaborada por la empresa Brisa S.A, ésta la entregó a la Dirección de Etnias para su evaluación, copia de la cual se anexa al presente concepto.

La Dirección de Etnias decidió hacer una verificación in situ de dicha propuesta, con el objeto de ‘...evaluar su conveniencia y acople a las necesidades y prácticas culturales de los pueblos indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta, ... por parte de uno de los antropólogos de esta Dirección, con el acompañamiento del Procurador Regional de la Guajira ...’.

Para la valoración antropológica de la propuesta, la Dirección de Etnias estableció unos parámetros de observación e indagación y, con el aval del Procurador Regional, definió como metodología, el siguiente procedimiento:

‘1. Evaluar la funcionalidad y facilidad de acceso a partir de una entrevista al administrador

de la granja agrícola 'SANTA ELENA' (Lugar donde se pretende desarrollar el proyecto 'Puerto Multipropósito Brisa') y coordinador administrativo residente del proyecto, a fin de precisar las características físicas del sendero, tales como materiales a emplear, distancias, topografía, horarios, otros controles, etc. De igual forma, bajo la orientación del administrador de la granja agrícola 'SANTA ELENA' (Lugar donde se pretende desarrollar el proyecto 'Puerto Multipropósito Brisa') y coordinador administrativo residente del proyecto, efectuar un recorrido del área transitable sobre la cual se pretende construir el sendero valiéndose para ello de la cartografía existente.

2. Evaluar la seguridad frente a la actividad portuaria, mediante entrevistas que identifiquen las características de ésta que puedan representar algún riesgo, y con base en la cartografía existente identificar la probable exposición que el sendero pueda implicar, tomando como 'exposición' la proximidad física a dichos riesgos.

3. Evaluar la congruencia con las rutas y ritmos acostumbrados de los indígenas, efectuando entrevistas a personas de la región que puedan dar fe de tales rutas (si existiesen), usando para ello la cartografía disponible.

4. Evaluar la armonización con el medio ambiente, a través de entrevistas al administrador de la granja agrícola 'SANTA ELENA' (Lugar donde se pretende desarrollar el proyecto 'Puerto Multipropósito Brisa') y coordinador administrativo residente del proyecto, y a personas de la región para conocer las características de los materiales, de los árboles con los que se haría la reforestación, de los ciclos naturales que puedan afectar el acceso, etc.'

La Dirección de Etnias señala que:

"Después de acopiar toda la información documental, testimonial y de campo, con el constante acompañamiento del Procurador Regional, durante la jornada de trabajo, se concluyó que los conceptos y el diseño de la propuesta de acceso presentada por la empresa Puerto Brisa S.A., resultan adecuados por las siguientes razones:

1. El trazado, los materiales, el tipo de cercado, la topografía a emplearse según lo enunciado por el administrador de la granja agrícola 'SANTA ELENA' (Lugar donde se pretende desarrollar el proyecto 'Puerto Multipropósito Brisa') y coordinador administrativo residente del proyecto, al igual que las condiciones jurídicas de propiedad sobre el suelo, no

representaría ninguna dificultad previsible para el tránsito y acceso a los lugares de prácticas culturales de los indígenas.

2. Se garantiza el acceso permanente al sitio de prácticas culturales, durante todos los días del año a cualquier hora.

3. El sitio específico para la realización de las prácticas culturales cuenta con un área suficiente (2.144 m<sup>2</sup>), en donde se construirán dos (2) edificaciones con las características culturales propias de las comunidades indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta, y su ubicación no representarían (sic) ningún riesgo derivado de la actividad portuaria, puesto que estaría distanciado unos 1.500 metros del proyecto.

4. Del lugar en donde se realizarían las prácticas culturales, se puede acceder libremente a la playa, para efectuar la actividad de recolección de conchas marinas.

5. La ubicación física del sendero y las cercas a emplearse no representarían un riesgo previsible para las personas que transiten el sendero, ni implicarían una exposición a los eventuales riesgos propios de la actividad portuaria, como los que, por ejemplo, pueda representar el tránsito de camiones, la acumulación de material granulado en altas proporciones, etc.

6. La coincidencia del sendero propuesto con las rutas y caminos acostumbrados no se ha podido establecer con claridad, básicamente porque según los testimonios recogidos de habitantes del sector la existencia de tales rutas y caminos no son un hecho social y culturalmente notorio. De hecho, personas que llevan más de 15 años en la zona afirman no haber visto transitar a indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta por el trazado del sendero propuesto. No obstante, su presencia ha sido reconocida en áreas aledañas utilizando caminos que no se ven afectados por el proyecto de la empresa, precisamente por estar fuera de su perímetro.

Además se recomienda que el sendero de acceso propuesto quede al amparo de una servidumbre de paso que sería otorgada al Municipio de Dibulla, y su mantenimiento regular estaría a cargo del mencionado municipio, las comunidades indígenas, e invariablemente por la empresa 'Puerto Brisa S. A.', para también de esta forma garantizar físicamente el acceso al sitio de prácticas culturales."

5.16. En Resolución 697 de 30 de abril de 2008 el MAVDT dispuso levantar la medida preventiva impuesta a la Empresa Brisa S. A., mediante Resolución No. 1969 del 4 de octubre de 2006.

Para fundamentar la anterior decisión el Ministerio expresó que:

“Consideraciones sobre el proceso de concertación

Este Ministerio acoge el Concepto No. 1817 del 23 de mayo de 2007, proferido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, el cual señaló: “La concertación o consulta previa no supe la competencia de las autoridades para determinar los límites de los procedimientos y adoptar las decisiones que sean razonables para el caso, teniendo en cuenta la defensa del derecho fundamental de las comunidades indígenas a su integridad vital, socio cultural y religiosa (...)”.

De acuerdo con lo manifestado por la Dirección de Etnias del Ministerio del Interior y de Justicia en su concepto al respecto, se adelantaron todas las acciones tendientes a llevar a cabo el proceso de concertación dispuesto en la resolución No. 1298 de 2006, tendiente a “acordar los mecanismos que garanticen a dichas comunidades, que puedan continuar con las prácticas culturales que realizan tradicionalmente en el sitio donde se va a construir el proyecto”, se ofrecieron todos los espacios necesarios y se crearon los escenarios apropiados para su realización.

Y en consecuencia, se surtió el proceso de concertación, como lo establece la Dirección de Etnias en las conclusiones del documento remitido a este Ministerio, al que se ha hecho referencia: “Para este Ministerio la negativa de los indígenas a aceptar las jornadas promovidas y realizadas como parte del proceso de concertación no ha impedido que lo conozcan y puedan proponer fórmulas que les permitan continuar realizando sus actividades culturales, no obstante el tiempo transcurrido, los espacios abiertos y los mecanismos propuestos e implementados para la interlocución, puede interpretarse como una renuencia a participar en el mismo.”

Por lo anterior, y con fundamento en lo actuado y las sentencias antes citadas, se da por agotado el proceso de concertación señalado en la resolución No. 1298 del 30 de junio de 2006, “Por la cual se otorga una licencia ambiental y se toman otras determinaciones” del

Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, y se da traslado de todo lo actuado y señalado a la Dirección de Licencias, Permisos y Trámites Ambientales, para lo de su competencia, de conformidad con la normatividad y jurisprudencia existente sobre el caso". (Resaltado en el Original)

En consecuencia, este Ministerio acoge el concepto de la Dirección de Etnias del Ministerio del Interior y de Justicia, en el sentido de considerar agotado el proceso de concertación.

Consideraciones sobre la propuesta presentada por la empresa

Sin perjuicio de lo anterior, este Ministerio considera que la propuesta presentada por la empresa Brisa S. A, debe evaluarse a la luz de lo ordenado en el Artículo Segundo de la Resolución No. 1298 de 2006, que a la letra dice: 'ARTÍCULO SEGUNDO.- Previo al inicio de Construcción del proyecto autorizado en el artículo anterior, la empresa BRISA S.A., debe adelantar un proceso de concertación con las comunidades indígenas de Sierra Nevada de Santa Marta, de acuerdo con los criterios y mecanismos que dichas comunidades tienen definidos como legítimos para estos efectos, con el propósito de acordar los mecanismos que garanticen a dichas comunidades, que puedan continuar con las prácticas culturales que realizan tradicionalmente en el sitio donde se va a construir el proyecto'.

Esta obligación tiene como base la existencia de un sitio de interés cultural para las comunidades indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta, localizado en el área del proyecto, el cual fue objeto de verificación por parte de la Dirección de Etnias del Ministerio del Interior y de Justicia, cuyo concepto al respecto fue el siguiente: (expediente 2619, folios 897-899) 'en el área de interés del proyecto no existe presencia de comunidades indígenas y ésta no se superpone con los lugares sagrados o de 'pagamento' que se establecen en las resoluciones Nos, 0002 del 4 de enero de 1973 y 873 del 28 de agosto de 1995, ... sin embargo, teniendo en cuenta lo expuesto por las partes interesadas, en la zona donde se va a realizar el proyecto se adelantan ceremonias de carácter cultural, por lo que se propone establecer de manera concertada entre la empresa y las comunidades un mecanismo mediante el cual las autoridades indígenas podrían continuar accediendo a este sitio para adelantar dichas prácticas, de manera que se garantice la integridad cultural de los pueblos indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta'.

Finaliza el concepto afirmando:

‘Adicionalmente, teniendo en cuenta lo expresado por los acompañantes a la visita de campo y por recomendación de los técnicos que asistieron a la misma, y considerando que en el área del proyecto se adelantan ceremonias de carácter cultural, se propone establecer de manera concertada entre la empresa y las comunidades un mecanismo mediante el cual las autoridades indígenas puedan continuar visitando este lugar para adelantar dichas prácticas.’

Por otro lado, el ‘Concepto de verificación del sitio de pagamento Jukulwa, en el área del proyecto Construcción y operación del Puerto Multipropósito Brisa, Corregimiento de Mingueo, Municipio de Dibulla, Departamento de la Guajira’, obrante dentro del Expediente No. 2619, folios 900-95, señaló: ‘Según el documento SENUNULANG-UMUNUKUNU, sitios sagrados de los pueblos indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta, este sitio de pagamento sagrado JUKULWA, aparece situado entre el Río Lagarto y el Arroyo Pantano, sitio de localización del proyecto’.<sup>3</sup>

La Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado concluye en su concepto al respecto que: ‘De conformidad con lo expuesto, observa la Sala que aunque aparentemente existe controversia sobre la naturaleza del área donde se proyecta construir el Puerto Multipropósito de Brisa, la documentación allegada al expediente y los antecedentes relacionados por el propio Ministerio de Ambiente, Vivienda y desarrollo Territorial permiten concluir que efectivamente allí existen sitios sagrados o zonas de pagamento, que hacen parte del territorio ancestral de las comunidades indígenas de la zona...’.

En razón a lo antes expuesto, es absolutamente claro que la obligación contenida en el artículo segundo de la citada resolución se refiere al sitio del proyecto, localizado entre el arroyo Lagarto y el arroyo Pantano, en donde las comunidades indígenas adelantan tradicionalmente prácticas culturales, según lo certificado por el Ministerio del Interior. La propuesta de la empresa ubica el sitio para prácticas culturales a 1.500 metros de allí, lo cual, a todas luces, no cumple con lo establecido en el Artículo en mención, por lo cual este Ministerio no la considera satisfactoria.

Además de lo anterior, se observa que el trazado del sendero de acceso propuesto por la empresa, interviene zonas de exclusión, señaladas de manera taxativa en la licencia ambiental (Artículo Cuarto de la Resolución 1298 de 2006).

En suma, si bien el Ministerio del Interior certificó que se agotó la etapa de concertación, corresponde a este Ministerio asegurar el cumplimiento de la licencia ambiental, en especial el contenido del Artículo Segundo de la citada licencia, por lo que se exigirá a la empresa Brisa S. A., la presentación de una propuesta alternativa que garantice a las comunidades indígenas que pueden continuar con las prácticas culturales que realizan tradicionalmente en el sitio donde se va a construir el proyecto, que incorpore además, criterios de funcionalidad, seguridad, no interferencia con las actividades portuarias, respeto de las condiciones ambientales y culturales de la zona, especialmente en lo relacionado con las zonas de exclusión y armonización cultural.

Se concluye que, una vez analizado el expediente No. 2619, y con fundamento en los informes presentados por la empresa, la Empresa BRISA S. A., ha dado cumplimiento a los condicionamientos establecidos por este Ministerio en la Resolución No. 1969 del 4 de octubre de 2006, para el levantamiento de la medida preventiva.

El Concepto Técnico describe que la Empresa BRISA S. A., ha cesado las conductas que provocaban afectación de los recursos naturales con los cuales interactúa su actividad, razón por la cual han desaparecido los hechos o circunstancias que en cualquier forma atentaban contra el orden público, en forma directa o como resultado del abuso en el ejercicio del correspondiente derecho o libertad y que requerían el mantenimiento de la medida preventiva impuesta.

De conformidad con lo anterior, se levantará la medida preventiva y se impondrán obligaciones dirigidas a garantizar el cumplimiento de la licencia ambiental otorgada para el desarrollo del proyecto.”

En relación con los apartes transcritos de la Resolución 697 de 2008, esta Corte destaca que, adicionalmente, el Ministerio dispuso que la Empresa BRISA S. A., debería garantizar que las comunidades de la Sierra Nevada de Santa Marta pudiesen continuar con las prácticas culturales que realizan tradicionalmente en el sitio donde se va a construir el proyecto, por lo cual tendría que presentar una propuesta alternativa, de conformidad con la obligación establecida en el Artículo Segundo de la Resolución 1298 de 2006, y teniendo en cuenta criterios de respeto de las condiciones ambientales de la zona, especialmente en lo relacionado con las zonas de exclusión y armonización cultural, tendientes a garantizar.

Dicha propuesta debía ser presentada al Ministerio para su evaluación y aprobación, en un término no mayor a quince días hábiles.

## 1. Fundamento de la acción

Para los accionantes el proyecto de construcción y operación de un puerto multipropósito en el Municipio de Dibulla vulnera sus derechos a la integridad social, cultural y económica (Arts. 2, 7 y 55T C.P.); a la autonomía (Arts. 2, 7 y 55T C.P.); a la consulta previa, como manifestación concreta del derecho de participación de los pueblos indígenas en las decisiones que los afectan (Arts. 2, 40 55T, 93, 94 y 330 C.P.); y al debido proceso (Art. 29 C.P.).

6.1. Los accionantes parten de una consideración central, conforme a la cual, (1) el Proyecto se realiza en una zona que es considerada como territorio ancestral por las comunidades indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta y en la que se encuentra un sitio de pagamento, razón por la cual, (2) se imponía consultar con dichas comunidades el impacto del proyecto, y, (3) dicha consulta debía ser previa a la expedición de la correspondiente licencia ambiental.

A partir de la anterior consideración, los indígenas estiman que no era pertinente su asistencia a las reuniones de concertación convocadas con base en la Resolución 1298, las cuales, no sólo eran ambiguas en su denominación y propósito, sino que, además, partían de un hecho cumplido que resultaba inaceptable para las comunidades, cual es el de que ya la licencia ambiental se había expedido sin que se hubiese surtido el trámite de la consulta previa.

6.2. En efecto, los accionantes señalan que el proyecto de construcción y operación de un puerto multipropósito en el Municipio de Dibulla, Corregimiento de Mingueo, Departamento de la Guajira, se desarrolla en un área que forma parte del territorio ancestral de los cuatro pueblos indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta y en la cual se encuentra ubicado el Jukulwa, cerro sagrado en donde los mamos (autoridades espirituales de estos

pueblos) realizan ceremonias de pagamento.

6.3. Sobre el territorio en el cual se planea desarrollar el proyecto ya se habían realizado dos consultas previas, a propósito de dos proyectos similares, promovidos en su momento por Prodeco S.A. y Puerto Cerrejón S.A., en el marco de las cuales se puso de presente la existencia del sitio de pagamento, lo cual dio lugar, entre otras razones, a que se negaran las licencias ambientales solicitadas.

6.4. Para el desarrollo del proyecto actual no se ha cumplido con el requisito de la consulta previa, por cuanto el Ministerio del Interior ha certificado que en la zona no hay presencia de comunidades indígenas y que el área del proyecto no se superpone con lugares sagrados ni zonas de pagamento.

6.5. Los accionantes estiman que al haberse expedido la licencia ambiental sin haberse cumplido un proceso de consulta previa con las comunidades indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta se violaron los derechos fundamentales de esas comunidades a la diversidad étnica y cultural, a la participación, a la autonomía y al debido proceso, por cuanto se ha desconocido el territorio ancestral, así como el significado y la importancia que para los cuatro pueblos indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta tiene “Jukulwa”, cerro que, de acuerdo con los mamos, “es la base que sostiene los cerros de toda la Sierra, es la base del agua, y de todos los animales que conocemos ...”.

6.6. En un acápite separado, los accionantes se refieren a la procedencia de la acción de tutela, para lo cual ponen de presente su legitimación para interponerla, en su calidad de autoridades tradicionales de los cuatro pueblos indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta y el hecho de que no está presente ninguna de las causales de improcedencia de la acción previstas en el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991.

En particular, señalan que, pese a existir otros recursos o medios de defensa judicial, particularmente la acción de nulidad y restablecimiento del derecho frente a actos administrativos que otorgan la licencia ambiental para la construcción del proyecto, procede la acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

7. Pretensión

Para la protección de los derechos fundamentales que consideran les han sido vulnerados, los accionantes solicitan:

- a. Que se ordene la inaplicación de la Resolución 1298 del 30 de junio de 2006.
- b. Que se ordene al Ministerio del Interior y de Justicia y al Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial y a la Empresa Brisa S.A., desarrollar los procedimientos necesarios para llevar a cabo el proceso de consulta previa con las comunidades indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta.
- c. Que se ordenen las medidas pertinentes para la efectiva protección de los derechos vulnerados.
- d. Que 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, sin perjuicio de la competencia del juez de tutela.
- e. Que el cerro se restablezca, de conformidad con lo dispuesto por las autoridades tradicionales de los cuatro pueblos indígenas de la Sierra Nevada.

## 8. Intervenciones

### 8.1. El Ministerio del Interior y de Justicia

Después de hacer un pormenorizado recuento de toda la actuación cumplida, dentro del trámite de la licencia ambiental, en particular en cuanto tiene que ver con las certificaciones sobre no presencia de comunidades indígenas en la zona del proyecto y al seguimiento del proceso de concertación ordenado por el MAVDT, el ministerio solicita que se declare la improcedencia de la acción de tutela con base en los siguientes criterios:

- a. Subsidiariedad. En este caso los accionantes podían haber acudido a la acción de nulidad contra la Resolución 1298 de 2006 del MAVDT, dentro de la cual cabía solicitar la suspensión

provisional de los efectos de dicho acto.

a. Inexistencia de violación o vulneración de derechos. El ministerio agotó todos los procedimientos a su alcance para propiciar el diálogo intercultural con los Pueblos indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta en torno al Proyecto de Puerto Brisa, sin encontrar respuesta positiva en las comunidades.

a. Inmediatez. La tutela se presentó varios años después de los hechos que, supuestamente, habrían dado lugar a la vulneración o la amenaza de los derechos de los accionantes.

## 8.2 El Ministerio del Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial

El ministerio hizo un completo recuento sobre el proceso cumplido en torno a la licencia ambiental concedida para la construcción del Puerto Multipropósito de Brisa, para recalcar que en desarrollo del mismo, siempre actuó de conformidad con las normas constitucionales y legales, y dentro del propósito de garantizar los derechos de las comunidades indígenas, lo cual se demuestra con el hecho de que, pese a que, de acuerdo con las certificaciones expedidas por el Ministerio del Interior, no se requería un proceso de consulta previa con las comunidades indígenas, se dispuso la realización de un proceso de concertación con dichas comunidades en orden a asegurar el respeto de sus prácticas tradicionales y se ha cumplido, además, un seguimiento de dicho proceso, exigiendo a la empresa Brisa S.A. la estricta sujeción a las condiciones que se fijaron sobre el particular en la Resolución 1298 de 2006.

Habiendo hecho la anterior precisión, el Ministerio concluye que en este caso debe declararse la improcedencia de la acción de tutela, por cuanto los accionantes debían acudir a la jurisdicción de lo contencioso administrativo para obtener la nulidad de la Resolución 1298 de 2006 y, de acreditarse la existencia de una grave afectación de sus derechos, podían obtener, también, la suspensión de los efectos de dicho acto administrativo.

## 8.3 La empresa Brisa S.A.

Después de hacer alusión a la brevedad del tiempo que le fue concedido para responder una

demanda compleja como la presentada por los accionantes, lo cual lesiona su derecho de defensa, la empresa Brisa se opone a las pretensiones de la demanda con base en las siguientes consideraciones:

8.3.1. Improcedencia de la acción de tutela por razones de subsidiariedad e inmediatez.

8.3.2. La consulta previa es un procedimiento legal y reglamentario que no se requiere en todos los casos.

De acuerdo con las normas aplicables no resulta exigible la consulta para proyectos que van a desarrollarse por fuera de los territorios de las comunidades indígenas.

8.3.3. La facultad legal para determinar si en el lugar de un proyecto hay presencia de comunidades indígenas corresponde exclusiva y excluyentemente al Ministerio de Justicia.

Dicha autoridad ha verificado de manera reiterada que en la zona no hay presencia de comunidades indígenas que haga necesaria la consulta.

8.3.4. Aún de establecerse, en gracia de discusión, que en el sitio del proyecto existe un sitio de pagamento, ello no implicaría la consulta previa.

8.3.5. La ubicación geográfica del sitio denominado "Jukulwa" había sido definido en origen con base en las manifestaciones de los pueblos indígenas de la SNSM y mudó, cambió o se trasladó, con motivo del inicio del proceso de licenciamiento del Proyecto Puerto Brisa.

Inveterada y secularmente los pueblos indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta ubicaban explícita, formal y oficialmente el sitio de pagamento denominado "Jukulwa", en la desembocadura del río Ancho a más de 11 kilómetros de distancia al oeste del lugar del proyecto Puerto Brisa.

Con posterioridad al inicio del trámite de licenciamiento del proyecto, empiezan a manifestarse hechos que sugieren el traslado del mencionado sitio, precisamente, al corazón del lugar de desarrollo del Proyecto Puerto Brisa.

Se pone de presente que en la cartilla Senemulang - Umunukunu, editada en diciembre de 2004, se describe el sitio sagrado "Jukulwa", ubicándolo en la Hacienda Santa Helena, en contravía con el señalamiento previo que se había hecho en la Asamblea de los pueblos indígenas de la SNSM en el año de 1994.

Luego, en diciembre de 2005, se editó la cartilla Mamalwa, promovida por la Organización Gonawindúa Tayrona y en ella se incorporó la plancha cartográfica en la que de manera incontrovertible se ubica a "Jukulwa" en su verdadera y original ubicación en la desembocadura del río ancho, pero en el texto de la cartilla se reproduce la descripción de la cartilla Senemulang - Umunukunu.

8.3.6. Aún cuando no se requiere la consulta, la empresa ha garantizado amplios espacios de concertación con las comunidades indígenas de la SNSM.

8.3.7. De la existencia de antecedentes de consulta previa en relación con proyectos distintos del de Puerto Brisa no pueden derivarse consecuencias jurídicas adversas para éste.

8.3.8. El concepto de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, expedido a partir de una información incompleta suministrada por el MAVDT no obliga y tiene alcance meramente consultivo.

## II. TRAMITE PROCESAL

### 1. Primera instancia

Mediante Sentencia del 22 de septiembre de 2008, la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá decidió negar por improcedente la acción de tutela de la referencia.

Consideró el Tribunal que:

1.1. No cabe ordenar la inaplicación de la Resolución 1298 de 2006 del MAVDT, por medio de la cual se otorgó la licencia ambiental a la empresa Brisa S.A., por cuanto "... los accionantes no han ejercido de manera oportuna los medios de defensa judicial que el legislador ha previsto como idóneos, esto es, ante la jurisdicción contenciosa administrativa

-juez natural- para obtener la nulidad y restablecimiento del derecho frente al acto administrativo que consideran violatorio de sus derechos fundamentales, -consulta previa con las comunidades indígenas-; además, el código contencioso administrativo en su artículo 152, también prevé la suspensión del acto como medida cautelar, si fuere el caso.”

1.2. Adicionalmente, los accionantes dejaron transcurrir un lapso significativo para acudir al amparo constitucional y, si bien la acción de tutela no está sujeta a un término de caducidad, sí debe ejercerse en un tiempo oportuno, justo y razonable, según la calificación que, a la luz de las particularidades de cada situación, haga el juez constitucional.

En este caso, en relación con esa exigencia de inmediatez, observa el Tribunal que no obstante la copiosa información con la que, desde el principio, habían contado los accionantes en lo tocante a la licencia ambiental, dejaron pasar más de dos años desde el presunto acto vulnerador hasta la interposición de la acción de tutela.

1.3. No existe claridad en cuanto a que el proyecto que fue objeto de licencia ambiental se desarrolle en un área que forme parte del territorio ancestral de las comunidades indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta.

1.4. Pese a que, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2º del Decreto 1320 de 1998, la consulta previa se realizará “... cuando el proyecto, obra o actividad se pretenda desarrollar en zonas de resguardo o reservas indígenas o en zonas adjudicadas en propiedad colectiva a comunidades negras ...”, no se ha negado en esta oportunidad la participación de las comunidades indígenas.

1.5. No obstante que se brindaron espacios de participación a las comunidades indígenas, el proceso de concertación previsto en la Resolución 1298 de 2006 se dio por culminado ante la no concurrencia de los representantes de los cabildos indígenas a las diferentes reuniones convocadas por el Ministerio del Interior y de Justicia.

1.6. Aunque es posible acudir a la acción de tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, los accionantes no acreditaron encontrarse en una eventualidad de esa naturaleza, porque no mostraron la gravedad del perjuicio o del inminente peligro, ni la necesidad de adoptar medidas urgentes para la protección del derecho y, por el contrario, tardaron más de dos años en solicitar un amparo que ahora se

pretende urgente.

## 1. Impugnación

2.1. El anterior fallo fue impugnado mediante escrito en el que los accionantes señalan que la decisión del Tribunal, a) No se ajusta a los antecedentes que dieron lugar a la acción de tutela ni a los fundamentos jurídicos de la misma y, b) No garantiza el pleno goce de los derechos fundamentales invocados.

2.1.1. En cuanto hace al carácter subsidiario de la acción de tutela, expresan que pese a la existencia de otros medios de defensa judicial, cabe acudir al amparo constitucional como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, apreciación que sustentan con varias referencias a la jurisprudencia constitucional.

Pese a existir otros medios de defensa judicial frente a los actos administrativos que otorgan la licencia ambiental para el Puerto de Brisa S.A., en este caso procede la tutela como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, por cuanto es necesario adoptar medidas urgentes, impostergables y eficaces que impidan la afectación del cerro Jukulwa.

Debe tenerse en cuenta que, no obstante que las obras que se habían iniciado y que tuvieron impacto sobre el cerro habían sido suspendidas por disposición del MAVDT, quien adoptó, además, las correspondientes medidas de restauración, con posterioridad, se dispuso el levantamiento de la suspensión.

2.1.2. En relación con el argumento relativo a la falta de inmediatez acogido por el Tribunal para declarar improcedente la acción de tutela, señalan que es preciso tener en cuenta que entre el 4 de octubre de 2006 y el 30 de abril de 2008, estuvo vigente una medida preventiva consistente en la suspensión de las obras del Puerto de Brisa S.A. y la apertura de una investigación disciplinaria.

2.1.3. En torno a la afectación del derecho a la consulta previa, manifiestan que el mismo sí existe en este caso, por cuanto en el área destinada para el desarrollo del proyecto se encuentra ubicado un cerro denominado Jukulwa, sitio sagrado que hace parte del territorio ancestral, donde las autoridades tradicionales realizan ceremonias de pagamento.

Expresan que la anterior aseveración se fundamenta en la existencia de los actos administrativos anteriores mediante los cuales el Ministerio del Medio Ambiente negó las licencias ambientales para proyectos que se desarrollarían en la misma zona. En dichos actos administrativos se destaca la afirmación de la Dirección General de Asuntos Indígenas conforme a la cual el área del proyecto es territorio indígena, lo cual exige la consulta previa, y la manifestación que en el curso del proceso de consulta que se adelantó entonces hicieron las autoridades tradicionales de los 4 pueblos del Sierra Nevada respecto a la existencia en el lugar de un sitio sagrado o zona de pagamento.

Los argumentos que dieron piso a esos actos administrativos, anotan, mantienen su vigencia, aspecto en torno al cual el Consejo de Estado expresó que si bien no pueden tenerse como derechos adquiridos, sí deben tomarse como punto de referencia por la Administración para las decisiones a adoptar en el futuro.

2.1.4. En síntesis, la afirmación del Ministerio del Interior, conforme con la cual en el área de influencia del proyecto no hay presencia de comunidades indígenas y que la misma contiene simplemente un sitio de interés cultural, sirvió de fundamento para a) el otorgamiento de una licencia ambiental; b) la decisión de ordenar un proceso de concertación previo al inicio de las obras y c) una propuesta de acceso al sitio para prácticas culturales, realizada por la empresa Brisa, no en el cerro de “Jukulwa”, sino a 1.500 metros. Todo ello conduce a la conclusión de que sí hay una afectación del derecho de los pueblos indígenas a la consulta previa a la realización de un proyecto en un área que forma parte de su territorio ancestral.

2.2. La Sociedad Puerto Brisa S.A. se opuso a la anterior impugnación, con base en los argumentos que se sintetizan a continuación:

2.2.1. La acción de tutela es improcedente en este caso porque desconoce los principios de subsidiariedad e inmediatez.

Los accionantes pretenden, mediante una acción de tutela presentada en agosto de 2008, obtener la inaplicación de la Resolución 1298 de junio de 2006, contra la cual no ejercieron en su debida oportunidad las acciones judiciales que tenían a su disposición.

Debe tenerse en cuenta, además, que los accionantes han tenido conocimiento, participación e intervención en todo lo referente a la Resolución 1298 de 2006, no sólo a partir del momento de su promulgación, sino desde mucho antes, al inicio mismo del proceso de licenciamiento.

La suspensión que se decretó para la ejecución de las obras que adelantaba la accionada en la zona del proyecto, no puede tenerse como argumento para oponerse a la falta de inmediatez, porque dicho trámite administrativo no suspende ni los términos de caducidad de las acciones contencioso administrativas, ni la vigencia del acto administrativo que concedió la licencia, ni los efectos de la supuesta violación de los derechos fundamentales, derivada de la falta de consulta previa que, en criterio de los accionantes, debía haberse producido.

2.2.2. El Decreto 1320 de 1998, reglamentario de la consulta previa, contiene los únicos supuestos fácticos que hacen imperativa dicha consulta, los cuales no están presentes en este caso.

De acuerdo con esa norma, procede la consulta cuando el proyecto se va a desarrollar en zonas de resguardo o reservas indígenas o en zonas habitadas de manera regular y permanente por comunidades indígenas, condiciones que no se cumplen en la zona donde va a construirse el proyecto de Brisa.

2.2.3. La ubicación geográfica del sitio denominado "Jukulwa", en donde existe un lugar de pagamento, había sido determinada, con base en las manifestaciones de los propios pueblos indígenas, en la desembocadura del río ancho, a 11 kilómetros de distancia del lugar del Proyecto Puerto Brisa. Al iniciar el trámite de licenciamiento del proyecto, empiezan a manifestarse hechos que sugieren el "traslado" del mencionado sitio, precisamente, al corazón del lugar de desarrollo del proyecto Puerto Brisa.

2.2.4. La facultad legal para establecer si en el lugar de un proyecto hay presencia de comunidades indígenas corresponde al Ministerio del Interior y de Justicia, el cual, en seis oportunidades, ha certificado que la misma no se da en el lugar del proyecto.

2.2.5. Aún si, en gracia de discusión, se admitiese, contra la evidencia, que en el área del proyecto hay sitios de pagamento, de ello no se seguiría la necesidad de adelantar una

consulta previa, sino que se impondría a los propietarios del proyecto la obligación de garantizar a los Mamos y a los indígenas el acceso a esos lugares para cumplir sus prácticas mágico-religiosas.

2.2.6. No obstante no ser procedente la consulta previa, en este caso se garantizaron amplios espacios de participación para la concertación con las comunidades indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta.

2.2.7. Jurídicamente, el hecho de que, a propósito de proyectos distintos, tramitados por sociedades distintas, con anterioridad se hayan surtido procesos de consulta previa, no tiene consecuencias para el proyecto Puerto Brisa, por cuanto el contexto fáctico y jurídico es distinto.

### 3. Segunda instancia

La Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en Sentencia del 13 de noviembre de 2008, resolvió confirmar la sentencia impugnada, debido al carácter subsidiario de la acción de tutela y al hecho de que, en el presente caso, los accionantes cuentan con las acciones contencioso administrativas para hacer valer sus derechos, sin que se advierta la amenaza de un perjuicio irremediable que de lugar al amparo transitorio.

### 4. Intervenciones en sede de revisión

#### 4.1. La empresa Brisa S.A.

La Empresa Brisa S.A. intervino ante la Corte Constitucional para exponer las razones por las cuales, en su criterio, se deben confirmar las providencias de primera y segunda instancia.

Para ello presentó una serie de consideraciones en torno a los siguientes puntos:

##### 4.1.1. Subsidiariedad de la acción de tutela.

Después de hacer un recuento sobre la jurisprudencia constitucional en torno a este punto, la empresa señala que los accionantes no ejercieron los mecanismos ordinarios de defensa judicial que tenían a su disposición, ni acreditaron la existencia de un perjuicio irremediable

que hiciere procedente el amparo como mecanismo transitorio.

#### 4.1.2. Principio de inmediatez

La empresa hace un amplio recuento de los pronunciamientos de la Corte en esta materia, para luego poner de presente que los accionantes dejaron transcurrir 26 meses desde el momento en el que se expidió el acto que consideran lesivo de sus derechos hasta la interposición de la acción de tutela, sin que exista una justificación razonable para esa tardanza.

La pretensión de los accionantes, esgrimida dos años después de expedida la licencia ambiental conduciría a una grave afectación de la seguridad jurídica y a una violación del principio de la confianza legítima.

Manifiesta la empresa que los accionantes "... ya por negligencia, ya por descuido o ya por estrategia, han esperado más de dos años sin ejercer ni las acciones ordinarias a las que tenían derecho, ni la acción de tutela ...", lo cual pondría al accionado en un escenario de inseguridad jurídica, contrario a la equidad, entre otras consideraciones porque "[s]on inmensos y perfectamente demostrables, los costos en que ha incurrido el inversionista sobre la certeza del derecho que le otorga una Licencia Ambiental concedida por un Acto Administrativo firme y sólido que goza de plena presunción de legalidad y que fue expedido en atención al estricto cumplimiento de un procedimiento de ley ...".

Admitir la acción de tutela en este caso implicaría desconocer la confianza legítima del inversionista que surge de "...haber seguido todas y cada una de las reglas de juego demarcadas previamente por el propio Estado para la obtención de todos y cada uno de los permisos que se requieren para la puesta en marcha y funcionamiento de un proyecto portuario, en especial, la obtención de la Licencia Ambiental."

4.1.3. En un extenso acápite la empresa presenta las consideraciones que la llevan a concluir que no se ha presentado una violación de los derechos fundamentales de las comunidades accionantes, y en las cuales, en lo esencial, reitera los argumentos presentados en las instancias.

#### 4.2. Intervenciones varias

Distintos ciudadanos presentaron a la Corte escritos de coadyuvancia a las pretensiones de los accionantes, pero en la medida en que no se trata del ejercicio de una acción pública, ni los intervinientes acreditaron su personería para obrar dentro de este proceso de tutela, no hay lugar a pronunciamiento alguno en relación con los mismos.

#### 5. Pruebas decretadas por la Sala de Revisión

Mediante Auto de 17 de abril de 2009, la Sala Cuarta de Revisión de Tutelas de la Corte Constitucional resolvió oficiar al Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial para que remitiera a esta Sala:

a. Copia de la Resolución 0621 del 9 de julio de 1998, por medio de la cual se negó la licencia ambiental ordinaria solicitada por la Sociedad Puerto Cerrejón S.A. con el objeto de construir un puerto carbonífero.

b. Copia de la Resolución 0201 de 18 de marzo de 1999, por medio de la cual se negó la licencia ambiental ordinaria solicitada por la Sociedad Puerto Cerrejón S.A. y Carbones del Cerrejón S.A., para la construcción de una Unidad de Abastecimiento Flotante del Puerto Carbonífero del Río Cañas.

c. Copia de la certificación de la Organización Gonawindua Tayrona, de fecha 31 de enero de 1996, suscrita por el Cabildo Gobernador Arregocés Cochancala Zaragata, que obra en el expediente de la solicitud de licencia ambiental de la empresa Prodeco Puerto Cerrejón S.A. en 1994 para la construcción de un puerto carbonífero en el río Cañas.

El Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, mediante oficios de abril 28 y de mayo 29 de 2009, dio respuesta al anterior requerimiento y envió los documentos solicitados.

### III. FUNDAMENTOS JURIDICOS

#### 1. Competencia

La Corte Constitucional es competente, a través de esta Sala de Revisión, para revisar la sentencia proferida dentro del proceso de la referencia, con fundamento en lo dispuesto por los artículos 86 y 241 numeral 9º de la Constitución Política, en concordancia con los artículos

31 al 36 del Decreto 2591 de 1991.

## 2. Problema jurídico

Corresponde en esta oportunidad a la Corte decidir si se ha producido una violación de los derechos a la integridad étnica y cultural, a la participación en las decisiones que los afectan y al debido proceso de los pueblos Kogi, Arhuaco, Kankuamo y Wiwa de la Sierra Nevada de Santa Marta, debido al trámite y a la expedición de la Resolución 1298 de 30 de junio de 2006, mediante la cual el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial otorgó licencia ambiental a la empresa Brisa S.A. para el proyecto denominado “Construcción y Operación de la Fase 1 del ‘Puerto Multipropósito de Brisa’, localizado en jurisdicción del Municipio de Dibulla, Corregimiento de Mingueo, Departamento de la Guajira”, en área que las comunidades consideran hace parte de su territorio ancestral.

La solicitud de amparo constitucional se ha presentado debido a que, con base en reiteradas certificaciones de la Dirección de Etnias del Ministerio del Interior y de Justicia, que niegan la presencia de comunidades indígenas en la zona de influencia del Proyecto de Puerto Multipropósito de Brisa, el Ministerio de Ambiente Vivienda y Desarrollo Territorial concedió la referida licencia ambiental, sin que se hubiese surtido un proceso de consulta previa con las comunidades indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta, no obstante que, según se afirma por éstas, en la zona existe un lugar de pagamento.

Para ese efecto es preciso tener en cuenta que en la Resolución mediante la cual se concedió la licencia ambiental cuestionada, se dispuso que previamente a la iniciación del proyecto, debía cumplirse un proceso de concertación con las comunidades indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta, orientado a garantizar el acceso de los integrantes de dichas comunidades a las zonas aledañas del proyecto en donde realizan prácticas culturales y que, luego de dos años de expedida la citada resolución, el proceso se dio por concluido ante la ausencia de las comunidades indígenas en las reuniones convocadas y su final manifestación sobre su inconformidad con el proceso por no ajustarse a los requerimientos de una consulta previa.

## 3. Consideraciones preliminares

Para establecer si en este caso cabe adelantar un examen sobre el fondo de la solicitud de

amparo presentada, es preciso pronunciarse previamente sobre los principios de subsidiariedad y de inmediatez como condiciones para la procedencia de la acción de tutela.

## 1. Sobre los medios alternativos de defensa judicial

Observa la Sala que, tal como se ha advertido en oportunidades anteriores en las que la Corte ha abordado problemas similares al que ahora es objeto de consideración, los actos administrativos cuya impugnación se ha planteado por vía de la acción de tutela, son susceptibles de controversia ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, que es la autoridad judicial competente para pronunciarse sobre su validez.

De este modo, la controversia en torno a la Resolución 1298 de 30 de junio de 2006, por medio de la cual se concedió a la Empresa Brisa S.A. licencia ambiental para el proyecto denominado “Construcción y Operación de la Fase 1 del ‘Puerto Multipropósito de Brisa’, localizado en jurisdicción del Municipio de Dibulla, Corregimiento de Mingueo, Departamento de la Guajira”, así como la que pueda plantearse frente a los actos administrativos a través de los cuales la Dirección de Etnias del Ministerio del Interior y de Justicia certificó sobre la no presencia de comunidades indígenas en el área del proyecto, debe tramitarse ante la jurisdicción en lo contencioso administrativo, porque “... compete a ésta juzgar las actuaciones de las entidades públicas y dar solución a las controversias suscitadas entre el Estado y los particulares.”<sup>4</sup>

Dado el carácter subsidiario de la acción de tutela, la anterior consideración conduciría a la conclusión de que, a menos que se acreditase la amenaza de un perjuicio irremediable que justificase una medida de amparo transitorio, la acción de tutela resultaría improcedente en este caso.

Sin embargo, la jurisprudencia constitucional ha señalado que cuando está de por medio la supervivencia de las comunidades indígenas como pueblos reconocibles, sin perjuicio de la controversia que deba adelantarse ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo en torno a la validez de los actos administrativos que conceden una licencia ambiental o que certifican sobre la no presencia de comunidades indígenas en la zona de un proyecto, asunto

que escapa a la competencia del juez constitucional, cabe la acción de tutela como mecanismo de protección adecuado para la garantía del derecho a la consulta previa a tales comunidades sobre asuntos que las afectan directamente.

Sobre el particular, en la Sentencia SU-383 de 2003, se recordó que la Corte Constitucional ha sostenido, de manera reiterada, que dada la especial significación que para la subsistencia de los pueblos indígenas y tribales comporta su participación en las decisiones que puedan afectarlos, el mecanismo de la consulta previa constituye un derecho fundamental, “pues se erige en un instrumento que es básico para preservar la integridad étnica, social económica y cultural de las comunidades indígenas y para asegurar por ende su subsistencia como grupo social”.<sup>5</sup>

En esa sentencia, la Corte expresó además que “... no existe en el ordenamiento un mecanismo distinto a la acción de tutela para que los pueblos indígenas y tribales reclamen ante los jueces la protección inmediata de su derecho a ser consultados, a fin de asegurar su derecho a subsistir en la diferencia, por consiguiente compete al Juez de Tutela emitir las ordenes tendientes a asegurar su supervivencia, en los términos del artículo 86 de la Carta”, criterio que fue reiterado en la Sentencia T-880 de 2006.

En la citada sentencia de unificación se precisó, así mismo, que la jurisprudencia constitucional ha señalado que están legitimados para demandar el amparo constitucional tanto los integrantes de las comunidades indígenas afectadas, como las organizaciones que los agrupan.

Por las anteriores consideraciones resulta posible que, al margen de la controversia que pueda plantearse frente los actos administrativos por medio de los cuales se concedió la licencia ambiental o se certificó sobre la no presencia de comunidades indígenas en el área del proyecto, la Corte estudie de fondo la solicitud de amparo presentada, en orden a establecer si en este caso resultaba imperativo un proceso de consulta previo a la expedición de la licencia ambiental, y si la ausencia del mismo se traduce en una afectación de los derechos fundamentales de las comunidades indígenas a su identidad e integridad social, cultural y económica.

## 1. En torno a la cuestión de la inmediatez

De acuerdo con reiterada jurisprudencia, no obstante que no existe un término de caducidad para acudir a la acción de tutela, ésta debe presentarse en un término razonable después de ocurrir los hechos que motivan la afectación o amenaza de los derechos.<sup>6</sup> Ha dicho la Corte que esa relación de inmediatez entre la solicitud de amparo y el hecho vulnerador de los derechos fundamentales, debe evaluarse en cada caso concreto, atendiendo a los principios de razonabilidad y proporcionalidad.<sup>7</sup>

Para la Corte, la exigencia de inmediatez para la acción de tutela busca evitar "... que este mecanismo de defensa judicial se emplee como herramienta que premia la desidia, negligencia o indiferencia de los actores, o se convierta en un factor de inseguridad jurídica."<sup>8</sup> Ha destacado la jurisprudencia que, de acuerdo con la naturaleza de la acción de tutela, cuando debido a la inactividad injustificada del interesado ya no es posible brindar una protección inmediata de los derechos afectados en el caso concreto "... se cierra la vía excepcional del amparo constitucional y es preciso acudir a las instancias ordinarias para dirimir un asunto que, debido a esa inactividad, se ve desprovisto de la urgencia implícita en el trámite breve y sumario de la tutela."<sup>9</sup>

Ha puesto de presente la Corporación que "... el constituyente asume que la acción de tutela configura un mecanismo urgente de protección y lo regula como tal. De allí que choque con esa índole establecida por el constituyente, el proceder de quien sólo acude a la acción de tutela varios meses, y aún años, después de acaecida la conducta a la que imputa la vulneración de sus derechos. Quien así procede, no puede pretender ampararse en un instrumento normativo de trámite sumario y hacerlo con miras a la protección inmediata de una injerencia a sus derechos fundamentales que data de varios años".<sup>10</sup>

En ese contexto, la Corte ha reiterado que, por un lado, "... el requisito de la inmediatez no implica la imposición de un plazo inflexible y que el juicio sobre la oportunidad en la interposición de la acción debe hacerse en concreto, a la luz de las circunstancias de cada caso ..." <sup>11</sup>, y que, por otro, "... pueden existir razones que expliquen la demora en acudir al amparo, caso en el cual no cabe acudir al principio de la inmediatez para declarar la improcedencia de la tutela."<sup>12</sup>

Entre los criterios a los que la jurisprudencia se ha referido como orientadores en la apreciación de la razonabilidad y la proporcionalidad del término transcurrido hasta la interposición de la tutela, se encuentran aspectos como la afectación que la demora pueda producir en derechos de terceros, o la posibilidad de que el interesado acuda a los medios judiciales ordinarios para solicitar la protección de sus derechos.

Con todo, la jurisprudencia ha dicho que puede resultar admisible que transcurra un extenso espacio de tiempo entre el hecho que genera la vulneración y la presentación de la acción de tutela bajo dos circunstancias específicas: Cuando se demuestra que la vulneración es permanente en el tiempo<sup>13</sup> y cuando se pueda establecer que "... la especial situación de aquella persona a quien se le han vulnerado sus derechos fundamentales, convierte en desproporcionado el hecho de adjudicarle la carga de acudir a un juez; por ejemplo el estado de indefensión, interdicción, abandono, minoría de edad, incapacidad física, entre otros".<sup>14</sup>

De este modo, para que, no obstante que haya transcurrido un tiempo prolongado desde la ocurrencia del hecho lesivo, pueda resultar procedente la acción de tutela, se requiere que la afectación de derechos fundamentales que se busca subsanar sea actual, que es uno de los factores que cabría analizar en el presente caso.<sup>15</sup>

La jurisprudencia constitucional ha señalado que para que se mantenga la actualidad del daño, es preciso acudir de manera oportuna a la acción de tutela, porque lo contrario podría dar lugar a un hecho consumado no susceptible de amparo constitucional, o a que se desvirtúe la afectación de derechos fundamentales.<sup>16</sup>

En consideración que la Corte expuso a propósito de la procedencia de la tutela contra providencias judiciales, pero que, *mutatis mutandi*, también aplica frente a actuaciones administrativas, la Corporación puntualizó que, "... cuando sin que exista razón que lo justifique, una persona deja pasar el tiempo sin acudir a la acción de tutela para cuestionar una providencia judicial que considera lesiva de sus derechos fundamentales, su propia inactividad conduce a que se afiance la presunción de legitimidad que ampara a tales providencias, de manera que los efectos lesivos que considera se derivan de ellas no podrían, hacia adelante, atribuirse a una actuación contraria a la Constitución, sino que deberán tenerse como la consecuencia legítima de una decisión judicial en firme."<sup>17</sup>

Así, tratándose de actos administrativos, cuando una persona considere que la

administración ha obrado en contravía del ordenamiento jurídico y con grave afectación de sus derechos fundamentales, debe acudir de manera oportuna a las instancias que la Constitución y la ley han previsto para impugnar la decisión, incluida la acción de tutela. Si no lo hace así, la eventual afectación de sus derechos que en el futuro pueda señalarse como una consecuencia de la actuación administrativa, no podrá ser considerada como una violación actual de sus derechos fundamentales, sino como la consecuencia legítima de un acto administrativo en firme.

En el asunto que ahora es objeto de consideración por la Corte es preciso distinguir, por una parte, la afectación del derecho a la consulta que, de acuerdo con la jurisprudencia, tiene, per se, carácter fundamental, y, por otra, la afectación de los derechos a la integridad como pueblo o a la identidad cultural que se puede dar en relación con las comunidades indígenas y a partir de la cual se predica la existencia de un derecho de consulta.

De este modo, el derecho de consulta, aisladamente considerado, hace parte de un trámite que debe cumplirse por las autoridades antes de emprender una actividad susceptible de afectar directamente a las comunidades negras, indígenas y tribales, y su protección debe producirse cuando sea útil para provocar la consulta, o, incluso, cuando quepa dejar sin efecto la actuación que la pretermirió. Sin embargo cuando hay una situación ya definida y se ha dejado transcurrir el tiempo sin acudir a los recursos legales e, incluso, a la acción de tutela, se estaría frente a un procedimiento consolidado que no sería susceptible de controversia con el argumento de que hubo un déficit procedimental porque se omitió una consulta que resultaba imperativa conforme a la Constitución, puesto que la validez de las actuaciones administrativas que dan lugar a situaciones particulares y concretas no puede quedar indefinidamente en entredicho.

No ocurre lo mismo con la afectación de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas, porque ésta se da, no por la ausencia de la consulta per se, sino, precisamente, por la realización de acciones en desarrollo de un acto que no fue consultado. En ese escenario puede señalarse que mientras se mantengan los actos de ejecución, puede predicarse la existencia de un daño actual susceptible de amparo.

Sin embargo, aún en ese escenario, no es irrelevante el transcurso del tiempo, porque la inactividad de los presuntos afectados permite que se consoliden derechos de terceros, y

pone en entredicho el apremio con el que se requiere la protección. Esto es, la mora en acudir al amparo constitucional plantea la necesidad de ponderar los derechos que se pretenden vulnerados, con la afectación de expectativas de terceros que no pueden verse sometidas a una permanente incertidumbre y en torno a las cuales puede predicarse la existencia de una confianza legítima en que los actos en firme proferidos por las autoridades del Estado y que definen situaciones particulares y concretas, no van a ser luego, sin horizonte temporal alguno, desconocidos por las propias autoridades. Y esa ponderación surge en un escenario en el cual los interesados en obtener el amparo constitucional tuvieron conocimiento acerca del acto que estiman lesivo y la posibilidad de ejercer los instrumentos procesales que el ordenamiento jurídico ha previsto para su defensa.

Así, aunque es posible acudir al amparo constitucional, en razón de la actualidad del daño, se restringe el ámbito de las decisiones de protección, puesto que es necesario conciliar los distintos derechos en juego.

Las anteriores consideraciones son suficientes para señalar que, prima facie, no cabe declarar la improcedencia del amparo solicitado con base en consideraciones de inmediatez, como quiera que en este caso se está ante la pretensión de una afectación actual de los derechos de las comunidades indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta que se produciría, no por la omisión de la consulta en sí misma, sino por los actos de ejecución que se realizarían al amparo de la licencia cuya expedición no fue objeto de consulta previa.

Por ese motivo la Corte entra al examen de fondo del asunto planteado en la tutela de la referencia, pero no sin advertir que, como se ha dicho, la demora en acudir a la acción de tutela tiene implicaciones sobre el ámbito en el cual habrá de producirse el amparo constitucional, de encontrarse que el mismo es procedente.

## 1. El derecho de los pueblos indígenas y tribales a la consulta previa

La jurisprudencia constitucional ha establecido que las comunidades indígenas y tribales tienen un derecho fundamental a que, de manera previa a su adopción, les sean consultadas las medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarlas directamente. El carácter fundamental de ese derecho, ha dicho la Corte, se deriva de su vinculación con la

defensa de la integridad cultural de dichas comunidades, así como de las condiciones que permiten su supervivencia como pueblos diferenciados.

#### 4.1. Fundamentos

4.1.1. Para la Corte "... la obligación impuesta al Estado, de consultar previamente a los grupos étnicos cada vez que se vayan a adoptar medidas legislativas o administrativas que los afecten, es expresión concreta del artículo 7º Superior, que reconoce y protege la diversidad étnica y cultural, del 40-2, que garantiza el derecho de todo ciudadano a la participación democrática, del artículo 70 que considera la cultura fundamento de la nacionalidad, y de manera particular, de los artículos 329 y 330 del mismo ordenamiento, que prevén la participación previa de las comunidades para la conformación de las entidades territoriales indígenas y para la explotación de los recursos naturales en sus territorios."18 En ese contexto, ha señalado la Corte, que de la Constitución se desprenden unos específicos mandatos orientados a preservar la identidad de las comunidades negras, indígenas y tribales, a garantizarles ámbitos de autonomía en los asuntos que les conciernen y a asegurar que las actuaciones del Estado que puedan afectarlas se adelanten sin desmedro de su integridad cultural, social y económica.

Ha destacado la jurisprudencia que ese derecho de participación que, de manera tanto general como especial, tienen las comunidades indígenas de acuerdo con nuestro ordenamiento superior, está previsto expresamente en disposiciones del convenio 169 de la OIT, que hacen parte del bloque de constitucionalidad y conforme a las cuales los gobiernos están en la obligación de adoptar las medidas necesarias para asegurar a las comunidades indígenas y tribales las oportunidades para el pleno ejercicio del derecho de participación en los asuntos que les conciernen.

4.1.2. Un recuento de las principales sentencias de constitucionalidad emitidas por la Corte en esta materia, permite apreciar los criterios que la jurisprudencia ha ido fijando sobre el alcance de la consulta y las condiciones en las cuales, cuando sea procedente, ella debe producirse.

4.1.2.1. En la Sentencia C-030 de 2008 la Corte se refirió ampliamente a la manera como el derecho de las comunidades étnicas y tribales a la participación, y, más específicamente, a ser consultadas en los asuntos que puedan afectarlas, se encuentra desarrollado en el Convenio 169 de la OIT.

En esa sentencia se destacó, en primer lugar, que el Convenio 169 de la OIT obedece a una nueva aproximación a la situación de los pueblos indígenas y tribales en todas las regiones del mundo, conforme a la cual "... es preciso eliminar la orientación hacia la asimilación que se había venido manejando, para, en su lugar, asentar el principio conforme al cual las estructuras y formas de vida de los pueblos indígenas y tribales son permanentes y perdurables, y la comunidad internacional tiene interés en que el valor intrínseco de sus culturas sea salvaguardado<sup>19</sup>."

En ese marco, la Corte puso de presente que, dentro del Convenio 169, tiene especial connotación y desarrollo el derecho de los pueblos indígenas y tribales a participar en la adopción y en la aplicación de las decisiones que los afectan, "... aspecto que está previsto en distintas disposiciones del convenio y que, de manera general, se desarrolla en los artículos 6 y 7 del mismo, que enfatizan en la necesidad de que, para la aplicación de las disposiciones del Convenio, se asegure la participación de las comunidades, se establezcan mecanismos adecuados de consulta, se adelanten procesos de cooperación y se respete, en todo caso, el derecho de estos pueblos a '... decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural'.<sup>20</sup>"

Puntualizó la Corte que, en las disposiciones del convenio que, de manera general, se refieren al derecho de participación de las comunidades étnicas y tribales, es posible distinguir dos dimensiones: Por un lado, la obligación contenida en el literal b) del artículo 6º del convenio, conforme con la cual los gobiernos deben establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan 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; y, por otro, el deber de consulta previsto en el literal a) del mismo artículo en relación con las medidas legislativas o administrativas

susceptibles de afectar directamente a dichos pueblos.

Dijo la Corte que “[d]e este modo, cuando se adopten medidas en aplicación del convenio, cabe distinguir dos niveles de afectación de los pueblos indígenas y tribales: el que corresponde a las políticas y programas que de alguna manera les conciernan, evento en el que debe hacerse efectivo un derecho general de participación, y el que corresponde a las medidas administrativas o legislativas que sean susceptibles de afectarlos directamente, caso para el cual se ha previsto un deber de consulta.”

Para la Corte el derecho general de participación a que alude el Convenio se orienta a obtener que se garanticen a los pueblos interesados unas oportunidades de participación que sean, al menos, equivalentes a las que están a disposición de otros sectores de la población, en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan.

Esa previsión tiene arraigo en la garantía contra la discriminación, en la medida en que proscribire toda acción u omisión que, de alguna manera, recorte, en relación con estas comunidades, los espacios de participación que, de manera general, se han previsto para todos los colombianos. Ello impone, también, la adopción de acciones positivas encaminadas a asegurar que el derecho de participación sea real y efectivo en relación con comunidades que han sido tradicionalmente discriminadas y marginadas y que han estado por fuera de los circuitos de la participación política.

Sobre esta materia, la Corte, en la Sentencia C-030 de 2008, expresó:

“En Colombia, ese compromiso encuentra desarrollo, en primer lugar, en el hecho de que, en el ámbito de la democracia participativa previsto en el artículo 1º de la Constitución, y del mandato general contenido en el artículo 2º, conforme al cual debe promoverse la participación de todos en los asuntos que los afecten, se consagra en el artículo 13 un garantía general de igualdad que proscribire toda forma de discriminación y contempla la obligación de promover las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptar medidas a favor de grupos discriminados y marginados. De este modo, todos los colombianos, incluidos los pueblos indígenas y tribales, en igualdad de condiciones, tienen derecho, a tenor de lo dispuesto en el artículo 40 de la Carta, a participar en la conformación, ejercicio y control del poder político y tienen a su disposición los instrumentos de

participación que se han previsto en el artículo 103 del mismo ordenamiento, no sólo los que corresponden a los mecanismos de participación del pueblo en ejercicio de su soberanía –el voto, el plebiscito, el referendo, la consulta popular, el cabildo abierto, la iniciativa legislativa y la revocatoria del mandato- sino también los que surgen de la posibilidad, prevista en el inciso segundo del artículo 103, de articularse libremente, con el apoyo del Estado, para la promoción de sus intereses, en asociaciones que tengan por objeto constituir mecanismos democráticos de representación en las diferentes instancias de participación, concertación, control y vigilancia de la gestión pública que se establezcan.

Adicionalmente, tal como se puso de presente en la Sentencia SU-383 de 2003, el ordenamiento constitucional ha abierto a las comunidades indígenas espacios concretos de participación, además de los establecidos para todos los colombianos, como los que resultan de la previsión conforme a la cual aquellas pueden elegir dos senadores en circunscripción nacional; o de la disposición a cuyo tenor la ley puede establecer una circunscripción especial para asegurar la participación de los grupos étnicos en la Cámara de Representantes<sup>21</sup>; o de la decisión de erigir los territorios indígenas como entidades territoriales<sup>22</sup>, que estarán gobernadas por consejos conformados y reglamentados según los usos y costumbres de sus comunidades, y con funciones muy amplias en ámbitos tales como la aplicación de las normas legales sobre usos del suelo y poblamiento de sus territorios, el diseño de las políticas y los planes y programas de desarrollo económico y social dentro de su territorio, en armonía con el Plan Nacional de Desarrollo, la colaboración con el mantenimiento del orden público dentro de su territorio de acuerdo con las instrucciones y disposiciones del Gobierno Nacional o la representación de los territorios ante el Gobierno Nacional y las demás entidades a las cuales se integren; o de la consagración del derecho de estos pueblos a ejercer funciones jurisdiccionales en sus territorios de conformidad con sus normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y a las leyes de la República.

De manera específica ese derecho general de participación se manifiesta, en el ámbito de las medidas legislativas que conciernan a los pueblos indígenas, y tribales, (1) en la posibilidad que sus integrantes tienen de concurrir, en igualdad de condiciones con todos los colombianos, en la elección de sus representantes en las corporaciones de elección popular; (2) en el hecho de que, en desarrollo del carácter público del proceso legislativo, pueden conocer las iniciativas en trámite, promover discusiones, remitir conceptos, solicitar

audiencias<sup>23</sup> y, (3) en las previsiones constitucionales sobre la circunscripción especial indígena, porque si bien quienes allí resulten elegidos no representan formalmente a las distintas comunidades indígenas, si son voceros, de manera amplia, de su particular cosmovisión y pueden constituir efectivos canales de comunicación entre las células legislativas y las autoridades representativas de las comunidades indígenas y tribales.

Tratándose de medidas generales que de alguna manera conciernan a estas comunidades, este es el escenario apropiado de participación, sin perjuicio de la mayor o menor actividad que puedan desplegar, a través de sus distintas organizaciones, en la discusión pública de los asuntos que sean objeto de consideración en el Congreso de la República y de la gestión que dichas organizaciones puedan adelantar ante las diferentes instancias administrativas y legislativas.”

4.1.2.2. Por otra parte, en relación con el derecho a la consulta previa, la Corte, en la Sentencia C-175 de 2009 puntualizó que “[e]n lo que tiene que ver con la previsión de medidas legislativas y administrativas susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas y tribales, el Convenio 169 de la OIT dispone la obligación a cargo de los gobiernos de consultar a las comunidades interesadas, a través de sus autoridades representativas.” Agregó la Corte que “[e]ste es un procedimiento distinto a los escenarios generales y concretos de participación antes enunciados, reservado para aquellas medidas que tengan incidencia particular y directa en los intereses de las comunidades diferenciadas. Existe, en relación con esas medidas, un derecho fundamental de los pueblos indígenas y afrodescendientes<sup>24</sup> a la consulta previa y un deber estatal correlativo de llevar a cabo los trámites idóneos y eficaces para que las comunidades tradicionales participen en el diseño de las políticas que, habida cuenta su contenido material, les conciernen.”

En relación con el deber de consulta de las medidas que sean susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas y tribales, la Corte, en la Sentencia C-030 de 2008 precisó que, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, el mismo es consecuencia directa del derecho que les asiste a las comunidades nativas de decidir las prioridades en su proceso de desarrollo y preservación de la cultura<sup>25</sup> y que, cuando procede ese deber de consulta, surge para las comunidades un derecho fundamental susceptible de protección por la vía de la acción de tutela, en razón a la importancia política del mismo, a su significación para la defensa de la identidad e integridad cultural y a su condición de mecanismo de

participación.26

La anterior diferencia entre, por un lado, la necesidad de garantizar y de propiciar para las comunidades indígenas y afrodescendientes unas posibilidades efectivas de participación, cuando menos equivalentes a las que están disponibles para el conjunto de la población, y, por otro, el imperativo de consultar con esas comunidades la adopción de medidas que sean susceptibles de afectarlas directamente, hace necesario avanzar en la identificación de los criterios que permitan establecer en qué casos la interlocución con las comunidades indígenas y tribales, debe hacerse en el marco de un proceso participativo general, dentro del cual se adopten las medidas positivas necesarias para que, en igualdad de condiciones puedan hacerse presentes dichas comunidades, y en cuáles otros, la especificidad de la actividad a desarrollarse y la naturaleza del impacto que pueda ocasionar sobre las comunidades, hacen imperativo que se desarrolle un proceso de consulta previa.

En sede de control abstracto de constitucionalidad, la Corte ha avanzado en ese ejercicio, de manera particular, en los casos en los que se ha planteado la existencia de un deber de consulta en relación con medidas legislativas susceptibles de afectar directamente a las comunidades indígenas y tribales.

Así, por ejemplo, en la Sentencia C-169 de 2001, en la que la Corte realizó el control oficioso y automático de constitucionalidad sobre Proyecto de Ley Estatutaria “Por la cual se reglamenta el artículo 176 de la Constitución Política de Colombia” en relación con la circunscripción nacional especial para asegurar la participación en la Cámara de Representantes de los grupos étnicos, las minorías políticas y los colombianos residentes en el exterior, se planteó por algunos intervinientes que el proyecto de ley bajo revisión, “al tener como objeto la reglamentación del artículo 176, y al hacer mención como lo hace del número, los requisitos y las condiciones en que los pueblos indígenas podemos acceder a tener una representación política en la Cámara de Representantes, indudablemente se constituye en una posible medida legislativa susceptible de afectar directamente a los pueblos indígenas de Colombia”, razón por la cual consideraban que, a la luz de lo dispuesto en el artículo 6º del Convenio 169 de la O.I.T., era necesario agotar el mecanismo de la consulta previa. La Corte resolvió sobre este punto en el sentido de que, no obstante que,

ciertamente, estaban presentes las condiciones objetivas que a la luz del Convenio 169 darían lugar a la consulta, la misma, en cada uno de los Estados signatarios, debía hacerse de conformidad con lo que sobre el particular se dispusiese en la Constitución y en la ley, y que en el caso presente "... ni la Constitución, ni el Congreso, han previsto la realización de la consulta previa cuando se adopten medidas legislativas como la que se estudia." Agregó, sin embargo, la Corte, que, aunque, por las razones anotadas, debía rechazarse el cargo formulado por los representantes de la ONIC, ello no obstaba para que, en un futuro, el Legislador se ocupase de regular la materia, con toda la amplitud que permite el Convenio 169 de la O.I.T. -para efectuar lo cual, de hecho, se le urgió, dada la importancia del tema-. Señaló la Corte que, en consecuencia, debería entenderse que lo dicho en ese fallo sobre la obligatoriedad de la consulta previa en los casos de medidas distintas a las previstas por el párrafo del artículo 330 Superior y por las disposiciones legales vigentes, sólo se debería aplicar en ausencia de una regulación integral de la materia por parte del Congreso.

En esa oportunidad la Corte precisó que la Constitución "... sólo reconoció explícitamente la obligatoriedad de la consulta previa en el supuesto de hecho previsto por el párrafo del artículo 330 ...", conforme al cual en las decisiones que se adopten respecto de la explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas, el Gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades, y que la Carta guardó silencio en cuanto a las medidas, legislativas o administrativas, que se adopten en hipótesis distintas a la explotación de recursos naturales en los territorios indígenas. Agregó la Corporación en esa Sentencia, que mediante la Ley 99 de 1993, se amplió el alcance de la anterior previsión constitucional a los casos de proyectos en territorios de comunidades negras, al disponer que "[l]a explotación de los recursos naturales deberá hacerse sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas y de las negras tradicionales de acuerdo con la Ley 70 de 1.993 y el artículo 330 de la Constitución Nacional, y las decisiones sobre la materia se tomarán, previa consulta a los representantes de tales comunidades"<sup>27</sup> y que en la Ley 70 de 1993 se había previsto la realización de consultas a las comunidades negras en tres hipótesis: "a) en la definición del plan de manejo de las áreas del Sistema de Parques Nacionales Naturales, cuando en ellos se encuentren familias o personas de comunidades negras que desarrollen prácticas tradicionales (art. 22); b) en la definición de la organización y el funcionamiento de los programas especiales de formación técnica, tecnológica y profesional para los miembros de dichas comunidades (art. 38); y c) en la conformación de la 'unidad de gestión de proyectos' que tendrá que existir en

los fondos estatales de inversión social, para el apoyo de las comunidades negras en los procesos de capacitación, identificación, formulación, ejecución y evaluación de proyectos (art. 58)” y su participación “... en el diseño, elaboración y evaluación de los estudios de impacto ambiental, socio-económico y cultural, que se realicen sobre los proyectos que se pretendan adelantar en las áreas a que se refiere esta ley”.<sup>28</sup>

En otras palabras, la Corte, aun cuando concluyó que la omisión del deber de consulta no producía efectos jurídicos sobre la ley entonces objeto de revisión, por ausencia de desarrollo legislativo sobre el particular, señaló que, hacia el futuro, si el legislador no se ocupaba de regular de manera integral la materia, cabría la posibilidad de aplicar directamente los criterios fijados sobre la obligatoriedad de la consulta en relación con medidas legislativas que puedan afectar a las comunidades indígenas y tribales, en los términos el artículo 6º del Convenio 169 de la OIT.

En la Sentencia C-418 de 2002, la Corte se pronunció sobre la constitucionalidad del inciso primero del artículo 122 de la Ley 685 de 2001 “por la cual se expide el Código de Minas y se dictan otras disposiciones”, en el que se regulan las zonas mineras indígenas, que había sido demandado por considerar que vulneraba los artículos 1, 79 y 330 de la Constitución Política, así como los artículos 6 y 7 del Convenio 169 de la OIT. La Corte resolvió declarar la exequibilidad condicionada de la disposición demandada, “...bajo el entendido que en el procedimiento de señalamiento y delimitación de las zonas mineras indígenas se deberá dar cumplimiento al parágrafo del Artículo 330 de la Constitución y al Artículo 15 del Convenio 169 de la OIT, aprobado por la Ley 21 de 1991.”

Observa la Sala que en esa sentencia, la Corte no se pronunció propiamente sobre el derecho de consulta aplicable a las medidas de carácter legislativo, sino que abordó el problema relativo a si la garantía de la consulta previa, para la ejecución de la ley, debía preverse de manera expresa en el texto de la norma acusada y si su ausencia configura una omisión legislativa relativa por tratarse de un ingrediente que de acuerdo con la Constitución sería exigencia esencial para armonizar con la norma superior. La Corte concluyó que si la delimitación y señalamiento de la “zona minera indígena” dentro de un determinado territorio indígena tiene por directa finalidad la de determinar el específico régimen de la explotación de los recursos naturales que se hallen en el suelo o en el subsuelo de aquel, debe darse aplicación a la regla contenida en el Artículo 330 de la Constitución en armonía

con lo dispuesto en el Convenio 169 de la OIT ( Ley 21 de 1991) y en aplicación de lo dispuesto en los Artículos 93 y 94 del Estatuto Superior.

En esa sentencia la Corte se pronunció en relación con unas normas del Código de Minas que habían sido demandadas a partir de un cargo general por la violación del derecho de los pueblos indígenas a la consulta. Puntualizó la Corte que "... de la concepción holística de territorio que ostentan los pueblos indígenas se puede concluir que la explotación de recursos naturales yacientes en territorios ancestrales hace parte de su esfera vital y de su forma de relacionarse directamente con la naturaleza, así como de su legado cultural y socio-económico. De esta manera, el principio participativo consagrado en el artículo 2° de la Constitución Política adquiere matices más intensos en relación con las comunidades indígenas." Agregó la Corporación que "... tratándose de asuntos mineros la anterior afirmación acusa mayores connotaciones, puesto que el proceso de la minería se concibe desde ese punto de vista como un ciclo de vida integral tendiente a satisfacer las necesidades de las presentes y futuras generaciones, y por sobre todo, respetuoso del desarrollo sostenible y la integridad étnica de los pueblos."

La Corte concluyó que, en razón de la materia y del territorio, en ese caso procedía un proceso de consulta previa a la expedición de la ley, el cual es distinto a la participación que se les debe dar a los pueblos indígenas a partir de su entrada en vigencia, esto es, con posterioridad a la expedición de la respectiva ley. En el análisis del caso concreto, sin embargo, la Corte encontró que aunque si se había surtido un proceso de consulta a los pueblos indígenas, el mismo había fracasado "... toda vez que no se llegó a ningún acuerdo entre las entidades gubernamentales y las comunidades indígenas, pese a los múltiples intentos de las primeras por discutir a fondo con las segundas el articulado del proyecto de ley." Agregó la Corte que "... las entidades gubernamentales encargadas de la organización de los distintos escenarios de discusión del proyecto de ley cumplieron con su obligación constitucional de someter a consideración de las comunidades indígenas dicho proyecto, con la finalidad de que éstas pudieran participar e intervenir en la redacción final de su articulado ...", razón por la cual no se encontró "... ningún reproche constitucional que admitir frente al proceso de consulta que se surtió en relación con la expedición de la ley parcialmente demandada, por cuanto los canales de participación indígena fueron razonables y suficientes, a pesar de no haberse podido llegar a un acuerdo entre los interlocutores. Vale decir, se respetó cabalmente el principio de participación y el derecho fundamental de consulta que

tienen los pueblos indígenas respecto de la explotación de recursos mineros yacientes en sus territorios.”

En la Sentencia C-620 de 2003, la Corte puso de presente que, de conformidad con lo preceptuado por el artículo 15 del Convenio 169 de 1989, adoptado por la conferencia de la OIT, “... norma que por referirse a un derecho fundamental forma parte del llamado bloque de constitucionalidad, el derecho de participación de las comunidades indígenas en la adopción de las decisiones relativas a los recursos naturales de propiedad estatal ubicados en su territorio, como es el caso de la sal de las Minas de Manaure, debe hacerse efectivo mediante el mecanismo de la consulta previa.”

Más adelante, en la Sentencia C-208 de 2007, la Corte expresó que la obligación impuesta al Estado, de consultar previamente a los grupos étnicos cada vez que se vayan a adoptar medidas legislativas o administrativas que los afecten directamente, es expresión concreta de los artículos 329 y 330 del mismo ordenamiento, que prevén la participación previa de las comunidades para la conformación de las entidades territoriales indígenas y para la explotación de los recursos naturales en sus territorios. En esa Sentencia la Corte llegó a la conclusión de que en el campo de la implantación de un sistema de educación especial para los grupos étnicos, el Convenio 169 de la O.I.T. prevé el mecanismo de la consulta previa, al consagrar expresamente en su artículo 27 que “Los programas y los servicios de educación destinados a los pueblos interesados deben desarrollarse y aplicarse en cooperación con éstos, a fin de responder a sus necesidades particulares, y deberán abarcar su historia, sus conocimientos y técnicas, sus sistemas de valores y todas las demás aspiraciones sociales, económicas y culturales”. Expresó la Corte que “[e]n esa medida, no cabe duda que la consulta previa para la adopción del sistema especial de educación de los grupos étnicos es un derecho fundamental de éstos y, por tanto, debe estar presente en cualquier medida de naturaleza legislativa o administrativa que pretenda tomar el Estado en la materia; medidas que, además, deben adoptarse teniendo en cuenta las particulares condiciones de los distintos grupos étnicos, de manera que se les garantice y asegure la preservación y continuidad de sus tradiciones e historia.”

En la Sentencia C-030 de 2008, la Corte declaró la inconstitucionalidad de la Ley General Forestal, por haberse omitido la consulta previa con las comunidades indígenas y afrodescendientes en el trámite de su aprobación. Sobre el particular, la Corte acotó que la

obligación de consulta prevista en el literal a) del artículo 6º del Convenio 169 de la OIT no puede interpretarse con el alcance de que toda la regulación del Estado, en cuanto que sea susceptible de afectar a las comunidades indígenas y tribales, deba someterse a un proceso de consulta previa con dichas comunidades, por fuera de los escenarios ordinarios de participación y deliberación democrática, y que dicho deber sólo se predica de aquellas medidas que, en el ámbito de la aplicación del Convenio, sean susceptibles de afectar directamente a tales comunidades. Sobre ese aspecto se dijo en la referida sentencia:

“Con todo, es preciso tener en cuenta que la especificidad que se requiere en una determinada medida legislativa para que en relación con ella resulte predicable el deber de consulta en los términos del literal a) del artículo 6 del Convenio 169 de la OIT, puede ser el resultado de una decisión expresa de expedir una regulación en el ámbito de las materias previstas en el convenio, o puede provenir del contenido material de la medida como tal, que, aunque concebida con alcance general, repercuta de manera directa sobre las comunidades indígenas y tribales.

En los anteriores términos, en cada caso concreto sería necesario establecer si opera el deber de consulta, bien sea porque se esté ante la perspectiva de adoptar una medida legislativa que de manera directa y específica regula situaciones que repercuten en las comunidades indígenas y tribales, o porque del contenido material de la medida se desprende una posible afectación de tales comunidades en ámbitos que les son propios”.

En el análisis del caso concreto la Corte observó que las previsiones de la ley forestal eran susceptibles de provocar efectos apreciables en áreas del territorio que, si bien no han sido formalmente delimitadas como territorios indígenas, o no han sido asignadas como propiedad colectiva de las comunidades negras, sí hacen parte del hábitat natural de tales comunidades, de modo que su afectación puede alterar significativamente el modo de vida de las mismas. Precisó la Corte que las comunidades establecen una estrecha relación con su entorno, más allá de las fronteras formales de sus territorios, y que la ley forestal podía tener impacto importante en aspectos como la conservación de la biodiversidad, la presión sobre la tierra, el manejo de los recursos hídricos, etc. Agregó la Corte que:

“No le corresponde a la Corte pronunciarse sobre los contenidos de la ley forestal, ni evaluar

los criterios orientados a mostrar, por ejemplo, unas eventuales bondades de la ley desde la perspectiva de conservación ambiental o, por el contrario, su impacto negativo en este frente. De lo que se trata en este escenario de control de constitucionalidad, a la luz del problema jurídico que se ha planteado, es, de advertir la presencia de opiniones encontradas en ese y en otros frentes, las cuales, independientemente del lado en el que se encuentre la razón, evidencian la necesidad de adelantar una consulta en los términos del artículo 6º del Convenio 169 de la OIT, precisamente en la medida en que, entre los objetivos de dicha consulta está el de enterar a las comunidades y discutir con ellas, los posibles efectos, positivos o negativos que una determinada medida legislativa pueda tener sobre ellas.

En este escenario, cabe observar, por ejemplo, que las experiencias del pasado reciente permitían a las comunidades indígenas y afrocolombianas abrigar un temor fundado sobre el impacto que un proyecto de Ley General Forestal podría tener sobre sus modos de vida, lo cual, a su vez, hacía patente su interés en participar, más allá de lo que concierne al gobierno de sus propios territorios, en la discusión de medidas de limitación, control y mitigación de tales impactos.”

En la Sentencia C-461 de 2008 la Corte declaró la exequibilidad de la Ley 1151 de 2007, “... en el entendido de que se suspenderá la ejecución de cada uno de los proyectos, programas o presupuestos plurianuales incluidos en la misma que tengan la potencialidad de incidir directa y específicamente sobre pueblos indígenas o comunidades étnicas afrodescendientes, hasta tanto se realice en forma integral y completa la consulta previa específica exigida por el bloque de constitucionalidad, de conformidad con las pautas trazadas para ello por la jurisprudencia constitucional.”

En esa sentencia, para la Corte, “[u]na lectura detenida de las distintas disposiciones contenidas en la Ley 1151 de 2007 revela que éstas prevén varios proyectos susceptibles de incidir de manera directa y específica sobre pueblos indígenas o comunidades afrodescendientes que residen en las zonas donde estos habrán de ser ejecutados. En efecto, varios proyectos y programas incluidos dentro del Plan Nacional de Inversiones, o resaltados por su importancia dentro de la Ley del Plan Nacional de Desarrollo, incidirán directa y específicamente sobre distintos grupos del país -independientemente de si su impacto será benéfico o perjudicial, cuestión cuya determinación atañe a las comunidades étnicas -indígenas o afrodescendientes- potencialmente afectadas en ejercicio de su autonomía y

sus derechos colectivos. Es claro para la Corte que, respecto de cada uno de estos proyectos individuales, sí existe una obligación estatal específica de realizar consulta previa, en su integridad y con pleno cumplimiento de los requisitos constitucionales precisados por la jurisprudencia constitucional (...).”

La Corte estimó, sin embargo que no era procedente declarar inexecutable como un todo la Ley 1151 de 2007, por cuanto “(...) (a) ésta contiene numerosas disposiciones diferentes, con distintos grados de generalidad, en relación con las cuales no existe un deber estatal de adelantar consulta previa con los grupos indígenas del país, (b) por ser separables de los artículos que conciernen directa y específicamente a los pueblos indígenas, y (c) por ser completamente ajenos a su ámbito de protección,” y que, por consiguiente, las decisiones que se adoptasen en ese proceso de constitucionalidad, se circunscribirían a las disposiciones específicas contenidas en la Ley del Plan Nacional de Desarrollo que pudiesen afectar en forma directa y específica a grupos indígenas o comunidades afrodescendientes de las zonas donde habrían de implementarse.

Consideró la Corte que resultaba posible, “... en aplicación del principio de conservación del derecho, proteger los valores y derechos constitucionales afectados por la inclusión en la Ley del Plan de disposiciones cuya consulta previa era obligatoria y se omitió, sin necesidad de recurrir a una declaratoria de inexecutable de toda la ley ni de todos los artículos de sus partes general y específica.”

Por otra parte, en la Sentencia C-175 de 2009, mediante la cual se declaró la inexecutable del Estatuto de Desarrollo Rural, por omisión del deber de consulta previa a las comunidades indígenas y afrodescendientes, la Corte manifestó que “... la jurisprudencia constitucional ha sostenido que la preservación de la identidad diferenciada de los pueblos indígenas y tribales y, de esta manera, la eficacia del mandato superior de reconocimiento y protección de la diversidad étnica, se logra a través de, entre otros mecanismos, la consulta previa. Para el caso particular de las medidas legislativas, la consulta se predica sólo de aquellas disposiciones legales que tengan la posibilidad de afectar directamente los intereses de las comunidades. Por lo tanto, aquellas medidas legislativas de carácter general, que afectan de forma igualmente uniforme a todos los ciudadanos, entre ellos los miembros de las comunidades tradicionales, no están prima facie sujetas al deber de consulta, excepto cuando esa normatividad general tenga previsiones expresas, comprendidas en el ámbito del

Convenio 169 de la OIT, que sí interfieran esos intereses. Debe aclararse, por supuesto, que en los casos en que la medida legislativa no afecte directamente a las comunidades indígenas y tribales, la participación de las mismas no se ve restringida, sino que se conduce a través de los mecanismos generales de participación a los que se hizo alusión en el fundamento jurídico 11 de esta sentencia.” Añadió la Corporación que “... la regulación de la propiedad agraria, en la que se encuentran asentadas las comunidades indígenas y tribales es un asunto de especial relevancia para la definición de su identidad ...” y que eso significa “... que el contenido del EDR, en cuanto implica la regulación sistemática y detallada de la propiedad agraria, es un asunto que recae dentro de las materias en donde el deber de consulta debe cumplirse por parte del Gobierno ...”, obligación que, prosiguió, se refuerza por la existencia de materias específicas que cumplen con el requisito previsto en el artículo 6º del Convenio 169 de la OIT, según el cual deben someterse al procedimiento de consulta previa aquellas medidas legislativas que afecten directamente a los pueblos indígenas y afrodescendientes, en cuanto que versan, entre otros aspectos, sobre la determinación del régimen jurídico predicable de los resguardos indígenas y los territorios de propiedad colectiva de las comunidades afrodescendientes. Para la Corte, por consiguiente, no existía duda alguna acerca de la exigibilidad de la consulta previa a los pueblos indígenas y tribales para el caso del EDR.

Finalmente, dentro de este recuento, cabe señalar que mediante Sentencia C-615 de 2009 la Corte declaró la inexecutable de la Ley 1214 de 2008, por medio de la cual se aprobaba el “Acuerdo para el Desarrollo Integral y Asistencia Básica de las Poblaciones Indígenas Wayúu de la República de Colombia y de la República de Venezuela”, por considerar que se había incumplido con el requisito de la consulta previa a las comunidades indígenas en lo que atañe a leyes aprobatorias de tratados internacionales

4.1.3. El derecho a la consulta previa también ha sido objeto de consideración por la Corte en una serie de decisiones de tutela a través de las cuales, en un conjunto muy variado de situaciones, ha ido perfilando el contenido de ese derecho en los casos concretos.

4.1.3.1. Así, en la Sentencia SU-039 de 1997 la Corte se ocupó del amparo constitucional que había sido solicitado en razón de la licencia ambiental que se había conferido para adelantar exploraciones sísmicas, en desarrollo del proyecto conocido como “Explotación Sísmica Bloque Samoré”, con el objeto de 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. Para los accionantes no era procedente la expedición de la licencia ambiental, porque no se había cumplido un trámite formal de consulta con las autoridades de la comunidad U'wa, que resultaba imperativo de acuerdo, tanto con la Constitución, como con las normas ambientales y con la legislación indígena, cuando se trata de adoptar decisiones relativas a la explotación de recursos naturales en los territorios indígenas.

La Corte, después de constatar que el procedimiento para la expedición de la licencia ambiental se había cumplido en forma irregular y con desconocimiento del derecho fundamental de la comunidad U'wa, en relación con la consulta que formal y sustancialmente había debido hacersele, declaró que se habían vulnerado no sólo los derechos de participación, y a la integridad de la comunidad U'wa, sino el derecho al debido proceso, y, en consecuencia, resolvió confirmar la decisión que, en primera instancia, había adoptado el Tribunal Superior de Bogotá, que había accedido a la tutela solicitada, en forma transitoria, y dispuesto que la resolución que confería la licencia ambiental sería inaplicable en cuanto atañe a los territorios ocupados por el pueblo U'wa, mientras no se cumpliera el proceso de consulta a dicha comunidad en debida y legal forma. La Corte ordenó, además 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 ..." y puntualizó que la tutela que se concedía, sobre el derecho fundamental a la participación de la comunidad U'wa, estaría vigente, mientras la jurisdicción de lo contencioso administrativo se pronunciaba en relación con la nulidad de la resolución que otorgó la licencia ambiental, y que para ese efecto la comunidad U'wa debería demandar dicha nulidad, si era del caso<sup>29</sup>, en los términos del artículo 76 de la Ley 99 de 1993.

4.1.3.2. En la Sentencia T-652 de 1998, la Corte encontró que el procedimiento para la expedición de la licencia ambiental que permitió la construcción de las obras civiles de la hidroeléctrica Urrá I se había cumplido en forma irregular, y con violación de los derechos fundamentales del pueblo Embera-Katío del Alto Sinú, pues se omitió la consulta que formal y sustancialmente debió hacersele. Para la Corte ello significaba que, no sólo resultaron

vulnerados el derecho de participación (C.P. art. 40-2 y parágrafo del art. 330), el derecho al debido proceso (C.P. art. 29), y el derecho a la integridad de este pueblo (C.P. art. 330), sino que se violó el principio del respeto por el carácter multicultural de la nación colombiana, consagrado en el artículo 7 Superior, y se venía afectando gravemente el derecho a la subsistencia de los Embera del Departamento de Córdoba (C.P. art. 11), a más de que el Estado había incumplido los compromisos adquiridos internacionalmente e incorporados al derecho interno por medio de la Ley 21 de 1991 en materia de protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas.

La Corte resolvió tutelar los derechos fundamentales a la supervivencia, a la integridad étnica, cultural, social y económica, a la participación y al debido proceso del pueblo Embera-Katío del Alto Sinú, pero, dado a que ya no cabía cumplir a posteriori con el requisito constitucional omitido, ordenó que se indemnizara "... al pueblo afectado al menos en la cuantía que garantice su supervivencia física, mientras elabora los cambios culturales, sociales y económicos a los que ya no puede escapar, y por los que los dueños del proyecto y el Estado, en abierta violación de la Constitución y la ley vigentes, le negaron la oportunidad de optar."

En esa oportunidad, la Corte también decidió ordenar a los Ministerios del Interior y del Medio Ambiente que inaplicasen el Decreto 1320 de 1998 en el proceso de consulta que debía cumplirse hacia adelante, "... pues resulta a todas luces contrario a la Constitución y a las normas incorporadas al derecho interno por medio de la Ley 21 de 1991 ...". De acuerdo con lo dispuesto por la Corte, dicha consulta debía adelantarse en los tres meses siguientes a la notificación del fallo de revisión, término que sólo se podría prorrogar, a petición del pueblo Embera-Katío del Alto Sinú, la firma propietaria del proyecto, la Defensoría del Pueblo o la Procuraduría Agraria, hasta por un lapso razonable que en ningún caso podrá superar al doble del establecido en la pauta anterior. Agregó la Corte que "... si en ese tiempo no es posible lograr un acuerdo o concertación sobre todos los temas, '.... 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'30".

4.1.3.3. En la Sentencia T-634 de 1999, la Corte resolvió no conceder la tutela que había sido impetrada como mecanismo transitorio por la Procuradora Delegada para Asuntos Etnicos, para la protección de los derechos de la comunidad indígena Arhuaca que se estimaban vulnerados por la creación, sin previa consulta, del municipio de Pueblo Bello, conformado por unos corregimientos y veredas que están dentro de la línea negra o zona teológica de dicha comunidad. Señaló la Corte que en ese caso existían otras vías judiciales: la acción popular y la contencioso-administrativa, razón por la cual la eventual afectación del derecho de consulta no era susceptible de protección por la vía de la acción de tutela.

4.1.3.4. En el año 2003, en la Sentencia SU-383 resolvió tutelar los derechos fundamentales a la diversidad e integridad étnica y cultural, a la participación y al libre desarrollo de la personalidad de los pueblos indígenas y tribales de la Amazonía colombiana y, en consecuencia, ordenar a la Presidencia de la República, a los Ministerios del Interior y la Justicia, y de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, al Consejo Nacional de Estupefacientes y a cada uno de sus integrantes, a la Dirección Nacional de Estupefacientes y a la Policía Nacional, consultar de manera efectiva y eficiente con las autoridades de dichos pueblos las decisiones atinentes al Programa de Erradicación de Cultivos Ilícitos que las entidades mencionadas adelantan en sus territorios, en los aspectos que a cada una de dichas entidades compete, “con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas”, con plena observancia de los principios y reglas contenidos en el Convenio 169 de la OIT, aprobado por la Ley 21 de 1991.

Puntualizó la Corte que el procedimiento de consulta debería iniciarse y culminar en un plazo de tres meses, contados a partir de la notificación de la sentencia y que, para ese efecto, las entidades antes nombradas deberían someter a consideración de las autoridades de los pueblos indígenas y de las organizaciones que los representan, dentro de los treinta días siguientes a la notificación de la sentencia, entre otros temas, “... i) el procedimiento y los términos en que se adelantarán las consultas, ii) el ámbito territorial de las mismas, y iii) la determinación de los medios adecuados para adelantar en el ámbito territorial respectivo la erradicación de los cultivos ilícitos ya sea mediante la aspersión aérea o por otro método alternativo, siempre y cuando que uno y otros garanticen en forma efectiva y eficiente los derechos fundamentales que mediante esta providencia se amparan.”

4.1.3.5. En la Sentencia T-955 de 2003 la Corte se pronunció sobre el derecho a la consulta

previa de los pueblos indígenas y tribales, con ocasión de la tutela interpuesta por el Consejo Comunitario Mayor Cuenca Río Cacarica en contra del Ministerio del Medio Ambiente, de la Corporación Autónoma Regional para el Desarrollo Sostenible del Chocó CODECHOCO y de Maderas del Darién S.A., el 14 de abril de 2001, y dispuso la suspensión de la explotación forestal que se adelantaba en el territorio colectivo de los accionantes, salvo los usos por ministerio de la ley, hasta tanto se adelantasen las consultas y la reglamentación que mediante esa providencia se ordenó. Dispuso la Corte que las entidades públicas accionadas, dentro de sus competencias, habrían de disponer lo necesario y consultar de manera efectiva y eficiente a las comunidades negras que habían venido ocupando las zonas rurales ribereñas de la Cuenca del Río Cacarica "... inicialmente i) sobre el procedimiento que dichas entidades utilizarán para adelantar una consulta definitiva, y ii) definido el procedimiento[,] sobre la reglamentación, asesoría, acompañamiento y capacitación que deberá regir la explotación forestal de sus bosques colectivos, a fin de asegurar el afianzamiento de la identidad cultural, propiciar un avance en su proceso comunitario, y asegurar el beneficio de las comunidades negras, en todos los campos."

La Corte ordenó "... que los procesos de consulta se inicien y terminen en el plazo de tres (3) meses, contados a partir de la definición sobre la representación legal del Consejo Mayor, que deberá adoptar el Ministerio del Interior y de la Justicia, en un término no mayor de un mes o antes de ser posible ..." y que, para el efecto, "... el Ministerio de Ambiente Vivienda y Desarrollo Territorial, y la Corporación Autónoma Regional para el Desarrollo Sostenible del Chocó CODECHOCO i) someterán a consideración de los representantes de las comunidades negras de la Cuenca del Río Cacarica, de las organizaciones de base de éstas comunidades, y de los accionantes i) el procedimiento, ii) los términos, y iii) los lugares en donde se adelantarán las consultas, atendiendo las condiciones de orden público de la región, y, culminada esta primera fase, adelantarán la consulta definitiva de los aspectos a que se refiere el punto Cuarto de esta decisión." También dispuso la Corte que "[e]l Tribunal Administrativo del Chocó, en su condición de juez de primer grado, vigilará el cumplimiento de esta decisión y adoptará las medidas que el desarrollo de los acontecimientos le indiquen, a fin restablecer real y efectivamente los derechos fundamentales conculcados, para lo cual conserva su competencia de conformidad con lo previsto en el Decreto 2591 de 1991."

4.1.3.6. En la Sentencia T-737 de 2005 la Corte se pronunció sobre la acción de tutela interpuesta por las autoridades del Cabildo Indígena Yanacona Villamaría de Mocoa, en

contra del Alcalde Municipal de Mocoa, porque consideraban que se habían violado sus derechos fundamentales de petición, libre desarrollo de la personalidad, igualdad, debido proceso y el principio de respeto y reconocimiento a la diversidad étnica y cultural, debido a que las autoridades municipales adoptaron unas decisiones que comprometían a la comunidad indígena, sin tener en cuenta que la parcialidad indígena del Pueblo Yanacona, localizada en el Municipio de Mocoa, vereda de Anamú, presentaba una división interna, lo que llevó a que un grupo de las familias optaran, el 30 de mayo de 2003, por separarse del grupo mayoritario en razón a diferencias en la administración de la parcialidad.

La Corte concedió el amparo solicitado, a partir de la consideración según la cual el Alcalde Municipal de Mocoa, al encontrarse enfrentado a un conflicto de las características referidas, en donde estaban en juego los intereses de la comunidad indígena Yanacona, debió, de manera inmediata, proceder a convocar a una consulta a las partes involucradas tal y como lo dispone el Convenio 169 de 1989 la OIT aprobado por la Ley 21 de 1991.

En consecuencia, la Corte resolvió ordenar al Alcalde Municipal de Mocoa, que, en el término de cuarenta y ocho horas contadas a partir de la notificación de la providencia, y si aún no lo hubiere hecho, iniciara el proceso consultivo con la comunidad correspondiente al pueblo Yanacona Villamaría de Mocoa, previsto en el artículo 6° de la Ley 21 de 1991, el que debería culminar en un periodo no superior a tres meses.

Precisó la Corte que, con el fin de respetar el derecho del pueblo a que se hace referencia, a ser consultado previamente sobre las decisiones que lo afecten, el Alcalde Municipal de Mocoa, con la asesoría del Instituto Colombiano de Antropología, consultaría a dicho pueblo en los treinta días iniciales, el procedimiento de la consulta y, concluido lo cual, adelantaría la consulta definitiva en los términos acordados.

4.1.3.7. En la Sentencia T-880 de 2006, la Corte se pronunció sobre las actividades exploratorias que la Empresa Colombiana de Petróleos ECOPETROL S.A. adelantaba en la vereda El Progreso, corregimiento de La Gabarra, jurisdicción del municipio de Tibú, Departamento de Norte de Santander, que habían sido cuestionadas sobre la base de que, no obstante que las mismas afectaban directamente al Pueblo Indígena Motilón Barí, no habían sido sometidas a un proceso de consulta previa.

La Corte resolvió que en ese caso era preciso, en primer lugar, establecer si en la zona de la

actividad exploratoria había presencia de la comunidad indígena Motilón Barí. Para ello, debía hacerse una consulta preliminar con las autoridades de la comunidad indígena, con procedimientos apropiados, cuya definición también debía ser objeto de consulta. Para ese efecto, y mientras se cumplía esa consulta preliminar, la Corte dispuso la suspensión de las actividades exploratorias que adelantaba Ecopetrol. En segundo lugar, en la sentencia se determinó que si se establecía la presencia del Pueblo Indígena Motilón Barí en la zona de influencia del Pozo Alamo 1, y, por consiguiente, la afectación que la actividad allí desarrollada podía producir en la integridad cultural, social y económica de dicho Pueblo, el Ministerio de Ambiente Vivienda y Desarrollo Territorial tendría que adoptar las medidas que resultasen necesarias para la suspensión definitiva de las actividades exploratorias, y para garantizar que los trámites de licencias y permisos con fines de exploración de recursos naturales en la región se adelanten previa consulta formal con las autoridades de la comunidad, especialmente en lo relativo al Estudio de Impacto y Plan de Manejo Ambiental que ECOPETROL S.A. debería elaborar, si mantenía su interés en las actividades de exploración.

Es importante destacar que en esa sentencia, la Corte también resolvió ordenar

a los Ministerios del Interior y de Justicia y de Ambiente Vivienda y Desarrollo Territorial y a ECOPETROL S.A. "... inaplicar, en los procesos de consulta que habrán de adelantar con el Pueblo Indígena Motilón Barí, por manifiesta incompatibilidad con la Carta Política, el Decreto 1320 de 1998; en su lugar, consultar a las autoridades indígenas los procedimientos y límites de espacio y tiempo que serán utilizados para adelantar las consultas definitivas, de buena fe, utilizando para el efecto métodos apropiados y con el fin de llegar a un acuerdo ...", precisando que "[s]i la concertación no fuere posible, las entidades accionadas, de manera objetiva, proporcionada y acorde con la protección de las riquezas culturales y naturales de la Nación, diseñarán de manera unilateral los procedimientos y fijarán las condiciones para adelantar las consultas definitivas."

4.1.3.8. En la Sentencia T-154 de 2009, la Corte se pronunció sobre la acción de tutela presentada por los Cabildos Gobernadores de los resguardos indígenas Kogui, Kankuano, Arhuaco y Wiwa de la Sierra Nevada de Santa Marta, quienes consideraban que la licencia ambiental otorgada por la Corporación Autónoma Regional de La Guajira (CORPOGUAJIRA), para la construcción de la presa del cercado y el distrito de riego del río Ranchería, se expidió

sin que la consulta convocada para el efecto se hubiese ceñido a los términos definidos para garantizar el derecho fundamental a la participación de los pueblos indígenas, según el artículo 169 de la OIT y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte Constitucional.

La Corte Constitucional, teniendo en cuenta que la licencia fue expedida en agosto 10 de 2005 y modificada en diciembre 5 del mismo año, y que la acción de tutela que pretendía restablecer los derechos fundamentales presuntamente afectados por aquel acto administrativo, sólo se propuso en diciembre 14 de 2007, declaró la improcedencia de la acción, por no sujetarse al principio de la inmediatez.

La Corte puso de presente que, dado que fueron efectuadas consultas con buena parte de las comunidades indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta, era posible inferir que, por conducto de éstas y por la notoriedad del proyecto, todas las demás moradoras en el contorno estaban en posibilidad de informarse de la existencia del proyecto, razón por la cual no se explica que "... sólo dos años después se acuda a una medida de 'protección inmediata', que se impone a través de 'procedimiento preferente y sumario', para procurar un fallo de 'inmediato cumplimiento'."

Puntualizó la Corte que, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, la consulta previa debe contar con la participación libre e informada de las comunidades, en el marco de sus costumbres y tradiciones, sin que la misma pueda tenerse por cumplida con la realización de simples trámites administrativos, en los cual las comunidades afectadas no hayan tenido la oportunidad de pronunciarse a fondo frente a los proyectos de explorar y explotar minerales en su territorio ancestral.

A partir del anterior recuento jurisprudencial es posible identificar los criterios que la Corte se ha ido decantando en torno al ámbito del derecho de consulta, a las condiciones en las cuales la misma debe llevarse a cabo y a las consecuencias jurídicas que se derivan de la omisión de la consulta previa en los supuestos en los cuales, de acuerdo con el ordenamiento constitucional, ella resulta imperativa.

#### 4.2. Ámbito del derecho a la consulta previa

Tal como se ha señalado, el derecho a la consulta previa se predica de las medidas administrativas o legislativas que sean susceptibles de afectar, de manera directa y específica, a las comunidades indígenas y afrodescendientes.

4.2.1. Ello implica, desde una perspectiva personal, la necesidad de identificar cuáles son las poblaciones o comunidades con conciencia e identidad cultural propias que podrían ser afectadas por una determinada actividad del Estado, así como las autoridades de dichos pueblos y las organizaciones que los agrupan, con quienes debería cumplirse el proceso de consulta.

4.2.2. En cuanto hace al ámbito territorial en el que se desenvuelve la consulta es preciso señalar que, de acuerdo con el artículo 13 del Convenio 169 de la OIT, “(...) los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación”.

En ese contexto, y como medida preliminar en orden a establecer la existencia de un derecho a la consulta previa, es preciso, como se señalara por la Corte a propósito de los indígenas de la Amazonía colombiana, “(...) determinar dónde principian y terminan los territorios indígenas (...), cuáles son los espacios indígenas propios y cuáles los compartidos, y en que lugares no se da, o nunca se ha dado presencia indígena”.

En particular, la Corte ha dicho que los artículos 330 y 329 constitucionales crean ámbitos de confrontación cultural específica, que obligan a las autoridades a redefinir la intervención estatal en los territorios ancestrales de los grupos étnicos.

Debe señalarse que, en desarrollo de las anteriores previsiones de la Constitución, en el Decreto 1320 de 1998, “por el cual se reglamenta la consulta previa con las comunidades indígenas y negras para la explotación de los recursos naturales dentro de su territorio” se señaló que la consulta previa tiene por objeto analizar el impacto económico, ambiental, social y cultural que puede ocasionarse a una comunidad indígena o negra por la explotación de recursos naturales dentro de su territorio, y que la misma procederá “... cuando el

proyecto, obra o actividad se pretenda desarrollar en zonas de resguardo o reservas indígenas o en zonas adjudicadas en propiedad colectiva a comunidades negras y que igualmente, se realizará consulta previa cuando el proyecto, obra o actividad se pretenda desarrollar en zonas no tituladas y habitadas en forma regular y permanente por dichas comunidades indígenas o negras, de conformidad con lo establecido en el siguiente artículo.”

Sobre el particular es preciso anotar que la OIT estableció, en opinión consultiva, que el Decreto 1320 de 1998 debía modificarse para ponerlo en conformidad con el Convenio 169 de la OIT en cuanto a la consulta y participación de los representantes de los pueblos indígenas, como quiera que en su trámite de expedición se prescindió de la consulta previa y que, en ese contexto, la Corte, en decisiones de tutela ha decidió inaplicar el referido decreto.

Por otra parte, el decreto, que, como también se ha dicho por la Corte, no obstante la salvedad reseñada, puede tenerse como elemento de referencia sobre la manera como debe proceder la consulta, tiene un ámbito de aplicación limitado, porque se refiere a las consultas que deban adelantarse en desarrollo de los artículos 329 y 330 de la Constitución, y no a otras hipótesis en las que, de acuerdo con la jurisprudencia, también procede la consulta previa.

Finalmente, también debe tenerse en cuenta que los desarrollos jurisprudenciales han restado eficacia general a las disposiciones del Decreto 1320 de 1998, en cuanto que, en aplicación directa de normas que hacen parte del bloque de constitucionalidad, han establecido unos criterios de procedibilidad de la consulta que son mucho más amplios que los allí previstos.

Así, la jurisprudencia ha señalado que “... con miras a preservar la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana, tal como lo prevé el artículo 7° de la Carta Política los procesos de consulta previa, previstos en el Convenio 169 de la OIT, tendrán que comprender todas las medidas susceptibles de afectar a los pueblos indígenas y tribales directamente, en particular los relacionados con “el hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera”, con el fin de salvaguardar plenamente sus derechos, así “las tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido

tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia”31. – artículos 13 y 14 Ley 21 de 1991-.”

El anterior criterio fue reiterado y precisado por la Corte en la Sentencia C-030 de 2008 cuando señaló que las comunidades indígenas y tribales establecen una estrecha relación con su entorno, más allá de las fronteras formales de sus territorios, y que las medidas que sean susceptibles de provocar efectos apreciables en áreas del territorio que, aunque no hayan sido formalmente delimitadas como territorios indígenas, o no se hayan asignado como propiedad colectiva de las comunidades negras, sí hagan parte del hábitat natural de tales comunidades, deben ser objeto de un proceso de consulta previa.

4.2.3. Finalmente, en relación con el ámbito material de la consulta, debe señalarse que si bien la jurisprudencia puntualizó, inicialmente, que la obligatoriedad de la consulta previa estaba supeditada a los desarrollos constitucionales y legislativos y que, en principio, el artículo 330 de la Constitución la había contemplado únicamente en relación con la explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas, posteriormente, la Corte, en aplicación directa de normas de valor constitucional, ha protegido el derecho de las comunidades indígenas y afrodescendientes a la consulta previa en relación con todas las medidas que sean susceptibles de afectarlas de manera específica y directa.

Sobre el particular, en la Sentencia C-030 de 2008 se expresó que aunque cabe señalar la conveniencia de que existan los niveles más altos de participación y que es deseable que la adopción de medidas administrativas y legislativas esté precedida de procesos amplios y efectivos de consulta con los interesados, el alcance vinculante del deber de consulta previsto en el Convenio 169 de la OIT es más restringido y se circunscribe a las medidas que de manera específica afecten a los pueblos indígenas y tribales.

4.3. Requisitos jurisprudenciales para la realización de la consulta

En la Sentencia C-461 de 2008 la Corte Constitucional hizo un completo recuento de los requisitos que ha trazado la jurisprudencia para la realización de la consulta previa con grupos étnicos, los cuales subsumió en las reglas que se enuncian a continuación.

“4.3.1. La naturaleza constitucional y de derecho fundamental de los procesos de consulta previa ha de ser el criterio orientador para su aplicación y desarrollo.

Los procesos de consulta previa son manifestaciones del derecho fundamental a la participación de los pueblos indígenas, que se encuentran expresamente reguladas por el derecho internacional y la Constitución Política dentro de un marco jurídico “fuertemente garantista”.<sup>32</sup> La Corte ha resaltado en distintas oportunidades “el carácter fundamental de la consulta previa y su estrecha relación con la subsistencia de los pueblos indígenas”.<sup>33</sup> En el marco de la protección de la integridad cultural, económica y social de los grupos étnicos colombianos, esta Corporación ha resaltado que la consulta previa es un asunto de interés general adecuado para la protección de la diversidad étnica y cultural de la nación, puesto que “es el mecanismo que permite ponderar los intereses de los pueblos indígenas y tribales en conflicto con intereses colectivos de mayor amplitud, a fin de poder establecer cual de ellos posee una legitimación mayor”.<sup>34</sup>

El derecho a la consulta previa es un mecanismo necesario e indispensable para asegurar que la realización de estos proyectos no afecte en forma irreversible las formas tradicionales de subsistencia de los grupos étnicos dentro de sus territorios, las cuales forman parte integrante de su estructura cultural propia y proveen la base para la preservación y el desarrollo en el tiempo de sus cosmogonías, saberes ancestrales y formas culturales. Tal y como lo ha precisado la Corte Constitucional en el pasado, haciendo referencia a ejemplos históricos concretos, la afectación de estos modos de subsistencia puede traer consigo, en no pocos casos, una amenaza cierta para la subsistencia misma de los pueblos indígenas o las comunidades afrodescendientes.<sup>35</sup> Es por esta razón que, según ha precisado esta Corporación, el derecho de los pueblos indígenas a la subsistencia de conformidad con sus formas y medios tradicionales de producción y reproducción material y cultural, dentro de sus territorios propios, es un derecho fundamental, porque de él depende la realización del derecho a la integridad cultural, social y económica de dichos grupos. La misma razón es predicable de las comunidades afrodescendientes y sus medios tradicionales de subsistencia en el contexto de sus territorios ancestrales.<sup>36</sup> El mecanismo de la consulta previa es un medio necesario para garantizar el respeto por tal derecho a la subsistencia, y lo que de él depende; de allí que la consulta previa adquiera, a su turno, la naturaleza de derecho fundamental.

En efecto, el derecho fundamental a la subsistencia de los grupos étnicos se puede ver drásticamente afectado por los cambios abruptos, de índole social, cultural y medioambiental, inducidos por la realización de proyectos en territorios indígenas que no han

sido debidamente consultados y sobre cuyas condiciones no se ha llegado a un acuerdo con las comunidades directa y específicamente afectadas. En tal medida, el derecho a la consulta previa de proyectos a realizarse en territorios de pueblos indígenas o comunidades afrodescendientes es un derecho fundamental, por constituir el medio a través del cual cada uno de estos pueblos o comunidades podrá incidir sobre la toma de decisiones sobre la implementación de proyectos en sus territorios, proyectos que a su turno pueden surtir impactos destructivos e irreversibles sobre su integridad social, material y cultural en tanto grupos étnicos, de no ser implementados en forma respetuosa los acuerdos a los que se haya llegado con cada colectividad en concreto.

La importancia de la realización del proceso de consulta previa con los grupos étnicos afectados cuandoquiera que se pretenda adelantar proyectos de exploración o explotación de recursos naturales en sus territorios, también se deriva de la necesidad de prevenir el desplazamiento forzoso de estos grupos como consecuencia de la implementación inconsulta de proyectos lesivos de su integridad étnica. En este sentido la Corte Constitucional ha expuesto que “la observancia estricta de esta modalidad de participación preocupa a la comunidad internacional, en razón de que los efectos de la minería y de los grandes proyectos inconsultos que se adelantan en los territorios indígenas ‘(..) amenazan con desplazar o ya han desplazado a cientos de miles de indígenas y tribus (..)’ de su hábitat 37.”<sup>38</sup>

6.3.2. Inadmisibilidad de posturas adversariales o de confrontación durante los procesos de consulta previa.

La consulta previa no es un proceso adversarial en el que las autoridades se contraponen a los grupos étnicos; por el contrario, es una oportunidad para que los grupos étnicos afectados participen efectivamente en los proyectos que, con su pleno e informado consentimiento, se hayan de realizar en sus territorios ancestrales, esencialmente orientada a garantizar la integridad de sus derechos colectivos: “...el derecho a la consulta previa, previsto en el Convenio 169, no conlleva el derecho de los pueblos indígenas y tribales a vetar las medidas legislativas y administrativas que los afectan, sino que se presenta como una oportunidad para que los Estados partes consideren y valoren las posiciones que sobre sus decisiones tienen los integrantes y representantes de las minorías étnicas nacionales, forzándose a propiciar un acercamiento y, de ser posible, un acuerdo.”<sup>39</sup>

6.3.3. Inadmisibilidad de procedimientos que no cumplan con los requisitos esenciales de los procesos de consulta previa; no asimilación de la consulta previa a meros trámites administrativos, reuniones informativas, o actuaciones afines.

Los procesos de consulta previa no son fines en sí mismos, sino medios para asegurar la protección de la supervivencia colectiva, la integridad cultural, los intereses comunitarios y los derechos fundamentales de las comunidades indígenas y afrodescendientes. En consecuencia, cada proceso de consulta previa “no se caracteriza por ser un simple ejercicio jurídico de respeto del derecho de defensa de quienes pueden verse afectados con una actuación del Estado, sino porque se busca asegurar por medio de esta consulta previa la efectiva protección de los intereses colectivos y derechos fundamentales<sup>40</sup> de las referidas comunidades.”<sup>41</sup>

La consulta previa no es un simple trámite administrativo, ni se asemeja a las vías procedimentales administrativas ordinarias para el ejercicio del derecho de defensa por los afectados por una determinada decisión de la Administración Pública. Se trata de un proceso cualitativamente diferente, de naturaleza constitucional, orientado a salvaguardar derechos fundamentales celosamente protegidos por la Carta Política; “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.”<sup>42</sup> En este orden de ideas, no tendrán valor de consulta previa: “la información o notificación que se le hace a la comunidad indígena sobre un proyecto de exploración o explotación de recursos naturales”;<sup>43</sup> ni los procesos consultivos realizados con posterioridad a la implementación de proyectos que han de ser consultados previamente;<sup>44</sup> ni los procesos de diálogo o información realizados con organizaciones indígenas que no han sido expresa y específicamente delegadas para ello por las autoridades tradicionales de las comunidades específicamente afectadas por los proyectos, ni las simples reuniones entre miembros de tales grupos étnicos y funcionarios o apoderados que no tienen la facultad de representar al Gobierno Nacional o a las comunidades indígenas o afrodescendientes afectadas.<sup>45</sup>

6.3.4. Necesidad de establecer relaciones de comunicación efectiva basadas en el principio de buena fe.

La consulta previa se debe llevar a cabo “de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias”,<sup>46</sup> para efectos de determinar las implicaciones de los proyectos que se busca adelantar, “a fin de definir la naturaleza y alcance de las medidas que se adopten, con la flexibilidad que el artículo 34 del Convenio permite”.<sup>47</sup> En efecto, según ha explicado la Corte, las consultas “deberán adelantarse de buena fe, atendiendo las circunstancias, con miras a un concertación”.<sup>48</sup> En idéntico sentido el artículo 6° del Convenio 169 dispone que la consulta a que los pueblos indígenas y tribales de los países miembros tienen derecho debe formularse “de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento de las comunidades indígenas, acerca de las medidas propuestas”.

La realización de la consulta de buena fe implica que ésta no se debe abordar como un mero procedimiento formal a cumplir, ni como un trámite, sino como un proceso de raigambre constitucional, con un contenido sustantivo que le es propio y orientado a preservar los derechos fundamentales de los pueblos afectados. De allí que se deba proveer información precisa, completa y significativa a los pueblos afectados sobre los proyectos que se pretende desarrollar en sus territorios, y que el objetivo fundamental del proceso participativo sea llegar a un acuerdo con tales pueblos, para proceder con el proyecto con respeto por sus derechos colectivos fundamentales: “...Siguiendo los lineamientos del Convenio 169 de la OIT, entonces, las consultas que se ordenan no podrán tomarse como un mero formalismo, puesto que su ejecución de buena fe comporta que [los pueblos afectados] sean informados del contenido del Programa que se adelantará en sus territorios, con el fin de procurar su consentimiento, sobre el impacto de las medidas en su hábitat, y en sus estructuras cognitivas y espirituales. (...) Y que también conozcan las medidas actualmente en ejecución, con todas sus implicaciones, con miras a que estos pueblos consientan en la delimitación y continuación del Programa, y estén en capacidad de discutir diferentes propuestas atinentes al mismo y también a formular alternativas.”<sup>49</sup>

Sobre este particular se deberá tener en cuenta que los objetivos específicos del proceso de consulta previa son tres:

“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.”

Con miras a lograr que los pueblos indígenas o las comunidades afrodescendientes con las que se adelante la consulta previa estén en plena capacidad de informarse y comprender la propuesta y sus implicaciones, así como de establecer su posición sobre el particular y hacerla valer a lo largo del proceso, es posible que estén acompañados por la Defensoría del Pueblo y la Procuraduría General de la Nación, cada una dentro de sus órbitas de competencia, y siempre y cuando así lo soliciten los grupos étnicos afectados.

6.3.5. Necesidad de valorar la importancia fundamental del territorio y de sus recursos para los grupos étnicos, y de apreciar sus circunstancias específicas.

Al llevar a cabo el proceso de consulta previa, en cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 13 del Convenio 169 de la OIT, las autoridades “deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con sus tierras y territorios, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, atendiendo de manera particular los aspectos colectivos de dicha relación.”<sup>50</sup>

Así mismo, en cada caso concreto, la determinación de la gravedad de la posible afectación de la integridad étnica y cultural del grupo indígena o la comunidad afrodescendiente en

particular, “el intérprete tendrá que remitirse, de todas maneras, a las características específicas de la comunidad, consultando el efecto de la medida en consideración al pueblo de quien se trata<sup>51</sup>”.<sup>52</sup>

6.3.6. Definición del procedimiento a seguir en cada proceso de consulta previa en particular mediante un proceso pre-consultivo a realizarse de común acuerdo con la comunidad afectada.

La manera en la que se habrá de realizar cada proceso de consulta previa, habrá de ser definida en forma preliminar con las autoridades de cada comunidad indígena o afrodescendiente, a través de un proceso pre-consultivo específicamente orientado a sentar las bases del procedimiento a seguir en ese caso en particular, respetando a las autoridades de cada comunidad y las especificidades culturales de la comunidad: “el proceso consultivo que las autoridades realicen ante los pueblos indígenas para tomar una decisión que afecte sus intereses, deberá estar precedido de una consulta acerca de cómo se efectuará el proceso consultivo”.<sup>53</sup> Ello, en la medida en que la flexibilidad establecida en el Convenio 169 de la OIT, y la diversidad propia de estos procesos, así lo exige: “los procesos de consulta previa no podrán responder a un modelo único aplicable indistintamente a todos los pueblos indígenas, pues para dar efectiva aplicación al Convenio 169 de la OIT y en especial a lo dispuesto en su artículo 6° y del artículo 7° de la Carta, los procesos de consulta deberán ante todo garantizar los usos y costumbres de los pueblos indígenas, respetando sus métodos o procedimientos de toma de decisiones que hubieren desarrollado.”<sup>54</sup>

A este respecto se debe tener en cuenta que una reglamentación jurídica rígida del procedimiento de consulta previa puede resultar inconstitucional en casos concretos, cuando de su aplicación se puedan derivar consecuencias contrarias a los mandatos plasmados en la Constitución y en las normas internacionales aplicables.<sup>55</sup> Las obligaciones internacionales consagradas en el Convenio 169 de la OIT otorgan al Estado colombiano un amplio margen de flexibilidad para determinar la manera en que se habrá de realizar la consulta previa. Sin embargo, es claro que las regulaciones procedimentales no pueden contrariar el contenido específico del derecho fundamental a la consulta previa o de los derechos conexos a él, ni ser incompatibles con el logro del objeto esencial de la consulta, como es tratar de llegar de buena fe a un acuerdo basado en el consentimiento libre, pleno e informado, del grupo étnico afectado.<sup>56</sup> En este sentido, la Corte ha recordado que las normas generales contenidas en

las leyes del Congreso que tocan la materia o en los distintos decretos generales expedidos por el Gobierno Nacional reglamentando el tema de la consulta previa,<sup>57</sup> constituyen “pautas facilitadoras de acercamiento entre los pueblos indígenas y el Estado” cuya compatibilidad con los derechos fundamentales de los pueblos implicados y con el objetivo esencial del proceso de consulta, ha de ser evaluada en cada caso concreto; en términos de la Corte, “hay que advertir que esos estatutos contienen conceptos tendientes a posibilitar el inicio de la concertación entre las partes a partir de la definición de algunas herramientas estructurales. Para todo caso es necesario señalar que dichas normas no pueden menoscabar la diversidad y autonomía de cualquier etnia<sup>58</sup> y por tanto, no constituyen un modelo único de acercamiento con los diferentes pueblos”.<sup>59</sup>

6.3.7. Necesidad de realizar un ejercicio mancomunado de ponderación de los intereses en juego, y de someter los derechos e intereses de los grupos étnicos afectados únicamente a aquellas limitaciones constitucionalmente legítimas.

La finalidad principal del proceso de consulta previa, cual es la de lograr un acuerdo con los grupos étnicos afectados (art. 6, Convenio 169 de la OIT), “exige que los pueblos consultados conozcan todos los aspectos de la propuesta y sus implicaciones, y que a su vez puedan recibirla, analizarla, difundirla, discutirla y responderla utilizando canales apropiados de persuasión, con miras a que sus intereses, prevenciones y recomendaciones sean considerados y valorados por sus interlocutores.”<sup>60</sup> Al realizar la ponderación entre los intereses enfrentados en un caso concreto, y con miras a dar adecuada protección al interés en preservar la diversidad étnica de la nación, deberá tenerse en cuenta que, según lo ha explicado la jurisprudencia constitucional, “sólo serán admisibles las restricciones a la autonomía de las comunidades, cuando se cumplan las siguientes condiciones: a. Que se trate de una medida necesaria para salvaguardar un interés de superior jerarquía (v.g. la seguridad interna). b. Que se trate de la medida menos gravosa para la autonomía que se les reconoce a las comunidades étnicas.”<sup>61</sup>

Los deberes básicos de las autoridades que llevan a cabo la consulta previa son los de ponderar y explorar los siguientes cuatro elementos: “i) la posición y las propuestas que éstos ostentan y formulen, ii) la garantía de los derechos fundamentales de los miembros de los pueblos indígenas y de los demás habitantes de los respectivos territorios -tales como el derecho a la vida e integridad personal, al libre desarrollo de la personalidad, a la seguridad y

a la salud-, iii) la protección del interés general de la nación colombiana a la diversidad étnica y cultural; y iv) el interés general y las potestades inherentes al Estado colombiano”.<sup>62</sup>

6.3.8. Preservación de la competencia para adoptar una decisión, no arbitraria y constitucionalmente regulada, en cabeza de las autoridades públicas si no es posible llegar a un acuerdo.

Como se advirtió, el proceso de consulta previa no es un mecanismo adversarial de confrontación de intereses, sino una oportunidad valiosa provista por la Constitución Política para que las autoridades públicas propendan porque los proyectos que afecten directa y específicamente a las comunidades étnicas sean respetuosos de sus derechos fundamentales colectivos e individuales a la integridad étnica, cultural, social y económica.

Sin embargo, cuando después de un proceso de consulta previa en el que hayan sido cumplidas plenamente las diversas garantías constitucionales expuestas en esta providencia, no haya sido posible lograr un acuerdo o una concertación con el grupo étnico afectado, las autoridades preservan la competencia para adoptar una decisión final sobre la realización del proyecto. La adopción de esta decisión es, a su vez, un proceso sujeto a claros mandatos constitucionales; tal y como ha explicado esta Corporación, “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.”<sup>63</sup> En igual sentido, la Corte ha señalado que “...si adelantadas las consultas de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, no se logra el consentimiento de los pueblos consultados acerca de las medidas propuestas, las entidades accionadas deberán evaluar, en lo que a cada una de ellas concierne, la gravedad de las lesiones individuales y colectivas que se causen con las medidas, a fin de implementarle al Programa los correctivos que sean necesarios para salvaguardar a las personas, sus bienes, instituciones, trabajo, cultura y territorio”.

En cualquier caso, la Corte recuerda que la participación, expresada a través de la consulta

previa, es una garantía de orden procedimental encaminada a respetar los derechos a la subsistencia y la integridad cultural de los grupos étnicos. Sin embargo, no es el único medio para alcanzar esta finalidad; de allí que en caso de generarse perjuicios actuales o potenciales para las comunidades indígenas o afrodescendientes del país como consecuencia de la realización de proyectos de exploración o explotación de recursos naturales en sus territorios, sigan abiertas las demás vías provistas por el ordenamiento jurídico constitucional para la protección de sus derechos fundamentales colectivos e individuales y el resarcimiento de cualquier daño causado. Además, y en esto la Sala Plena hace hincapié, la mera realización de la consulta previa no justifica la violación material posterior de los derechos fundamentales de los grupos indígenas o afrodescendientes afectados por un proyecto en concreto.”

## 5. Análisis del caso concreto

En esta oportunidad la Sala debe abordar el problema que suscita la expedición de la licencia ambiental para la construcción de un puerto multipropósito en el Municipio de Dibulla, Guajira, sin que para el efecto se haya surtido un proceso de consulta previa con las comunidades indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta, que consideran que el área en donde está previsto el desarrollo del proyecto, hace parte de su territorio ancestral y que, además, en ella se encuentra un lugar de pagamento.

5.1. El primer punto que debe resolverse en esta oportunidad es el que tiene que ver con la existencia misma del derecho a la consulta en este caso concreto.

Se advierte, en primer lugar, que la jurisprudencia constitucional ha señalado que cuando existan dudas sobre la procedencia de la consulta, debe adelantarse un escrutinio, preliminar pero formal, con las comunidades, en orden a establecer si existe una potencial afectación de sus derechos que haga imperativa dicha consulta.

En este caso, ese proceso preliminar no se cumplió, pese a que desde el principio se plantearon interrogantes sobre el particular, al punto que, en el intercambio de criterios entre las autoridades competentes, fue preciso que en nueve oportunidades se certificara acerca de la no presencia de comunidades indígenas en el área del proyecto para el cual se había solicitado la licencia ambiental.

Observa la Sala que aunque en el trámite de las certificaciones se hicieron contactos aislados con voceros de las comunidades indígenas, ellos no satisfacen los requerimientos jurisprudenciales en torno a la consulta formal con autoridades representativas.

La decisión se adoptó a partir de los criterios legales y reglamentarios según los cuales la consulta sólo procedía si se trataba de adelantar proyectos en resguardos o zonas con asentamientos permanentes y a partir de la constatación de que el área del proyecto no hacía parte de un territorio indígena jurídicamente establecido, no había en ella asentamientos permanentes de comunidades indígenas, ni existían allí sitios de pagamento formalmente reconocidos.

Se dejó a salvo la posibilidad de que, de acuerdo con lo manifestado por las autoridades indígenas que participaron en las consultas informales realizadas, existiesen en la zona del proyecto prácticas culturales por parte de las comunidades indígenas, lo que dio lugar a disponer un proceso de concertación.

Eso, aunque no supe la consulta, sí aporta unos parámetros objetivos para abordar la cuestión.

Los voceros de las comunidades indígenas expresan que hay un sitio sagrado, afirmación a partir de la cual se contempló el proceso de concertación y se ha fundamentado la presente solicitud de amparo. Esto es, la solicitud de amparo no cuestiona los presupuestos de la Resolución que concedió la licencia ambiental, ni las certificaciones de la Dirección de Etnias, sino que, a partir de lo allí afirmado, consideran que debía haberse cumplido el proceso de consulta, porque el proyecto está llamado a desarrollarse dentro del territorio ancestral de las comunidades de la Sierra Nevada de Santa Marta y en un sitio en el que existe un lugar de pagamento.

La pretensión de los accionantes, aunque no fue presentada inequívocamente en esos términos, puede descomponerse en dos elementos distintos de soporte: Por un lado, la pretensión de que el proyecto se desarrolla en una zona que hace parte del territorio ancestral de las comunidades indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta; por otra, la existencia, en el área del proyecto, de un sitio sagrado para las comunidades indígenas, que

se vería afectado por la puesta en marcha del mismo.

Aunque la potencial afectación de un proyecto sobre las comunidades conduce a la consulta, precisamente para definir, con la participación de dichas comunidades, la naturaleza y los niveles de esa eventual afectación, el cuestionamiento a una actividad del Estado por haber omitido la consulta tiene que partir de acreditar esos elementos, que son los presupuestos de la exigencia de consulta.

La gravedad de la afectación, por otra parte, es determinante del tipo de protección constitucional que cabe brindar.

Así por ejemplo, si como consecuencia de una acción del Estado, se produce el desplazamiento de unas comunidades, porque se vieron anegadas sus tierras de pastoreo, o agrícolas o de caza, hay una afectación más directa y de mayor entidad que cuando lo que se expresa es que un proyecto tiene un impacto general en el contexto del territorio ampliado en el que habitan las comunidades.

Encuentra la Corte que, en este caso, la actividad desplegada por las comunidades indígenas es indicativa de su interés especial por un proyecto que está llamado a desarrollarse dentro de lo que consideran su territorio ancestral.

Sobre esa base, y sin necesidad de un acercamiento preliminar más detallado, puede establecerse, en sede de tutela, que es preciso adelantar un proceso de consulta con las comunidades en orden a establecer el impacto del proyecto y, si es del caso, las medidas que deban adoptarse para mitigarlo.

5.2. Advierte la Corte que un elemento esencial del proceso de consulta definido en la jurisprudencia es el hecho de que el mismo debe cumplirse de acuerdo con el postulado de la buena fe.

Ello quiere decir, desde la perspectiva de las autoridades del Estado y de los particulares interesados en la medida susceptible de afectar a las comunidades indígenas:

La disposición para adelantar la consulta, acudir a los escenarios de participación que resulten pertinentes, suministrar la información necesaria para que las comunidades puedan evaluar el impacto de la medida, ser receptivos a las inquietudes que surjan en el trámite de

la consulta, valorarlas y obrar en consecuencia. Por el contrario, se opone al postulado de la buena fe, la reticencia en participar en los escenarios de consulta, o la obstaculización a los mismos, retener o demorar información relevante, actuar con actitud refractaria hacia las inquietudes de las comunidades indígenas y en plan de confrontación con ellas.

De esta manera, cuando en torno a la medida que da lugar a la consulta hay una confluencia de intereses, de manera que, además de las comunidades indígenas, hay otros sectores que pueden verse afectados por el sentido de la decisión que se adopte, la consulta previa no puede mirarse como un proceso adversarial, sino, por el contrario, como un escenario de armonización de intereses.

Desde el punto de vista de las comunidades indígenas, a su vez, la buena fe exige plantear ante las instancias correspondientes, de manera inmediata, tan pronto tengan conocimiento de una medida que sea susceptible de afectarles, el requerimiento de consulta y asumir el trámite dentro del espíritu de armonización que se ha señalado, sin que, particularmente, tenga cabida la utilización del instrumento de la consulta como medio para obstruir, obstaculizar o dilatar la ejecución de medidas legítimas. Ello implica aceptar que el proceso de la consulta previa es un escenario para la composición de los intereses divergentes, sin que quepa eludirlo, expresa o tácitamente, como estrategia para hacer prevalecer, al menos temporalmente una posición que no se ha dirimido en el lugar que, precisamente, se ha previsto para ello, que es la consulta.

En particular, cuando se trata de medidas que no afectan territorios indígenas formalmente declarados, la aproximación a la consulta no puede hacerse desde una perspectiva que absolutice una pretensión de recuperación de los territorios ancestrales y que desconozca la realidad de los asentamientos poblacionales que no hacen parte de las etnias indígenas y que plantean también legítimas aspiraciones de ocupación y aprovechamiento del espacio.

5.3. La consulta que debe adelantarse en esta oportunidad habrá de sujetarse a los siguientes parámetros:

La entidad responsable de adelantar la consulta con las comunidades potencialmente afectadas en el presente caso es el Ministerio del Medio Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial.

Para fijar el alcance de la consulta es preciso tener en cuenta que no se está dentro de los territorios indígenas oficialmente demarcados como tales, ni el proyecto se superpone con los puntos de pago reconocidos en la llamada “línea negra”, tal como fue formalmente adoptada, previa consulta con las comunidades indígenas.

Dentro del proceso de consulta debe tenerse presente la necesidad de armonizar visiones encontradas que tienen incidencia sobre el mismo territorio. Ello implica que la consulta se orienta a armonizar los intereses de comunidades distintas, cada cual con su ámbito propio de derechos, que no pueden excluirse mutuamente. Esto es, la garantía de los derechos de unos no puede conducir a la negación de los derechos de otros. No hay, ni poder de veto, ni cabe la pretensión de impulsar proyectos que se desentiendan de la afectación que pueden producir en las comunidades con consideración especial de su particular cosmovisión.

En el extremo, pueden existir proyectos o componentes de los mismos que resulten incompatibles con la supervivencia de las comunidades indígenas o de sus tradiciones culturales, sin que quepan medidas de armonización. Pero hay también escenarios en los cuales debe resolverse un encuentro intercultural, de tal manera que coexistan en el espacio y el tiempo cosmovisiones distintas, intereses y necesidades distintas. En tales eventos cabe adoptar las medidas orientadas a garantizar esa armonización en un escenario participativo.

El proceso de consulta debe respetar un límite temporal, porque, a partir de la identificación precisa de los elementos que se encuentran en juego es menester llegar a una definición, sin que quepa mantener en suspenso, de manera indefinida, las expectativas de las distintas comunidades.

#### 5.4. Síntesis de la situación en el caso concreto

.- El proyecto del Puerto Multipropósito de Brisa se desarrolla en una zona que es considerada por las comunidades indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta como parte de su territorio ancestral y en la cual se realizan prácticas culturales por dichas comunidades.

.- Con base en las disposiciones reglamentarias vigentes, la Dirección de Etnias certificó

en su oportunidad que en el área del proyecto no existe presencia de comunidades indígenas y que la misma no se superpone con lugares sagrados o de pagamento, de lo cual se dedujo que el trámite de la licencia ambiental para el Proyecto de Puerto Multipropósito de Brisa no estaba supeditado a la realización de un proceso de consulta previa con las comunidades indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta.

.- No obstante lo anterior, es claro que el proyecto puede afectar de manera directa a las comunidades indígenas porque incide sobre su entorno territorial y sobre lugares en los cuales realizan prácticas culturales, razón por la cual, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, en principio, debía haberse surtido un proceso de consulta, para establecer, en primer lugar, las razones por las cuales la misma se consideraba procedente, así como los términos y las condiciones en que debía realizarse, para, luego, establecido que la consulta era necesaria, proceder a consultar formalmente con las comunidades el impacto que para las mismas podría derivarse de la ejecución del proyecto.

.- Pese a que la existencia del proyecto fue conocida por las comunidades indígenas desde antes de la expedición de la licencia ambiental y a que el proyecto, de manera formal, se presentó ante las autoridades tradicionales de dichas comunidades, no en un trámite de consulta, pero sí dentro de la concertación que se dispuso por el MAVD, éstas no sólo se rehusaron a participar, argumentando, finalmente, que existía ambigüedad en la convocatoria y que la misma no satisfacía los requerimientos de la consulta que creían debía llevarse a cabo, sino que no adelantaron ninguna acción jurídica orientada a hacer valer el derecho que ahora invocan, al punto que transcurrieron dos años desde la expedición de la licencia ambiental hasta la fecha en la que se interpuso la acción de tutela.

.- Por la anterior consideración, no cabe cuestionar en sede de tutela la validez de la Resolución 1298 de 2006 mediante la cual se expidió la licencia ambiental a la empresa BRISA S.A. para el proyecto denominado "Construcción y Operación de la Fase 1 del 'Puerto Multipropósito de Brisa'," localizado en jurisdicción del Municipio de Dibulla, Corregimiento de Mingueo, Departamento de la Guajira, sin perjuicio de que la misma, en los términos de la ley, pueda ser controvertida por los interesados ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo.

.- No obstante lo anterior, como es posible que la ejecución del Proyecto de Puerto

Multipropósito Brisa afecte a las comunidades indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta, es preciso llevar a cabo un proceso de consulta, no ya sobre la licencia ambiental, sino en relación con tales impactos y la manera de evitarlos o mitigarlos.

.- Para el anterior efecto, la Corte Constitucional concederá el amparo solicitado, dispondrá la suspensión de las obras que se adelantan en ejecución de la resolución, y la simultánea realización de un proceso de consulta orientado a establecer los impactos que la ejecución del proyecto puede generar sobre las comunidades indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta, así como las medidas necesarias para prevenirlos, mitigarlos o evitarlos, todo lo cual habrá de cumplirse en un plazo no mayor a noventa días hábiles a partir de la notificación de esta providencia, plazo que la Corte ha considerado suficiente en otros escenarios de consulta<sup>64</sup> y que en este caso se explica, además, por la necesidad de definir la situación en un término breve en atención a la tardanza con la que se acudió a la acción de tutela y a las actividades de desarrollo del proyecto que se han venido realizando sobre la base de las decisiones administrativas y judiciales favorables al mismo.

### III. DECISION

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

#### R E S U E L V E

Primero.- LEVANTAR la suspensión de términos decretada en este proceso.

Segundo.- CONFIRMAR la sentencia proferida por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, el 13 de noviembre de 2008, que, a su vez, confirmó la decisión de la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, del 22 de septiembre de 2008, en lo concerniente a la improcedencia de la acción de tutela para resolver sobre la Resolución 1298 de 2006 y REVOCAR esa decisión en cuanto niega el restablecimiento de los derechos fundamentales de los Pueblos Indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta a la integridad económica y cultural, a la consulta previa y al debido proceso; para, en su lugar, conceder la protección solicitada.

Tercero.- ORDENAR a la Empresa Brisa S.A. suspender las actividades de desarrollo del

Proyecto de Puerto Multipropósito que adelante en desarrollo de la licencia ambiental conferida mediante la Resolución 1298 de 2006 del Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, MAVDT, hasta tanto la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, en su calidad de juez constitucional de primera instancia, disponga su reanudación.

Cuarto.- ORDENAR al Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, MAVDT, que, con la participación de la Dirección de Etnias del Ministerio del Interior y de Justicia y de la empresa Brisa S.A., adelante un proceso de consulta con las autoridades de las comunidades indígenas de la Sierra Nevada, mediante un procedimiento apropiado, previamente consultado con dichas autoridades, en orden a establecer la afectación que el Proyecto de Puerto Multipropósito de Brisa puede causar en la integridad cultural, social y económica de dichas comunidades. Este proceso deberá completarse en un periodo de sesenta (60) días hábiles contados a partir de la notificación de esta providencia, prorrogable, por solicitud de las partes, por una sola vez, por un periodo de treinta (30) días adicionales. Dentro del término de la consulta el MAVDT deberá proferir una resolución en la que se consignen los resultados de la misma. De no ser posible una decisión concertada, corresponderá al MAVDT definir la cuestión unilateralmente, sin desconocer las inquietudes y expectativas de las autoridades indígenas consultadas, con el fin de mitigar, corregir o restaurar los efectos de las medidas que pudieren tomarse sin su participación, sobre las riquezas culturales y naturales de la Nación.

De la anterior actuación se informará a la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, para que en el término de diez (10) días evalúe el proceso de consulta adelantado y disponga, según sea el caso, de acuerdo con las conclusiones que le sean presentadas, el levantamiento de la suspensión decretada en el numeral segundo de esta providencia, en las condiciones fijadas por el MAVDT, o el carácter definitivo de la medida, si así se solicita por el MAVDT como resultado de la consulta adelantada.

Quinto.- SOLICITAR a la Defensoría del Pueblo y a la Procuraduría General de la Nación que brinden su apoyo y acompañamiento al proceso de consulta dispuesto en esta providencia y que vigilen el pleno cumplimiento del presente fallo, con el fin de garantizar de manera efectiva los derechos aquí protegidos. Para el anterior efecto, por las Secretaría General de esta Corporación ofíciase a las entidades referenciadas.

Sexto.- LÍBRESE, por la Secretaría General de esta Corporación, la comunicación de que trata el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991, para los efectos allí contemplados.

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

GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Magistrado Ponente

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

1 Se trata de las Resoluciones 0621 de 2 de julio de 1998 y 0201 de 18 de marzo de 1999 del Ministerio del Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial.

2 Concejo Territorial de Cabildos.

3 El documento SENUNULANG - UMUNUKUNU, Sitios sagrados de los pueblos indígenas de la Sierra Nevada de Santa Marta, es producto del convenio entre el Consejo Territorial de Cabildos Indígenas de la Sierra Nevada, que agrupa los cuatro pueblos indígenas y sus organizaciones representativas (Confederación Indígena Tayrona, Organización Wiwa Yugumaiun, Bunkwanarrwa Tayrona, Organización Gonawindúa Tayrona y Organización Indígena Kankuama) y el Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial.

4 Sentencia T-880 de 2006.

5 Sentencia SU-039 de 1997. En esta sentencia la Corte tuteló transitoriamente los derechos

de participación, integridad étnica, cultural, social y económica y debido proceso del pueblo indígena U'WA, ordenando que éste sea consultado antes de proferir una resolución de exploración en su territorio. En igual sentido, entre otras, la Sentencia T-652 de 1998.

6 Ver, entre otras, las sentencias T-055 de 2008, T-495 de 2005, T-575 de 2002, T-900 de 2004 y T-403 de 2005.

7 Sentencia T-606 de 2004.

8 Sentencia T-132 de 2004.

9 Sentencia T-055 de 2008.

10 Sentencia T-730 de 2003.

11 Sentencia T-055 de 2008.

12 Ibid.

13 Ver, por ejemplo la Sentencia T- 1110 de 2005, entre otras.

14 Sentencia T-158 de 2006.

15 Cfr. Sentencia T-055 de 2008.

16 Ibid.

17 Sentencia T-055 de 2008.

18 Sentencia C-208 de 2007.

19 Ibid.

20 Convenio 169, artículo 7

21 Sentencia C-169 de 2001.

22 C.P. art. 329.

23 En el Capítulo IX de la Ley 5 de 1992 se regula la participación ciudadana en el estudio de los proyectos de ley, asunto en relación con el cual, en el artículo 230 se dispone que “Para expresar sus opiniones toda persona, natural o jurídica, podrá presentar observaciones sobre cualquier proyecto de ley o de acto legislativo cuyo examen y estudio se esté adelantando en alguna de las Comisiones Constitucionales Permanentes.”

24 La inclusión de las comunidades afrodescendientes dentro de los grupos tribales con identidad diferenciada, titulares del derecho de consulta, ha sido sustentada por la jurisprudencia constitucional en los términos siguientes: // “En lo relativo a esta definición particular, es de anotar que el término “tribal” difícilmente puede entenderse en el sentido restringido de una “tribu”. Este concepto forma parte de la tipología propuesta por los teóricos de la Antropología Social, quienes dividieron las sociedades humanas en “bandas”, “tribus”, “cacicazgos” y “Estados”, dependiendo de su estadio de complejización; haciendo a un lado el debate sobre la validez académica de estas categorías, lo cierto es que mal haría la Corte en aceptar, como parte del Derecho que tiene que aplicar, una determinada postura teórica. Por ese motivo, resulta más apropiado interpretar el término “tribal” en el sentido amplio en que lo han hecho entidades multilaterales como el Banco Mundial, el cual, en su Directiva Operacional No. 4.20 de Septiembre de 1.991, sobre políticas institucionales respecto de proyectos que afecten a los pueblos indígenas, especificó que los términos “pueblos indígenas”, “minorías étnicas indígenas” y “grupos tribales” se refieren, en general, a grupos sociales que comparten una identidad cultural distinta a la de la sociedad dominante. ||Es así como, en síntesis, la norma internacional en comento hace referencia a dos requisitos que deben concurrir a la hora de establecer quiénes se pueden considerar como sus beneficiarios: (i) Un elemento “objetivo”, a saber, la existencia de rasgos culturales y sociales compartidos por los miembros del grupo, que les diferencien de los demás sectores sociales, y (ii) un elemento “subjetivo”, esto es, la existencia de una identidad grupal que lleve a los individuos a asumirse como miembros de la colectividad en cuestión. || De la definición legal que consagra el artículo 2-5 de la Ley 70/93, se desprende que las comunidades negras cumplen con esta doble condición, y por ende se ubican bajo el supuesto normativo del Convenio mencionado. Esta definición, así como el establecimiento de un régimen especial de protección de la cultura e identidad de tales comunidades, constituyen tan sólo el reconocimiento jurídico de un proceso social que ha cobrado fuerza en años recientes, y que es ampliamente observable en varias regiones del país, a saber, la consolidación de un grupo poblacional que se autodenomina “negro”, a partir de distintos

tipos de organizaciones locales que, partiendo de la base de unas condiciones compartidas de existencia y de una creciente identidad colectiva, han resuelto darse a la tarea de promover mancomunadamente la defensa de sus intereses, históricamente desconocidos, cuando no vulnerados frontalmente, por la sociedad mayoritaria. Se trata, así, de un actor social emergente, no en el sentido de ser un fenómeno exclusivo de esta época -puesto que las comunidades negras se comenzaron a configurar desde los primeros tiempos de la esclavitud en nuestro país, cuando se establecieron los “palenques”, pueblos de esclavos fugitivos o “cimarrones”, y se sentaron las bases para lo que hoy aparece como una cultura propia-, sino en cuanto se trata de un grupo que sólo en las últimas décadas ha podido asumir la tarea de organizarse más allá del ámbito local o regional. En ese orden de ideas, el reconocimiento de estas comunidades, a nivel nacional, en tanto “grupo étnico”, es un presupuesto indispensable para su adecuada inserción en la vida política y económica del país. Por esa misma razón, su doble representación en la Cámara de Representantes, es una medida de diferenciación que halla una sólida razón de ser en sus condiciones materiales de existencia, respetando así el artículo 13 de la Carta, y las disposiciones pertinentes del Convenio 169 de la O.I.T. || Debe anotarse, eso sí, que el reconocimiento de derechos especiales a las comunidades negras no se hace en función de su “raza”, puesto que ello implicaría presuponer que, en un país con un grado tan alto de mestizaje como lo es Colombia, existen aún “razas puras”, lo cual es a todas luces inaceptable, y llevaría a efectuar futuras distinciones (odiosas) entre quiénes se deben considerar de “raza negra” y quiénes no, para efectos de acceder a los beneficios que otorga esta ley; con ello, se retrotraería al Estado colombiano a la época de las grandes clasificaciones coloniales basadas en los distintos grados de mezcla de sangres, que sustentaban un verdadero sistema de castas excluyentes, algo frontalmente incompatible con una democracia constitucional. Lo que es más, no sólo es un hecho reconocido que la categoría “raza” ha sido fundamentalmente revaluada por las ciencias sociales, sino que una clasificación semejante de los ciudadanos colombianos no podría ser objeto de una circunscripción electoral como la que se examina, ya que el artículo 176 de la Carta sólo hace referencia a grupos étnicos, y no a grupos “raciales”. Por ese motivo, debe quedar claro que los derechos colectivos de las comunidades negras en Colombia son una función de su status en tanto grupo étnico, portador de una identidad propia que es digna de ser protegida y realizada, y no del color de la piel de sus integrantes.” Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-169/01.

26 Ibid.

27 La realización de la consulta previa en la hipótesis de explotación de recursos naturales en territorios étnicos, se encuentra regulada a nivel reglamentario por el decreto 1320 de 1.998.

29 En la misma fecha en la que se presentó la acción de tutela, 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.

30 Sentencia SU-039/97 M.P. Antonio Barrera Carbonell.

31 Convenio 169 de la OIT, PARTE II// Tierras. // Artículo 13º 1. Al aplicar las disposiciones de esta parte del Convenio, los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación. // 2. La utilización del término “tierras” en los artículos 15 y 16 deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera. // Artículo 14º 1. Deberá reconocerse a los pueblos interesados el derecho de propiedad y de posesión sobre las tierras que tradicionalmente ocupan. Además, en los casos apropiados, deberán tomarse medidas para salvaguardar el derecho de los pueblos interesados a utilizar tierras que no estén exclusivamente ocupadas por ellos, pero a las que hayan tenido tradicionalmente acceso para sus actividades tradicionales y de subsistencia. A este respecto, deberá prestarse particular atención a la situación de los pueblos nómadas y de los agricultores itinerantes. // 2. Los gobiernos deberán tomar las medidas que sean necesarias para determinar las tierras que los pueblos interesados ocupan tradicionalmente y garantizar la protección efectiva de sus derechos de propiedad y posesión. // 3. Deberá instituirse procedimientos adecuados en el marco del sistema jurídico nacional para solucionar las reivindicaciones de tierras formuladas por los pueblos interesados.

32 Corte Constitucional, Sentencia T-737 de 2005, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

33 Sentencia T-382 de 2006.

34 Sentencia T-428 de 1992, M.P. Ciro Angarita Barón.

35 En la sentencia T-652 de 1998, la Corte explicó así la situación del pueblo indígena Embera-Katío del Alto Sinú, afectado por la construcción de la represa de Urrá: “En este marco doctrinal, y teniendo en cuenta las pruebas aportadas al proceso, es claro que la construcción de las obras civiles de la hidroeléctrica Urrá I resultaron más perjudiciales para la integridad cultural y económica del pueblo Embera-Katío del Alto Sinú, que la presión territorial y el infrarreconocimiento<sup>35</sup> a los que estuvieron sometidos desde la conquista española: tales obras no sólo constituyen otra presión territorial, sino que hicieron definitivamente imposible para este pueblo conservar la economía de caza, recolecta y cultivos itinerantes que le permitió sobrevivir por siglos sin degradar el frágil entorno del bosque húmedo tropical que habitan. // La pesca cotidiana, que de manera gratuita enriquecía la dieta embera con proteínas y grasas de origen animal, se hizo improductiva y no podrá volverse a practicar hasta después de una década o más; la caza, práctica esporádica y complementaria, no tiene objeto en los terrenos deforestados de Iwagadó y requiere de largos desplazamientos en Karagabí, a más de ser insuficiente para compensar la pérdida del pescado; la entresaca de madera está prohibida, y la rotación de cultivos seriamente restringida con la superposición de las tierras de los actuales resguardos con el Parque Nacional Natural; adicionalmente, con la inundación de la presa perderán las vegas aluviales que les permitían obtener al menos dos ricas cosechas al año; las corrientes que les permitían transportarse serán reemplazadas por aguas quietas; los referentes geográficos conocidos por todos y los sitios sagrados relacionados con rápidos y estrechos del río ya no van a estar allí cuando se inunde la presa. // Así, la economía tradicional de subsistencia ya no es posible, y la supervivencia de los Embera-Katío del Alto Sinú sólo será viable si se incorporan a la economía de mercado; es decir, si renuncian a la diversidad de productos naturales que aquel modo de producción les ofrecía y cambian -definitiva y apresuradamente-, sus prácticas tradicionales de caza y recolecta por actividades agrarias orientadas a la venta de las cosechas; paradójicamente, la legislación sobre protección ambiental les prohíbe hacerlo por la superposición de sus tierras con el parque nacional natural.”

36 En este sentido, la Corte explicó en la sentencia T-652 de 1998: “Siendo este el caso de la mayoría de las comunidades indígenas en el país, la Corte Constitucional ha reiterado el carácter fundamental del derecho a la propiedad colectiva de los grupos étnicos sobre sus

territorios, no sólo por lo que significa para la supervivencia de los pueblos indígenas y raizales el derecho de dominio sobre el territorio que habitan, sino por que él hace parte de las cosmogonías amerindias y es substrato material necesario para el desarrollo de sus formas culturales características. (...) Además, la Corte ha reconocido que los pueblos indígenas son sujetos de derechos fundamentales, y señaló que si el Estado no parte de garantizar uno de ellos, el derecho a la subsistencia, tales colectividades tampoco podrán realizar el derecho a la integridad cultural, social y económica que el Constituyente consagró a su favor. (...) Teniendo en cuenta que la explotación de recursos naturales en los territorios tradicionalmente habitados por las comunidades indígenas origina fuertes impactos en su modo de vida, (...) en esos casos, su derecho a ser previamente consultados tiene carácter de fundamental.”

37 Una Agenda Internacional, Burger Julián, responsable del programa a favor de los pueblos indígenas en el Centro de Naciones Unidas por los Derechos Humanos, en “Estado de los Pueblos” Cultural Survival 1993, ediciones bellaterra 2000, Barcelona.

38 Sentencia SU-383/03, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

39 Sentencia SU-383 de 2003, M.P. Álvaro Tafur Galvis, reiterando jurisprudencia previa de la Corte.

40 Ver sentencia T-380 de 1993, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. En el mismo sentido ver sentencia SU-383 de 2003, M.P. Álvaro Tafur Galvis, en el caso de la acción de tutela instaurada por la Organización de los Pueblos Indígenas de la Amazonía Colombiana OPIAC en contra de la Presidencia de la República y otros.

41 Corte Constitucional, sentencia T-737 de 2005 (M.P. Álvaro Tafur Galvis).

42 Sentencia SU-039 de 1997, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

43 Sentencia SU-039 de 1997, M.P. Antonio Barrera Carbonell. En igual sentido, ver la sentencia C-620 de 2003: “La jurisprudencia ha indicado al respecto que, teniendo en cuenta lo regulado por el artículo 34 del referido convenio de la OIT, según el cual ‘la naturaleza y el alcance de las medidas que se adopten para dar efecto al presente Convenio deberán determinarse con flexibilidad, tomando en cuenta las condiciones propias de cada país’, el

compromiso del Estado colombiano de adelantar las mencionadas consultas es de gran amplitud y debe ser interpretado flexiblemente según las circunstancias. Sin embargo ha precisado que dado que el derecho a la consulta tiene por objeto garantizar la participación en la adopción de las decisiones que afectan a las comunidades, no puede consistir en una simple información a dichos entes colectivos, sino que debe propiciar espacios de concertación en la escogencia de las mediadas.”

44 “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.”. Sentencia SU-039 de 1997, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

45 “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.” Sentencia SU-039 de 1997, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

46 Sentencia SU-383 de 2003, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

47 Sentencia SU-383 de 2003, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

48 Sentencia SU-383 de 2003, M.P. Álvaro Tafur Galvis, reiterando jurisprudencia previa de la Corte.

49 Sentencia SU-383 de 2003, M.P. Álvaro Tafur Galvis, reiterando jurisprudencia previa de la Corte.

50 Sentencia SU-383 de 2003, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

51 Sentencia T-349 de 1996, en igual sentido T-523 de 1997 M.P. Carlos Gaviria Díaz.

52 Sentencia SU-383 de 2003, M.P. Álvaro Tafur Galvis, reiterando jurisprudencia previa de la Corte.

53 Corte Constitucional, sentencia T-737 de 2005 (M.P. Álvaro Tafur Galvis).

54 Corte Constitucional, sentencia T-737 de 2005 (M.P. Álvaro Tafur Galvis).

55 De esta manera, en la sentencia T-652 de 1998 la Corte inaplicó la regulación contenida en el Decreto 1320 de 1998, por resultar en el caso concreto contraria a la Carta Política - y en su lugar fijó las pautas mínimas que debían seguirse en el proceso de consulta subsiguiente: "(...) la firma propietaria del proyecto no ha reconocido los reales efectos de la obra sobre los recursos ictiológicos de toda el área de influencia de la hidroeléctrica, ni el largo término y alto costo que requerirá el repoblamiento de los ríos del área con especies nativas (mucho mayores desde que se decidió no remover la mayor parte de la biomasa presente antes de llenar la presa), ni los efectos sobre las condiciones climáticas de las cuencas, ni los impactos previsibles sobre la morbi-mortalidad en la zona de influencia de la represa. // Por estas razones, por las irregularidades que se han presentado en el reconocimiento de las autoridades embera (asunto que considerará esta Sala en aparte posterior), y porque aún no se ha iniciado la concertación del régimen aplicable al área de superposición del Parque Nacional Natural del Paramillo y los actuales resguardos, la aplicación del Decreto 1320 de 1998 a este proceso de consulta resultaría a todas luces contrario a la Constitución y a las normas incorporadas al derecho interno por medio de la Ley 21 de 1991; por tanto, se ordenará a los Ministerios del Interior y del Medio Ambiente que lo inapliquen, y atiendan en este caso las siguientes pautas: a) debe respetarse el término ya acordado para que los representantes de los indígenas y sus comunidades elaboren su propia lista de impactos del llenado y funcionamiento de la represa; b) la negociación de un acuerdo sobre la prevención de impactos futuros, mitigación de los que ya se presentaron y los previsibles, compensación por la pérdida del uso y goce de parte de los terrenos de los actuales resguardos, participación en los beneficios de la explotación de los recursos naturales, y demás temas incluidos en la agenda de la consulta, se adelantará en los tres (3) meses siguientes a la notificación de este fallo de revisión; c) este término sólo se podrá prorrogar, a petición del pueblo Embera-Katío del Alto Sinú, la firma propietaria del proyecto, la Defensoría del Pueblo o la Procuraduría Agraria, hasta por un lapso razonable que en ningún caso podrá superar al doble del establecido en la pauta anterior; d) si en ese

tiempo no es posible lograr un acuerdo o concertación sobre todos los temas, “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” [SU-039/97].”

56 En la sentencia C-169 de 2001 la Corte Constitucional explicó que el Convenio 169 “(...)otorga a los Estados Partes un importante margen de discrecionalidad para determinar las condiciones en que habrán de dar cumplimiento a los deberes internacionales que allí constan; ello, por supuesto, en la medida en que las Partes hagan uso de dicha flexibilidad sin dejar de cumplir con el objeto esencial de sus obligaciones que, en este caso, consiste en asegurar la efectiva participación de los grupos étnicos en las decisiones que les conciernan: de lo contrario, se estaría dando al artículo 34 citado un alcance que riñe con las normas más elementales sobre interpretación de tratados, como la que consta en el artículo 31-1 de la Convención de Viena de 1.969, según la cual ‘un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin’ (subraya fuera del texto). // Dada la configuración constitucional del Estado colombiano, los órganos indicados para determinar cuándo y cómo se habrá de cumplir con la citada obligación internacional son, en principio, el Constituyente y el Legislador, ya que son éstos, por excelencia, los canales de expresión de la voluntad soberana del pueblo (art. 3, C.N.). En consecuencia, la Corte Constitucional, al momento de determinar cuándo resulta obligatorio efectuar la consulta previa a los grupos étnicos, debe estar sujeta a los lineamientos constitucionales y legales existentes, éstos últimos en la medida en que no desvirtúen el objeto y finalidad del pluricitado Convenio, ni contraríen la plena vigencia de los derechos fundamentales de tales etnias”. Igualmente, en la sentencia T-382 de 2006, la Corte señaló que “conforme al artículo 34 del convenio, existe un margen ‘flexible’ para que el Estado, a través de los órganos competentes, determine los límites dentro de los cuales opera el derecho de consulta previa. (...) el derecho de consulta previa está sujeto a los lineamientos constitucionales y legales que faciliten y precisen la participación de los pueblos indígenas en las decisiones legislativas y administrativas que les afecten. Sin embargo, esta condición tiene como límite irrestricto la vigencia de los derechos fundamentales de las diferentes etnias y, por supuesto, las directrices del convenio que, por

hacer parte de bloque de constitucionalidad, tienen prevalencia en el orden interno”.

58 Sobre este asunto el artículo 5 del Convenio 169 dispone: “Al aplicar las disposiciones del presente Convenio: || a) deberán reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos 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”. Adicionalmente, el artículo 8 prescribe: “1. Al aplicar la legislación nacional a los pueblos interesados deberán tomarse debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario”.

59 Sentencia T-382 de 2006, M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

60 Sentencia SU-383 de 2003, M.P. Álvaro Tafur Galvis.

61 Sentencia SU-383 de 2003, M.P. Álvaro Tafur Galvis, reiterando jurisprudencia previa de la Corte.

62 Sentencia SU-383 de 2003, M.P. Álvaro Tafur Galvis, reiterando jurisprudencia previa de la Corte.

63 Sentencia SU-039 de 1997, M.P. Antonio Barrera Carbonell.

64 Ver, por ejemplo, las sentencias T-955 de 2003 y T-737 de 2005.