

Sentencia T-769-09

COMUNIDAD INDIGENA-Protección estatal

CONSULTA PREVIA DE COMUNIDADES INDIGENAS-Instrumento básico para preservar su integridad étnica, social, económica y cultural

COMUNIDAD INDIGENA-Exploración y explotación de los recursos naturales dentro de sus territorios

La exploración y explotación de los recursos naturales en los territorios nativos hace necesario armonizar dos intereses contrapuestos: la necesidad de planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales en los referidos territorios para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución (art. 80 Const.); y la de asegurar la protección de la integridad étnica, cultural, social y económica de las comunidades indígenas y afrodescendientes que ocupan dichos territorios, es decir, de los elementos básicos que constituyen su cohesión como grupo social y que, por lo tanto, son el sustrato para su mantenimiento. La exploración y explotación de los recursos naturales en estos territorios protegidos, debe hacerse compatible con la protección que el Estado debe dispensar a la integridad social, cultural y económica de las comunidades nativas, integridad que como se ha visto antes configura un derecho fundamental para la comunidad, por estar ligada a su subsistencia como grupo humano y como cultura.

MINISTERIO DE MEDIO AMBIENTE-Deberá antes de realizar la consulta previa, realizar un estudio detallado de la exploración y explotación de la naturaleza en territorios nativos

Es importante precisar que antes de realizarse dicha consulta previa, esta corporación señala que el Ministerio de Medio Ambiente, deberá realizar un estudio detallado frente a la explotación y exploración de la naturaleza en los territorios nativos, y así verificar dos aspectos: i) si existe una vulneración de los derechos de los indígenas y afrodescendientes en su territorio; y ii) determinar el impacto ambiental que se genera en dichas zonas. Por ende, si esa cartera informa al ministerio del Interior y de Justicia que no se cumple algunos de estos dos requisitos, ello será vinculante y el Ministerio del Interior y de Justicia no podrá iniciar la consulta previa.

CONSULTA PREVIA DE COMUNIDADES INDIGENAS-Aspectos en torno a su alcance y contenido

DEBIDO PROCESO-Vulneración por cuanto no se informó ni se consultó a todas las comunidades indígenas afectadas

Referencia: expediente T-2315944.

Acción de tutela instaurada por Álvaro Balarín y otros, contra los Ministerios del Interior y de Justicia; de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial; de Defensa; de Protección Social; y de Minas y Energía.

Procedencia: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil.

Magistrado Ponente:

Dr. NILSON PINILLA PINILLA

Bogotá, D. C., veintinueve (29) de octubre de dos mil nueve (2009).

La Sala Séptima de Revisión de la Corte Constitucional, integrada por los magistrados Nilson Pinilla Pinilla, Humberto Antonio Sierra Porto y Jorge Iván Palacio Palacio, en ejercicio de sus competencias constitucionales y legales, ha proferido la siguiente

SENTENCIA

en la revisión del fallo proferido en segunda instancia por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, dentro de la acción de tutela instaurada por Álvaro Balarín y otros, contra los Ministerios del Interior y de Justicia; de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial; de Defensa; de Minas y Energía; y de Protección Social.

El asunto llegó a la Corte Constitucional por remisión que hizo la referida Sala, en virtud de lo ordenado por el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991; el 30 de julio 2009; la Sala N° 7 de Selección lo eligió para revisión.

I. ANTECEDENTES.

Los señores Álvaro Bailarín, Benerito Domico, Hugo Rentería Durán, Germán Pernía, Argemiro Bailarín Bailarín, José Miguel Majore Bailarín, Zaginimbi Bailarín, Macario Cuñapa Bailarín, Andrés Domico y Javier Bailarín Carupia (miembros de la Comunidad Bachidubi, Resguardo Río Murindó), elevaron acción de tutela en abril 23 de 2009, ante la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá, aduciendo vulneración de los derechos “a la vida, a la seguridad personal, a la consulta previa, a la existencia, a la integridad cultural y social, a la identidad cultural, a la autonomía de las comunidades culturales, a la protección de la riqueza de la Nación y al debido proceso”, por los hechos que a continuación son resumidos.

A. Hechos y relato efectuado por los demandantes.

1. Manifestaron los actores que en abril 14 de 2004, la compañía Muriel Mining Corporation presentó un proyecto de contrato de concesión denominado Mandé Norte, para la exploración y explotación de una mina “de cobre, oro, molibdeno y minerales concesibles”, en los departamentos de Antioquia y Chocó (f. 715 cd. inicial).

Refirieron los accionantes que en febrero 4 de 2005, el Gobernador de Antioquia suscribió el “Contrato Único de Concesión Minera”, con la sociedad Muriel Mining Corporation, en el cual se estableció un término de duración de 30 años, prorrogable por el mismo período, según lo dispuesto en la “cláusula 4.4.4.” (f. 715 ib.)

2. Indicaron los demandantes que el proyecto Mandé Norte, cubre parte de los territorios del Resguardo Indígena “Embera de Uradá Jiguamiandó” y afecta “a más de once comunidades indígenas, dos comunidades negras y un número indeterminado de comunidades campesinas” (f. 716 ib.). Además, adujeron que la ejecución del proyecto perturba directamente “los territorios ancestrales de otras comunidades indígenas cuyos asentamientos y resguardos se encuentran en los municipios de Frontino Murry, Urrao, Vigía del Fuerte, Carmen del Darién y el Municipio de Murindó” (f. 717 ib.).

3. Aseveraron que el proyecto genera un grave impacto ambiental que “pone en riesgo la biodiversidad”, dado que la zona motivo de explotación y exploración es “rica en especies endémicas de flora y fauna - ocupa el segundo lugar en el mundo en

especies de aves”; indicaron que “la extracción, el refinado, el uso dispersivo y los residuos de los metales y los minerales pueden causar problemas ambientales locales significativos”. En el mismo sentido señalaron que afecta “las cabeceras de los ríos, nacimientos de aguas que sirven como fuente directa a las comunidades para su consumo”, donde se generaría un impacto ambiental en los “cultivos de pancoger, los animales y la salud de las personas, significando con esto la pérdida de las economías tradicionales, base de la supervivencia... de los pueblos indígenas y tribales” (fs. 718 y 719 ib.).

5. Igualmente, señalaron que en marzo 28 siguiente, se realizó una reunión de información de consulta previa en el municipio de Carmen del Darién, con el Consejo Comunitario Mayor, el Cabildo Mayor y el Consejo Comunitario del Curvaradó, los cuales tampoco tenían potestad para decidir “sobre aspectos de los territorios ancestrales de la comunidades negras e indígenas de la cuenca del Jiguamiandó” (f. 720 ib.). Así, sostuvieron los actores que algunas de las comunidades que se ven afectadas por el proyecto Mandé Norte, no se encontraban representadas por las autoridades mencionadas.

Adicionalmente, indicaron que en la referida reunión no estuvieron presentes los representantes de las comunidades del Río Jiguamiandó, las cuales son Nueva Esperanza, Pueblo Nuevo, Bella Flor Remacho, Uradá; las comunidades del Resguardo del Río Murindó, conformadas por Guagua, Isla, Ñaragué, Rancho Quemado, Coredó, Turriquitadó Alto y Llano; y el Resguardo de Uradá Jiguamiandó, en donde se encuentran las comunidades Coredocito-Alto Guayabal, Nueva Cañaveral y Uradá.

Los actores también plantearon que la actuación del Consejo Comunitario Mayor de Carmen del Darién, representado por Manuel Moya Lara, es inexistente e ilegal, y que éste incurrió en el delito de fraude procesal por firmar una consulta previa en la cual él no era el representante, investigación que se adelanta desde septiembre 18 de 2007, en la Fiscalía 88 Seccional.

6. Sostuvieron que en abril 28 siguiente, se realizó otra reunión “interétnica” entre las comunidades indígenas y afrodescendientes de Carmen del Darién, con el objeto de discutir el proyecto Mandé Norte, donde estuvieron presentes las comunidades de Puerto

Lleras, Pueblo Nuevo del Río Jiguamiandó, cuatro consejeros del municipio del Darién y el señor Manuel Moya Lara, actuando como representante legal de la comunidad de Carmen del Darién, donde se estuvo “de acuerdo con la primera fase de exploración del proyecto”. No obstante, las personas que se encontraban presentes indicaron no tener permiso “de las autoridades indígenas para participar”, sin embargo, apoyaron la propuesta de las comunidades negras (f. 721 ib.).

7. Manifestaron que en abril 29 de 2007, se efectuó una convocatoria del Ministerio del Interior y de Justicia, con el objeto de protocolizar mediante acta la “consulta previa entre las comunidades negras de Carmen del Darién, Puerto Lleras, Curvaradó, y Pueblo Nuevo con la empresa MMC para el proyecto minero Mandé Norte”; dicha acta también fue firmada por el señor Manuel Moya Lara, entre otras personas (f. 721 ib.).

8. En junio 20 de 2007, en Murindó se ejecutó una reunión con la Dirección de etnias del Ministerio del Interior y con la comunidad del Consejo Mayor de Murindó, donde estuvieron presentes “20 personas de algunas comunidades, tres personas de la empresa MMC” (f. 722 ib.), en la cual se pusieron de acuerdo sobre algunos puntos del proyecto.

9. En noviembre 1° siguiente, se llevó a cabo en Murindó una nueva reunión con algunos miembros del “Cabildo Mayor de Carmen del Darién, Cabildo Menor de Uradá y del Cabildo Mayor Indígena del Bajo Atrato (CAMIZCA)”, donde también estuvieron presentes “10 personas de las comunidades, un delegado del Ministerio de Justicia, una persona delegada de Corpouraba”, en la cual el representante del Ministerio del Interior señaló que “se trataba del proceso preconsulta para la etapa de exploración minera” (f. 722 ib.).

Igualmente, un representante del Cabildo de “Chogorodó” expresó su oposición “respecto a la manera como se ha adelantado el proceso de consulta previa”, cuestionando que “transcurridas 4 reuniones y 11 meses al momento de haber iniciado el proceso de socialización, hasta ahora se haya dado el espacio para oír a las comunidades indígenas del Carmen del Darién” (f. 722 ib.).

10. Afirmaron los demandantes que en septiembre 3 de 2007, “se llevo a cabo reunión con las comunidades del Carmen del Darién, Cabildo Menor de Uradá y Coredocito, Cabildo Mayor Indígena del Bajo Atrato. En esta reunión los asistentes pertenecientes

a los cabildos mencionados y miembros de las comunidades presentaron una serie de propuestas buscando la aceptación de la empresa y así dar por finalizada la etapa de consulta previa para el proyecto de exploración”, considerando necesario dejar en claro “que estas personas no tenían la autorización de los cabildos mayores y organizaciones indígenas a la cual pertenecían, para negociar” (f. 723 ib.).

11. El señor Mario Domico envió carta al gerente de la empresa MMC en septiembre 17 de 2007, “haciendo una serie de solicitudes de orden material, encaminadas a remediar algunas carencias que existen en el Resguardo a cambio del desarrollo del proceso de exploración”; no obstante, en septiembre 27 siguiente, la Organización Indígena de Antioquia informó a la Dirección de Etnias del Ministerio del Interior y de Justicia, que “según versiones de los Embera de la Zona del Bajo Atrato, desde el año 2006 la Muriel Mining Corporation ha hecho intentos de soborno a algunos miembros de las comunidades de Carmen del Darién ofreciendo dinero y botes, para que les autoricen la exploración” (f. 724 ib.).

Agregaron que “según la empresa, en carta dirigida a la Defensoría del Pueblo con fecha del 9 de enero de 2008; afirma que a la fecha se tiene protocolizada el acta de consulta previa con el Consejo Mayor de Murindó y Consejo Mayor de Curvaradó; refiere que el Cabildo Mayor de Murindó se retiró del proceso y el Cabildo Mayor de Carmen del Darién Camicad, junto con el Cabildo Mayor de la Zona del bajo Atrato... llevándose a cabo las reuniones que la metodología de la consulta previa exigía, es decir, la etapa de información sobre el proyecto” (f. 724 ib.).

12. Refirieron los actores que mediante carta de abril 20 de 2008, dirigida al Ministerio del Interior, las comunidades afrocolombianas y mestizas “enfatican objeción al proceso de consulta previa que se venía adelantando” por parte de dicha Cartera y la Muriel Mining. Sin embargo, después de los diferentes rechazos de la consulta por parte de la comunidad, el Ministerio de Justicia continuó el proceso (f. 726 ib.).

13. Anotaron que en agosto 7 siguiente, se realizó otra reunión con el fin de conformar el comité de seguimiento. No obstante, en el acta respectiva se encuentran firmas de varios representantes de comunidades indígenas que no tenían autorización para participar en dicha convocatoria.

14. Además, “desde el domingo 28 de diciembre de 2008 hasta el día de hoy persisten operaciones militares... quienes de manera ilegal e inconsulta han ingresado al territorio indígena manifestando a la población que están allí para brindar protección en la exploración, que realiza la empresa Muriel Mining” (f. 727 ib.).

15. Por todo lo anterior, los actores solicitaron ordenar a los demandados:

i) “la suspensión de los trabajos de exploración por parte de la empresa Muriel Mining Corporation en el marco del desarrollo del proyecto minero Mandé Norte en territorio de estas comunidades, por su intervención inconsulta”;

iv) a Ingeominas, que revoque “los permisos y concesiones otorgadas a la empresas Mineras en la Zona sin que haya mediado consulta a las comunidades indígenas y pueblos tribales; CARBOLOMA S.A.,... subsidiaria o subordinada de la empresa Suiza GLENCORE INTERNACIONAL AG, Cordillera Exploraciones Mineras S.A.,... y Muriel Mining Corporation”;

v) al Ministerio de la Protección Social que “en vista de los daños a la espiritualidad, a la psicología colectiva, la zozobra y el temor... apoye la propuesta de reconstrucción colectiva, salud mental de las comunidades y este sea ejecutado por los promotores de salud y jaibanas de la comunidad”;

vi) al Ministerio del Interior y de Justicia, que “revoque los permisos y concesiones otorgadas a la empresa minera en la zona, porque no se ha realizado consulta a las comunidades indígenas y pueblos tribales que ocupan y habitan tradicionalmente” el territorio en cuestión.

También piden que ese invalide “el supuesto proceso de consulta interna que según la empresa y el Ministerio del Interior se ha venido adelantando por cada uno de los vicios aquí enumerados y que en su lugar se ordene nuevamente la realización de una consulta que reúna el verdadero sentir de todos los miembros de las comunidades y los requisitos de forma y de fondo que está exige” (fs. 744 y 745 ib.).

B. Documentos que en copia obran en el expediente.

1. Escrito de abril 20 de 2008, donde comunidades indígenas, afrodescendientes y

mestizas manifestaron su oposición “a la exploración y explotación de nuestros territorios por parte de la empresa Muriel Mining Corporation”, porque el derecho a la consulta previa que dichas comunidades tienen ha sido vulnerado. Además, indicaron que dicha empresa ha “tergiversado la consulta” (fs. 675 a 677 cd. inicial.)

2. Carta elaborada por el líder comunitario de Uradá, el Gobernador y el Secretario de la comunidad de Coredocito, en la cual señalaron a la Dirección de Etnias del Ministerio del Interior y de Justicia que “los indígenas del resguardo de Uradá Jiguamiandó de las comunidades de Coredocito y Uradá”, no están de acuerdo con la exploración y explotación que quiere realizar la Empresa Muriel Mining Corporation, dado que se afecta el ecosistema y el medio ambiente, contaminándose “el agua y... la madre tierra”; sufre la flora y la fauna y “se acaban los peces”; y se afecta la cultura y la tradición, ya que “el Cerro Careperro es un sitio sagrado para nosotros los indígenas porque allí se guarda el espíritu del sabio Jaibaná para curar las enfermedades” (fs. 678 a 680 ib.).

3. Escrito de diciembre 7 de 2007, donde el resguardo indígena Jiguamiandó, “comunidades del Alto de Guayabal” del Chocó, indicaron al Ministerio del Interior, que los “Emberaoibida” de las comunidades de Coredocito y Uradá, reconocen como autoridades locales a los “gobernadores del Resguardo Zaginimbi Bailarín elegido el 9 de diciembre de 2006, a la señora Remolina Sinigui elegida el 11 de enero de 2007 y al Cabildo Mayor del Municipio del Carmen del Darién, señor Juan Demesio Pauiana Mecheche y su junta, elegido el 6 de septiembre en la comunidad de Mamey” (f. 681 ib.).

Igualmente, señalaron que ningún líder o representante está autorizado para firmar el acuerdo de explotación y exploración minera en la zona de la “Rica, Batatal - Taparos, Jarapetó” (f. 681 a 683 ib.).

Tampoco aprueban los acuerdos que se suscriban, o que se hayan firmado a nombre de las comunidades con la empresa Mining Corporation, porque no han sido concertados por la comunidad. Añadieron no estar de acuerdo con la extracción de minerales por parte de la corporación Muriel, dado que se destruiría “la madre tierra” y se contaminarían los ríos con los que se “abastecen aproximadamente 7

comunidades” (f. 683 ib.).

Finalmente, solicitaron “al Estado Colombiano” la protección de la cultura, costumbres, tradiciones y creencias, “al igual que el derecho a decidir sobre nuestras tierras” (f. 684 ib.).

4. Escrito de mayo 2 de 2006, donde las autoridades y los delegados de la comunidades indígena y negra de Carmen de Darién y Murindó, expresaron a la Dirección de Etnias del Ministerio del Interior su desacuerdo con la explotación y exploración minera en la zona donde están, porque el proyecto desconoce derechos territoriales, económicos, culturales y ambientales y “va a generar graves impactos que ponen en riesgo la biodiversidad de nuestro territorio y la vida de nuestro pueblo” (f. 689 ib.).

Igualmente, indicaron que el Gobierno Nacional ha desconocido a dicha comunidad el derecho a la consulta previa “antes de otorgar los contratos, tal como lo establecen los tratados internacionales”, por lo anterior puntualizan que “en tal sentido denunciamos y desconocemos el procedimiento que se viene adelantando por la empresa Muriel Mining Corporation con la complicidad de la Dirección de Etnias del Ministerio” (f. 690 ib.).

Así, señalaron que “hemos decidido no asistir a las reunión del 28 y 29 de abril en Carmen de Darién, ni a la del 20 de junio de 2006 hasta tanto las comunidades indígenas y negras de la zona no hayamos discutido ampliamente sobre el proyecto y exista una verdadera consulta previa” (f. 690 ib.).

5. Mediante escrito de abril 29 de 2006, los representantes del Consejo Comunitario Mayor de Cubaradó y los del Menor del Corregimiento de Puerto Lleras, manifestaron a los delegados del Gobierno Nacional que la comunidad “negra” brinda el “respaldo al proyecto minero entregado en concesión” a la empresa Muriel Mining Corporation, pero con la condición de que dicha empresa respete los acuerdos que la comunidad le ha señalado (f. 691 ib.).

6. En septiembre 14 de 2007, “la nueva junta directiva de CAMICAD” informó que “el señor Mario Domico queda destituido del cargo como Cabildo Mayor del Carmen de Darién, y no puede realizar actividades Institucional ni organizativas”;

adicionalmente, indicaron que el compromiso que realizó dicho señor de “firmar el acta para la exploración no es válido”, porque en septiembre 3 de 2007, las autoridades de las comunidades del Resguardo de Uradá Jiguamiandó, manifestaron no estar a favor de dicho acuerdo (f. 692 ib.).

7. Acta de la reunión del proyecto de consulta previa con “las Comunidades del Cabildo Mayor de Carmen del Darién, Cabildos Menores de Uradá y Coredocito, Cabildo Mayor Indígena del Bajo Atrato (Camizba)-Proyecto de explotación Mandé Norte” de septiembre 3 de 2007, realizada por el Ministerio del Interior y de Justicia (fs. 693 a 700 ib.).

8. Acta de constitución de agosto 7 de 2008, sobre la conformación del comité de seguimiento para el “cumplimiento de los compromisos adquiridos por las partes en el acta de protocolización de consulta previa para la etapa exploratoria del proyecto Mandé Norte” (fs. 701 a 703 ib.).

Mediante auto de enero 27 de 2009, la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá admitió la demanda y ofició a los accionados para que ejercieran su derecho de contradicción y defensa, pronunciándose sobre los hechos que originaron la tutela y aportando “las pruebas que consideren pertinentes”.

La mencionado Sala solicitó al Ministerio del Interior y de Justicia copia de la actuación “surtida en relación con la consulta previa que... debe adelantarse para la exploración por parte de la empresa Muriel Mining Corporation, en el marco de desarrollo del Proyecto Minero Mandé Norte” (f. 750 ib.); y que explique las razones por las cuales no se consultó a las comunidades que pertenecen al Consejo Comunitario del Río Jiguamiandó, a las del Resguardo del Río Murindó, ni al Resguardo de Uradá Jiguamiandó.

También le pidió al Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial copia “de los estudios e investigaciones realizados sobre el impacto ambiental, cultural y social en el área de explotación minera que adelanta” la antes sociedad mencionada y que puntualice qué “medidas ha adoptado para proteger el territorio comprendido como Zona de Reserva Forestal desde 1.959 en el Jiguamiandó y Murindó” (f. 752 ib.).

Igualmente, solicitó al Ministerio de Minas y Energía, así como a INGEOMINAS, copia de “toda la actuación surtida en relación con los permisos y concesiones otorgadas para la exploración minera que adelanta la empresa Muriel Mining” (f. 752 ib.).

Por otra parte, mediante escrito de marzo 9 siguiente, el señor Benerito Domico señaló que “en mi calidad de demandante en el asunto de la referencia y con las calidades invocadas en la demanda, ante la Honorable Corte, manifiesto respetuosamente que desisto expresamente de la referida acción de tutela y por consiguiente del recurso de impugnación, que tramita esa Alta corporación”, porque “todo el proceso de consulta previa, se surtió ante la autoridad competente, con el lleno de todas las formalidades y con la aprobación del acta final” (f. 104 cd. anexo 3.)

La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia mediante auto de marzo 19 de 2009, declaró la nulidad de todo lo actuado “a partir del auto que ordenó darle trámite de la misma”, porque no fueron vinculados algunos sujetos procesales que tienen interés en dicha acción, por lo cual ordenó “devolver el expediente al Tribunal de origen, para que se reponga la actuación, procurándose la notificación oportuna de Muriel Mining Corporation, Carboloma S.A., Cordillera Exploraciones Mineros S.A. y Geología Regional y Prospectiva” (f. 283 ib.).

D. Respuesta de las entidades vinculadas.

1. Ministerio de Minas y Energía.

En escrito de abril 15 de 2009, el apoderado de ese Ministerio puntualizó que dicha entidad “no debe ser considerada como parte accionada, porque no ha participado en los hechos que originan la acción” (f. 765 ib.).

Adujo que el Ministerio de Minas y Energía es un organismo rector y no ejecutor, por lo tanto “ha desarrollado la figura de delegación con respaldo constitucional y legal, la cual puede presentarse a las distintas entidades que tienen la infraestructura y la capacidad para controlar y vigilar el cumplimiento de la ley minera en las regiones del país”. Por lo anterior, este Ministerio comisionó a INGEOMINAS las funciones de tramitar y otorgar títulos mineros, “así como la de fiscalización y ejecución de los mismos” (fs. 765 y

766 ib.).

Frente a la consulta previa, observó “con claridad que es la Autoridad Ambiental, la encargada de realizar” dicho procedimiento, además de conceder la licencia ambiental “al contrato de concesión minera o a la licencia de explotación, según sea el caso” (f. 775 ib.).

Así, sostuvo que el presente proceso no tiene relación de causalidad con los hechos que sustentan la acción, por lo que consideró que no existen obligaciones legales del Ministerio “para cumplir o hacer que cumpla con todas y cada una de las pretensiones aquí solicitadas” (f. 771 ib.). En consecuencia, pidió que se “nieguen todas las declaraciones de la acción en contra del Ministerio de Minas y Energías” (f. 783 ib.).

2. Instituto Colombiano de Geología y Minería.

El Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de INGEOMINAS, mediante escrito presentado en abril 15 de 2009, solicitó que se niegue la acción impetrada, porque “no es procedente endilgar ningún tipo de responsabilidad al Instituto, por los hechos que indican los accionantes”, dado que los procesos de licitación se realizaron cumpliendo “los pasos y procedimientos” consagrados en las diferentes leyes establecidas (f. 150 y 151 cd. anexo 3).

Puntualizó que los actores refirieron “dentro del texto de la presente acción de tutela, que el 27 de marzo de 2006 se dio inicio al proceso de consulta y resaltan el hecho de que hasta la fecha se han realizado un gran número de reuniones, con el propósito de efectuar las consultas de los pueblos en los resguardos indígenas y negritudes ubicadas en el área objeto del contrato, lo cual es una muestra clara” que se cumplió con la consulta previa (fs. 150 y 151 ib.).

Finalizó indicando que de conformidad con el artículo 6° del Decreto 2591 de 1991, esta tutela no es procedente porque los accionantes pueden acudir “ante la jurisdicción contenciosa administrativa” y demandar los “actos respecto de los cuales manifiesta su inconformidad” (f. 153 ib.).

3. Ministerio de Defensa Nacional.

En escrito de abril 15 de 2009, el Director de Derechos Humanos del Ministerio de Defensa pidió negar la tutela, porque “las Fuerzas Armadas tienen jurisdicción en todo el territorio Colombiano, por tanto las tropas no pueden ser retiradas del territorio indígena, tal y como lo piden los solicitantes”, dado que “la consagración de la protección especial a los grupos indígenas y a los afrodescendientes deviene de manera expresa de la norma constitucional que al efecto señala en varias disposiciones una especial protección a los derechos de estas comunidades” (f. 785 cd. inicial.).

4. Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial.

Mediante escrito de abril 15 siguiente, este Ministerio sostuvo mediante apoderada que esa entidad “es el organismo rector encargado de fijar o establecer las políticas a nivel nacional en materia del medio ambiente, uso de suelos y ordenamiento urbano, agua potable y saneamiento básico, desarrollo territorial... así como la política habitacional integral” (f. 791 ib.). Sin embargo, aclaró que la Dirección de Etnias del Ministerio del Interior y de Justicia es la encargada de certificar la presencia de comunidades étnicas e identificar a sus representantes, por ende esa dependencia es la encargada de realizar las consultas previas; por tal razón, señaló que el Ministerio de Ambiente no ha sido omisivo o negligente en su proceder.

Adicionalmente, indicó que “el Ministerio si bien es máxima autoridad en materia ambiental, también lo es que las Corporaciones Autónomas Regionales, y los entes territoriales, cuentan con autonomía administrativa, patrimonio propio y personería jurídica, razones suficientes para desvirtuar” los hechos “que provocan incoar la acción que nos ocupa” (f. 796 ib.).

Por otra parte, adujo que en este caso la tutela no es procedente porque existe otro mecanismo judicial de defensa, como serían “las acciones populares... o de nulidad del proceso referido por los actores”, puesto que dichas acciones son las encargadas de proteger derechos e intereses colectivos (f. 795 ib.).

La Constitución dispone en el artículo 79 “el derecho colectivo a gozar de un ambiente sano”, por lo cual “se establecen como mecanismo de protección las acciones

populares”, que en este caso es el medio más idóneo (f. 801 ib.).

Refirió que frente a los estudios e investigaciones que debe realizar dicha entidad sobre el impacto ambiental, se hizo una “evaluación interdimensional de los posibles daños ambientales... en los territorios colectivos de los Consejos Comunitarios de las comunidades negras de Jiguamiandó y Curvaradó”, el cual se encuentra “en fase de revisión y ajustes y se espera que la metodología adelantada... pueda ser aplicada en otros proyectos, igualmente se propondrán medidas de manejo y mecanismos de implementación necesarios para mejorar la calidad ambiental” de los diferentes territorios que se pueden ver afectados (f. 801 ib.).

Adicionalmente, anotó que ese organismo “no es el sujeto o parte legitimado o llamado para responder por la violación respecto de los derechos fundamentales de los actores, porque no existe legitimación en la causa”, dado que el Ministerio no tiene competencia “sobre los hechos objeto de cuestionamiento configurándose abiertamente una indebida designación del demandado” (f. 799 ib.).

La Coordinadora del Grupo de Acciones Constitucionales de este Ministerio pidió, en abril 15 de 2009, “declarar la improcedencia de la presente acción contra el Ministerio de la Protección Social y por ende exonerarlo de toda responsabilidad”, porque dicha entidad “de acuerdo con lo establecido en los numerales 1, 2, 3, 4, 5, 6, 9, 15, y 27 del artículo 2 del Decreto 205 de 2003, fija las políticas y directrices en materia de protección social, más no es prestadora de los servicios de salud, ya que los mismos son realizados por los hospitales públicos hoy ESE, las... E.P.S. y las Direcciones Departamentales o Distritales de Salud según sea el caso” (f. 808 ib.).

6. Ministerio del Interior y de Justicia.

En abril 15 de 2009, un funcionario del Grupo de Consulta del Ministerio del Interior y de Justicia argumentó que la tutela es improcedente, porque los demandantes no están “legitimados en la causa por activa” para presentar esa acción, dado que “es el resguardo indígena como persona jurídica, función que radica en cabeza de su Gobernador o autoridad tradicional quien hace las veces de representante legal, y para el caso de las comunidades afrodescendientes la función estaría en el representante legal del respectivo consejo comunitario”; anotó que los actores, al usar el derecho de

postulación a título personal, intervienen como integrantes de la comunidad pero no como sus representantes, por lo cual no están legitimados para presentar esta acción y “al hacerlo están alegando situaciones particulares que contiene relación con la presunta vulneración a los resguardos indígenas narradas en los hechos” (f. 581 cd. anexo 2).

Igualmente, “dentro de los anexos no obra poder otorgado por la comunidad o la autoridad del respectivo cabildo indígena o consejo comunitario, tampoco se está actuando bajo la figura de la agencia oficiosa, habida cuenta que en los hechos no se menciona esta situación” (f. 581 ib.).

Por otro lado, en marzo 15 de 2006 se convocó “a la reunión de información a las distintas entidades de control, Ministerio de Minas, INGEOMINAS, Representantes Municipales incluyendo el representante indígena ante la alcaldía, Cabildo Mayor del Carmen del Darién, Representantes del Resguardo de Uradá-Jiguamiandó, Representante Legal del Consejo Mayor de Jiguamiandó, Consejo Mayor de Jiguamiandó, Entidades Ambientales a nivel Departamental y otras”; así, en 27 y 28 del mismo mes se realizó la primera consulta previa con el Consejo Mayor de Carmen del Darién y el Cabildo Mayor de ese municipio.

Puntualizó que en abril 29 siguiente, también se realizó reunión de protocolización de consulta previa con la comunidad negra de Carmen del Darién, sin embargo, señaló que no se tiene registro de dicha convocatoria. En junio 20 del mismo año, de igual forma se ejecutó reunión del proceso de consulta previa con las comunidades del Consejo Mayor de Murindó.

Agregó que en noviembre 1° de 2006, se llevo a cabo una reunión con los Cabildos Mayor del Carmen del Darién, con el Menor de Uradá y con el Mayor Indígena del Bajo Atrato, en la cual se “continuó con el proceso de información e identificación de impactos del proyecto Mandé del Norte”, donde los líderes presentes en esa convocatoria “plantearon la necesidad de continuar informando a la comunidad en general” (f. 584 ib.). En junio 12 de 2008, se protocolizó el acta de consulta previa con el Cabildo Mayor de Carmen del Darién.

Finalizó destacando que “la empresa se encuentra iniciando labores únicamente en zona de las comunidades consultadas y protocolizadas, mediante el proceso de consulta previa

anteriormente informado... y no como sutilmente los accionantes pretenden hacer entender que es en la totalidad del área concesionada” (f. 585 ib.).

7. Muriel Mining Corporation.

Mediante escrito de abril 20 de 2009, el apoderado de esa empresa solicitó que se declare improcedente la tutela, porque (f. 412 ib.):

“... las acciones que han sido acumuladas dentro del presente procedimiento son idénticas... a otra acción de tutela tramitada y fallada por este mismo Tribunal Superior mediante sentencia de fecha 28 de enero de 2009.

En dicha providencia se DENEGÓ ‘la protección de los Derechos Fundamentales Alegados’ y la Honorable Corte Constitucional no la seleccionó para su eventual revisión.

En tal circunstancia la providencia se halla en firme.

No resulta procedente, pretender mediante una nueva demanda o demandas solicitar una protección constitucional que ya fue objeto de decisión.

Debo aclarar que si bien los demandantes son personas distintas entre sí, todas pretenden actuar a nombre y en defensa de unos derechos colectivos pertenecientes a las mismas comunidades indígenas, afrodescendientes y tribales” (f. 412 ib.).

Finalizó, indicando que el propósito de la acción “es utilizar el procedimiento excepcional y excluyente de la tutela para poder por este medio eludir las vías ordinarias de impugnación de actos y contratos estatales” (f. 504 ib.).

La apoderada de la sociedad Carboloma, en abril 15 de 2009, señaló que INGEOMINAS, mediante un proceso licitatorio, adjudicó a dicha empresa “la exploración y explotación de un yacimiento de sulfuros polimetálicos... en jurisdicción de los Municipios de Frontino y Dabeiba” (f. 160 cd. anexo 4).

Igualmente, “el área objeto del contrato... se encuentra superpuesta con la Reserva Forestal del Pacífico... por lo que Carboloma como adjudicatario deberá obtener, en los

términos del artículo 34 de la Ley 685 de 2001... la autorización de la autoridad ambiental competente para poder iniciar los trabajos” (fs. 160 y 161 ib.).

La sociedad es consciente de la presencia de las comunidades indígenas en la zona donde tiene como objeto explorar y explotar, “por ello ha venido realizando a través de su operador Cordillera Exploraciones Mineras S.A., las gestiones tendientes a identificar específicamente cuáles son las comunidades asentadas en el área, para lo cual solicitó la información correspondiente al Grupo de Consulta Previa del Ministerio del Interior y de Justicia y al Incoder” (f. 161 ib.).

Empero, todavía la empresa no ha iniciado actividades en la zona de resguardos, porque “aún no han desarrollado actividades de campo” con los indígenas del sector y apenas se adelantan “las gestiones para concertar con las comunidades las condiciones de ingreso correspondientes” (f. 161 ib.).

9. Cordillera Exploración Minera S.A..

En abril 15 de 2009, esta sociedad anotó ser en efecto operador de Carboloma; inició contactos preliminares con las comunidades de la zona, a través de la Organización Indígena de Antioquia, con el ánimo de socializar el proyecto, pero “aún no se han desarrollado actividades de campo en zonas de resguardo indígenas” (f. 57 ib.).

10. Geología Regional y Prospección Ltda..

En abril 15 de 2009, el representante de dicha sociedad indicó que el contrato con INGEOMINAS “tiene por finalidad desarrollar la cartografía geológica en los municipios de Urrao, Frontino, Vigía del Fuerte y Murindó”. La naturaleza técnica de la actividad que la empresa realiza “implica la inmersión consultiva de profesionales expertos, no para efectos de explotación de los recursos naturales sino con el objeto de la ‘descripción’ de los mismos”, así, la actividad que esta empresa ejecuta se debe excluir “de cualquier ámbito de aplicación del derecho fundamental a la consulta previa” (f. 3 ib.).

E. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

La Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá, mediante fallo de abril 23 de 2009, negó

la acción incoada por los actores. Argumentó que el Ministerio del Interior y de Justicia “claramente relaciona las convocatorias, reuniones y acuerdos, llevados a cabo con las diferentes autoridades indígenas dentro del proceso de desarrollo de la consulta previa a las comunidades que se encuentran en el área de influencia del Proyecto de Exploración Minera Mandé Norte”; varias de las reuniones están descritas por los “propios accionantes en la demanda de tutela” (fs. 921 y 922 cd. inicial).

No existió “la falta de consulta previa” que alegan los demandantes, dado que se “presentaron fórmulas de concertación o acuerdos con las comunidades y éstas manifestaron a través de sus representantes su conformidad o inconformidad con dicho proyecto y la manera como compensar los probables daños que se causen durante la fase de exploración” (f. 923 ib.).

Los actores indicaron que en marzo 17 de 2006, se inició el proceso de consulta previa y “hasta la fecha se han realizado un gran número de reuniones con el propósito de efectuar las consultas de los pueblos en los resguardos indígenas y negritudes ubicadas en el área objeto de ejecución del contrato de exploración y explotación minera... una de sus pretensiones apunta a que ‘se invalide el supuesto proceso de consulta interna que según la empresa y el Ministerio del Interior se ha venido adelantando... y en su lugar se ordene nuevamente la realización de una consulta’, lo que conduce a pensar que el proceso de consulta previa con los representantes de las comunidades sí se efectuó, otra cosa es que los accionantes como miembros de ellas a esta hora no la compartan” (f. 923 ib.).

F. Impugnación.

En escrito de abril 30 de 2009, mediante apoderada, dos de los actores que interpusieron la tutela, impugnaron el fallo del a quo, manifestando que el Tribunal no realizó un “análisis juicioso y detallado a fin de determinar el cabal cumplimiento de dichos requisitos”, por el contrario se limitó a verificar la existencia de actas “en donde se plasma el cumplimiento aparente” de la consulta previa (f. 980 ib.).

Refirió que “lo cierto es que no se ha cumplido adecuadamente con la consulta”, porque no se desarrolló “con las comunidades que resultarían afectadas con la ejecución del proyecto minero y que como consecuencia del mismo, la protocolización” de dicha

consulta; “aunque se hicieron con organizaciones indígenas, los miembros de estas organizaciones, no estaban autorizados por las comunidades para suscribir acuerdos” (f. 981 ib.).

Por otra parte, adujo que en marzo 19 de 2009 la Sala Civil de la Corte Suprema anuló, por no vincular al proceso a “Muriel Mining Corporation; Carboloma S.A; Cordillera Exploración Minera S.A. y Geología Regional Prospectiva”, aclarándose “que es pertinente que se tenga en cuenta que los hechos que motivan la presentación de la acción, son los relacionados con la empresa Muriel..., en relación con el Proyecto Mandé Norte, es decir la actividad minera iniciada en jurisdicción del Municipio de Carmen del Darién, que se extiende a las áreas de interés localizadas en la zona de Murindó y vulnera los derechos de las comunidades indígenas y afrodescendientes”, ubicadas en el lugar que afectaría el proyecto (f. 870 ib.).

Así, solicitó “excluir de la presente acción de tutela a las empresas CARBOLOMA S.A.,... Y GLENCORE INTERNACIONAL AG, por no existir vínculo alguno que las conecte al núcleo de hecho que forma base fundamental de la presente acción” (f. 871 ib.).

G. Intervención de la Defensoría del Pueblo como coadyuvante.

En escrito de mayo 15 de 2009, la Directora Nacional de Recursos y Acciones Judiciales de la Defensoría del Pueblo, actuando como coadyuvante de los accionantes, solicitó revocar la sentencia de primera instancia y que en su lugar se amparen los derechos fundamentales “a la consulta previa, la participación y la diversidad étnica y cultura invocados” al considerar (fs. 25 y 27 ib.):

“Algunas comunidades indígenas de la zona del proyecto no fueron consultadas... también debe tenerse en cuenta que no se realizó la consulta con las comunidades afrocolombianas. En consecuencia, habida cuenta de que el proyecto minero afecta los territorios colectivos de las comunidades... es necesaria la realización de la consulta con estas comunidades.

... ..

En los diferentes espacios de interlocución con las comunidades indígenas y

afrocolombianas... de manera concreta se expresó la no aceptación de las actas de protocolización firmadas por líderes indígenas que no representan a las comunidades que se verán afectadas por el proyecto en ejecución, teniendo en cuenta que no todas fueron convocadas al proceso.”

H. Intervención de la Universidad de los Andes como coadyuvante.

Los miembros del Programa de Justicia Global y Derechos Humanos de la Universidad de los Andes, en mayo 14 de 2009, presentaron carta de apoyo a la tutela interpuesta contra el Ministerio del Interior y Justicia y otros, por “la violación a los derechos a la consulta previa y participación, existencia, identidad cultural, autonomía, integridad cultural y social de las comunidades: (I) indígena de Uradá del Resguardo de Uradá Jiguamiandó, (II) la comunidad afrodescendiente del consejo comunitario de la cuenta del Río Jiguamiandó y (III) la comunidad indígena Embera de la Guagua del Resguardo de Murindó” (f. 13 cd. anexo 1).

Los intervinientes indicaron que la consulta no se realizó de manera efectiva a las comunidades indígenas y afrodescendientes “que habitan en los territorios afectados por las actividades del Proyecto Minero Mandé Norte”, dado que dicha consulta “no consiste en una mera realización de reuniones con habitantes de la zona afectada. Por el contrario, la consulta debe consistir en procesos y procedimientos dirigidos a la amplia participación de las comunidades afectadas, a través de sus representantes oficiales y autoridades tradicionales. Adicionalmente, ésta debe realizarse antes de iniciar cualquier actividad del proyecto de explotación de recursos naturales, y debe respetarse los usos y costumbres de los pueblos consultados, particularmente en cuanto a la toma de decisiones” (f. 14 ib.).

Puntualizaron que al territorio de exploración y explotación minera del proyecto Mandé Norte, en el cual están asentadas las diferentes comunidades nativas, se le generan “inconmensurables daños ambientales debido a la afectación de cabeceras de los ríos, la contaminación del aire con gases ácidos... entre otros, que repercuten en el delicado equilibrio ecológico de una de las zonas más biodiversas del mundo, en los cultivos pancoger, en los animales, en la salud y en general, en la base de la economía de las diferentes comunidades” (f. 17 ib.).

Agregaron que algunas comunidades que directamente serían afectadas con la actividad minera no fueron consultadas, y que en lo realizado se incurrió en “varias irregularidades por inadecuada representación y ausencia de participación real de las comunidades, entre otras” (f. 18 ib.).

I. SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA.

Mediante providencia de mayo 27 de 2009, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, confirmó el fallo de primera instancia, puntualizando que al estar involucrada la administración pública, existe otro medio de defensa más adecuado que los actores pueden interponer, para “controvertir la legalidad de los actos proferidos por una autoridad administrativa, esto es, las acciones... de nulidad y... las de nulidad y restablecimiento del derecho del Código Contencioso Administrativo, con el fin de resolver... la legalidad de las actuaciones surtidas por la autoridad pública” (f. 105 cd. anexo 1).

Igualmente, el “contrato de Concesión va acompañado de la presunción de legalidad, y en consecuencia, se requerirá un proceso contencioso que determine si dicha conjetura se mantiene o se desaparece, que es lo mismo que acontece con el convenio celebrado con la comunidad, que se dice, haber sido suscrito de manera irregular, por lo que tampoco es el juez de tutela quien está llamado a desvirtuar esa presunción” (f. 106 ib.).

Adicionalmente, “si el territorio para las comunidades ancestrales, es la base fundamental de su cultura y de su supervivencia como pueblo, hay que concluir que la protección constitucional tiene desarrollo legal y que hace intocables los sitios considerados como sagrados, como el ‘cerro Careperro’; y, dado que la autoridad indígena ejercerá una veeduría que comprende, entre otras, la parte ambiental, podrá mantener, por medio de sus voceros, un control sobre las actividades que el proyecto demanda” (f. 106 ib.).

Terminó anotando que si se buscara un mecanismo transitorio de protección para evitar un perjuicio irremediable, “la Sala reitera que no es suficiente alegar la existencia del perjuicio inexorable, sino que éste debe ser cierto, determinado y debidamente comprobado por el juez de tutela, supuesto que no se presenta en este caso, dado que

como se afirmó, lo que se busca es atacar un contrato celebrado hace ya varios años” (fs. 106 y 107 ib.).

II. CONSIDERACIONES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL.

Primera. Competencia.

Corresponde a la Corte Constitucional analizar, en Sala de Revisión, el fallo proferido dentro de la acción de tutela en referencia, con fundamento en los artículos 86 y 241-9 de la Constitución y 31 a 36 del Decreto 2591 de 1991.

Segunda. Lo que se debate.

Afirmaron los actores que se otorgó a una empresa minera la concesión para la exploración dentro de territorios que les corresponden, sin que mediara un debido proceso en la consulta, dado que no se informó y consultó a “todas las comunidades directamente afectadas” (f. 719 cd. inicial).

Además, señalaron los accionantes que no están de acuerdo con la exploración y explotación en sus territorios, porque el proyecto minero genera un impacto ambiental en los “cultivos de pancoger, los animales y la salud de las personas, significando con esto la pérdida de las economías tradicionales, base de la supervivencia... de los pueblos indígenas y tribales” (f. 719 ib.).

Tercera. La protección que debe el Estado a la identidad e integridad étnica, cultural, social y económica de las comunidades indígenas.

La Constitución Política reconoce la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana (art. 7º), como principio fundamental proyectado desde el carácter democrático, participativo y pluralista de nuestra República. Las comunidades indígenas, definidas como conjuntos de familias de ascendencia amerindia que comparten sentimientos de identificación con su pasado aborígen y mantienen rasgos y valores propios de su cultura tradicional, formas de gobierno y control social internos que las diferencian de otras comunidades rurales (D. 2001 de 1988, art. 2º), gozan de un rango constitucional especial.

Forman una circunscripción especial para la elección de congresistas (arts. 171 y 176 Const.); ejercen funciones jurisdiccionales dentro de su ámbito territorial de acuerdo con sus propias normas y procedimientos, siempre que no sean contrarios a la Constitución y a las leyes (art. 246 ib.); se gobiernan por consejos indígenas según sus usos y costumbres, de conformidad con la Constitución y la ley (art. 330 ib.) y sus territorios o resguardos son de propiedad colectiva, de naturaleza inajenable, inalienable, imprescriptible e inembargable (arts. 63 y 329 ib.)¹.

El derecho de propiedad colectiva ejercido sobre los territorios que ellos habitan reviste una importancia esencial para la cultura y valores espirituales, que es reconocida en convenios internacionales aprobados por el Congreso², donde se resalta la especial relación de las comunidades indígenas con su hábitat, no solo por encontrar allí su principal medio de subsistencia, sino porque constituye un elemento integrante de la cosmovisión y la religiosidad de los pueblos aborígenes. Adicionalmente, el constituyente resaltó la importancia fundamental del derecho de las comunidades indígenas sobre su territorio.

Teniendo en cuenta que la explotación de recursos naturales en los territorios tradicionalmente habitados por las comunidades indígenas debe hacerse compatible con la protección que el Estado debe dispensar a su integridad social, cultural y económica, que configura un derecho fundamental para la comunidad, por estar ligada a su subsistencia como grupo humano y como cultura, esta corporación ha custodiado la protección que debe el Estado a tales pueblos y de manera muy especial ha considerado que en esos casos, su derecho a ser previamente consultados tiene carácter fundamental.³

Además, la Corte ha reconocido que los derechos fundamentales de las comunidades indígenas no deben confundirse con los derechos colectivos de otros grupos humanos; estas comunidades son un sujeto colectivo y no una simple sumatoria de sujetos individuales que comparten los mismos derechos o intereses difusos o agrupados.

Como ha expuesto este órgano judicial, en el primer evento es indiscutible la titularidad de los derechos fundamentales, mientras que en el segundo los afectados pueden

proceder a la defensa de sus derechos o intereses colectivos, mediante el ejercicio de las acciones populares correspondientes.⁴

Cuarta. La consulta previa. Reiteración de jurisprudencia.

De acuerdo con la jurisprudencia constitucional⁵, en el marco del reconocimiento de la diversidad étnica y cultural como valor constitucional y fundamento de la nacionalidad colombiana (arts. 7 y 70 Const.) y en el contexto de la definición de Colombia como república unitaria, descentralizada, con autonomía de sus entidades territoriales, democrática, participativa y pluralista (art. 1 ib.), la Constitución Política otorga especial protección al derecho de participación de los grupos étnicos en las decisiones que los afectan.

Esta especial protección implica un proceso mediante el cual el Estado garantiza a las autoridades respectivas y a las comunidades implicadas, directamente la participación y el acceso a la información sobre un programa o plan que se pretenda realizar en su territorio, buscando que participativamente sean identificados los impactos positivos o negativos del proyecto o programa respectivo, buscando salvaguardar la idiosincrasia de los pueblos indígenas y tribales que habitan el país. Para alcanzar este objetivo, la participación activa y efectiva de las comunidades es clave en la toma de las decisiones que deban ser adoptadas, acordadas o concertadas, en la medida de lo posible.

Así, los procesos de consulta que constituyen una forma de participación democrática específicamente, se encuentran regulados en el artículo 330 superior, y con un sustento adicional en el Convenio 169 de la OIT, aprobado por Colombia mediante Ley 21 de 1991, el cual fue adoptado con base en una nueva aproximación a la situación de los pueblos indígenas y tribales en todas las regiones del mundo, siendo 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 tales pueblos son permanentes y perdurables, dado el interés en que el valor intrínseco de sus culturas sea salvaguardado⁶.

Así, en sentencia C-030 de enero 23 de 2008, M. P. Rodrigo Escobar Gil, se precisó:

“En el marco del reconocimiento de ‘... las aspiraciones de esos pueblos a asumir el

control de sus propias instituciones y formas de vida y de su desarrollo económico y a mantener y fortalecer sus identidades, lenguas y religiones, dentro del marco de los Estados en que viven ...'7, el Convenio 169 de la OIT señala, en su capítulo de 'Política General', que '[l]os gobiernos deberán asumir la responsabilidad de desarrollar, con la participación de los pueblos interesados, una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de esos pueblos y a garantizar el respeto de su integridad.' Agrega el Convenio que dicha acción '... deberá incluir medidas: a) que aseguren a los miembros de dichos pueblos gozar, en pie de igualdad, de los derechos y oportunidades que la legislación nacional otorga a los demás miembros de la población; b) que promuevan la plena efectividad de los derechos sociales, económicos y culturales de esos pueblos, respetando su identidad social y cultural, sus costumbres y tradiciones, y sus instituciones; c) que ayuden a los miembros de los pueblos interesados a eliminar las diferencias socioeconómicas que puedan existir entre los miembros indígenas y los demás miembros de la comunidad nacional, de una manera compatible con sus aspiraciones y formas de vida'."

La Corte señaló que el Convenio 169 tiene especial connotación y desarrollo en el derecho de los pueblos indígenas y tribales a la participación en la adopción y 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 sus artículos 6 y 7, que enfatizan la necesidad de que, para la aplicación de las disposiciones del Convenio, se asegure la participación de las comunidades, se establezcan mecanismo adecuados de consulta, se adelanten procesos de cooperación y se respete, 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".⁸

De este modo, es posible apreciar que en el marco del Convenio, surgen dos grandes conjuntos de compromisos para los Estados signatarios. El primero, se orienta a promover las condiciones que permitan el desarrollo de los pueblos indígenas y tribales de un modo que respete la diversidad étnica y cultural, asegure los espacios de autonomía requeridos para ello y se desenvuelva en un marco de igualdad, y que específicamente se refiere "a su relación con las tierras o territorios, a las condiciones

de trabajo, a aspectos relacionados con la formación profesional, la artesanía y las industrias rurales, a salud y seguridad social; a educación y medios de comunicación y a contactos y cooperación a través de las fronteras”⁹. El segundo alude a la manera como deben adoptarse y ponerse en ejecución esas medidas, que tienen como elemento central la participación y el respeto por la diversidad y la autonomía.

Igualmente, el Convenio se refiere de manera expresa a los compromisos de los Estados signatarios orientados a que, en la aplicación del mismo, se garanticen los espacios de participación y consulta compatibles con su objetivo central, aspecto que, de manera general, es desarrollado en el artículo 6º del Convenio en los siguientes términos:

“Artículo 6

1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:

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

b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados 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;

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

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

Cabe distinguir en la anterior disposición, dos dimensiones del derecho de participación de los pueblos indígenas y tribales: Primero, la obligación contenida en el literal b) de 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. En segundo lugar, el deber de consulta previsto en el literal a) en relación con las medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectar directamente a dichos pueblos.

Cuando se adopten medidas en aplicación del Convenio, cabe distinguir dos niveles de afectación de los pueblos nativos: el que corresponde a las políticas y programas que de alguna manera les competen, 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.

Por otra parte, en cuanto al derecho general de participación, cabe señalar que 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”.¹⁰

Lo anterior, encuentra asidero en artículo 1° de la Constitución que consagra el ámbito de la democracia participativa; el mandato general contenido en el artículo 2º, conforme al cual debe promoverse la participación de todos en los asuntos que los afecten; y el artículo 13 que dispone una garantía general de igualdad que proscribire toda forma de discriminación y contempla la obligación de promover las condiciones para que la igualdad se real y efectiva y adoptar medidas a favor de grupos discriminados y marginados.

En la precitada sentencia C-030 de 2008, se señaló que todos los colombianos:

“incluidos los pueblos indígenas y tribales, en igualdad de condiciones, tienen derecho, al 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.”

Frente a lo anterior, es claro que la consulta previa es uno de los medios de participación, para alcanzar la inclusión de dichas comunidades.

En relación con el deber de consulta de las medidas que sean susceptibles de afectar directamente a los pueblos indígenas y tribales, la Corte ha dicho que 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 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 del mismo, a su significación para la defensa de la identidad e integridad cultural y a su condición de mecanismo de participación.¹¹ Así, en sentencia C-418 de mayo 28 de 2002, M. P. Álvaro Tafur Galvis, la Corte puso de presente:

“El derecho de participación de la comunidad indígena como derecho fundamental tiene un reforzamiento en el Convenio número 169, aprobado por la Ley 21 de 1991, el cual está destinado a asegurar los derechos de los pueblos indígenas a su territorio y a la protección de sus valores culturales, sociales y económicos, como medio para asegurar su subsistencia como grupos humanos¹². Ahora bien corresponde a cada Estado señalar, ya sea en la Constitución y en la ley los mecanismos idóneos para hacer efectiva la participación de las comunidades como un instrumento de protección de los intereses de éstas que como ya se expresó configuran proyección de los intereses de la propia sociedad y del Estado.”

Igualmente, la Corte Constitucional puntualizó frente a los rasgos especiales del derecho de participación de la consulta previa, que “constituye un instrumento básico para preservar la integridad étnica, social, económica y cultural de las comunidades de

indígenas y para asegurar, por ende, su subsistencia como grupo social”¹³.

Adicionalmente, en la sentencia C-208 de 2007, antes referida, se estableció que el Estado tiene la obligación de consultar previamente a los grupos étnicos cada vez que se vayan a adoptar medidas legislativas o administrativas que los afecten directamente, por “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”.

Así mismo, en la precita sentencia C-030 de 2008, anteriormente referida, se fijaron tres aspectos en torno al alcance y al contenido del deber de consulta previa:

i) La consulta, resulta obligatoria cuando las medidas que se adopten sean susceptibles de afectar específicamente a las comunidades indígenas en su calidad de tales, y no aquellas disposiciones que se han previsto de manera uniforme para la generalidad de los colombianos. Igualmente, precisó que no todo lo concerniente “a los pueblos indígenas y tribales está sujeta al deber de consulta, puesto que como se ha visto, en el propio Convenio se contempla que, cuando no hay una afectación directa, el compromiso de los Estados remite a la promoción de oportunidades de participación que sean, al menos equivalentes a las que están al alcance de otros sectores de la población”.

De lo anterior, se concluyó que “en cada caso concreto sería necesario establecer si opera el deber de consulta, bien sea porque se esté ante la perspectiva de adoptar una medida 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”.

ii) Frente a las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que debe producirse la consulta a la que se ha venido aludiendo, es preciso aclarar que el Convenio 169 no establece unas reglas de procedimiento y en tanto que las mismas no hayan sido fijadas en la ley, debe atenderse a la flexibilidad que sobre el particular consagra ese instrumento y al hecho de que, de acuerdo con el mismo, el trámite de la consulta se somete al principio de buena fe, “lo cual quiere decir, por un lado, que corresponde a los Estados definir las condiciones en las que se desarrollará la consulta, y por otro, que la misma,

para que resulte satisfactoria a la luz del ordenamiento constitucional, debe realizarse de manera que sea efectiva y conducente, pero sin que quepa hablar, en ese contexto, de términos perentorios para su realización, ni de condiciones ineludibles para el efecto. Se trata de propiciar espacios de participación, que sean oportunos en cuanto permitan una intervención útil y con voceros suficientemente representativos, en función del tipo de medida a adoptar”.

Al respecto, cabe anotar que el procedimiento de consulta no queda librado completamente a la discrecionalidad de las autoridades gubernamentales y que, tal como “se estableció por la Corte en relación con el Decreto 1320 de 1998, cuando dicho procedimiento no se sujete a las previsiones del Convenio 169 y a las disposiciones constitucionales, se puede disponer su inaplicación¹⁴”.

Se indicó también¹⁵ que la consulta es una relación de comunicación y entendimiento, signada por el mutuo respeto y la buena fe, entre los voceros de los pueblos indígenas y tribales y las autoridades públicas, tendientes a buscar¹⁶:

“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.”

Igualmente, sobre el alcance de la consulta se destacó que:

“Cuando no sea posible el acuerdo o la concertación, la decisión de la autoridad debe estar desprovista de arbitrariedad y de autoritarismo; en consecuencia debe ser objetiva, razonable y proporcionada a la finalidad constitucional que le exige al Estado la protección de la identidad social, cultural y económica de la comunidad indígena. En todo caso deben arbitrarse los mecanismos necesarios para mitigar, corregir o restaurar los efectos que las medidas de la autoridad produzcan o puedan generar en detrimento de la comunidad o de sus miembros. No tiene por consiguiente el valor de consulta la información o notificación que se le hace a la comunidad indígena sobre un proyecto de exploración o explotación de recursos naturales. Es necesario que se cumplan las directrices mencionadas, que se presenten fórmulas de concertación o acuerdo con la comunidad y que finalmente ésta se manifieste, a través de sus representantes autorizados, su conformidad o inconformidad con dicho proyecto y la manera como se afecta su identidad étnica, cultural, social y económica.”

Sobre la misma materia, en providencia C-891 de 2002, ya citada, la Corte presentó los criterios contenidos en la “Guía para la Aplicación del Convenio 169” elaborada por la OIT y el Centro Internacional para los Derechos Humanos y el Desarrollo Democrático:

“Esto significa que, al consultarlos, los gobiernos deben proporcionarles información apropiada y completa, que pueda ser comprendida plenamente por los pueblos indígenas y tribales. Asimismo, los gobiernos no pueden consultar a cualquiera que declare representar a la(s) comunidad(es) afectada(s). Las consultas deben emprenderse con organizaciones/instituciones genuinamente representativas, que están habilitadas para tomar decisiones o hablar en nombre de las comunidades interesadas. Por consiguiente, los gobiernos, antes de iniciar las consultas, deben identificar y verificar que las organizaciones/instituciones con las que tienen previsto tratar cumplan con estos requisitos. En fin, el Convenio establece claramente cuándo las consultas son obligatorias.”

Así, la Corte expresó que ese proceso de consulta puede entenderse cumplido cuando exista evidencia de que antes de radicar el acta de formalización de la consulta, su texto se haya divulgado entre las comunidades interesadas, avanzada la ilustración de tales

grupos sobre su alcance, y abierto los escenarios de discusión que sean apropiados.

iii) Finalmente, en cuanto a la consecuencia jurídica de la omisión frente al deber de consulta, esta corporación precisó que el desconocimiento generaría una situación de incumplimiento susceptible de evaluación y control, a través de las correspondientes instancias internacionales.

Sin embargo, como el deber de consulta del Convenio 169 de la OIT se integra a la Constitución y que, específicamente, “ha sido considerado como una expresión de un derecho fundamental de participación, vinculado en este caso específico al también fundamental derecho a la integridad cultural, social y económica”, la omisión de la consulta en aquellos asuntos en los que la misma resulte imperativa a la luz del Convenio, tiene consecuencias inmediatas en el ordenamiento interno.

Así, este derecho de consulta es susceptible del amparo constitucional, por cuya vía las comunidades indígenas pueden obtener que no se hagan efectivas medidas que no hayan sido previa y debidamente consultadas y que se disponga la adecuada realización de las consultas que sean necesarias.

Quinta. La exploración y explotación de los recursos naturales dentro de los territorios de las comunidades nativas.

La Carta Política además de reconocer la diversidad étnica y cultural de la Nación (artículos 1° y 7°), impuso al Estado el deber de proteger sus riquezas, promoviendo y fomentando el desarrollo de todas las culturas en condiciones de igualdad. A su vez, otorgó carácter oficial a las lenguas y dialectos indígenas y afrodescendientes y destacó el derecho de los integrantes de los grupos étnicos a optar por una formación que respete y desarrolle su identidad; le permitió a sus autoridades influir decididamente en la conformación de las entidades territoriales indígenas, al igual que en la exploración y explotación de los recursos naturales, para que se adelanten sin desmedro de la integridad cultural, social y económica nativa (artículos 8°, 70, 13, 10°, 68, 246 y 330 Const.)¹⁸

En este orden de ideas, 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, dentro del marco de los principios del derecho internacional que reconocen a las minorías el derecho “a ser diferentes a considerarse a sí mismos diferentes y a ser respetados como tales, garantizando de esta manera la pervivencia de la riqueza cultural, que la diversidad étnica de la Nación colombiana comporta - artículos 1°, 7°, 8°, 68 , 70 y 246 C.P.”¹⁹

En sentencia T-380 de 1993, precitada, se consideró que la comunidad indígena ha pasado de ser “una realidad fáctica y legal”, para constituirse como sujeto de derechos fundamentales, que no sólo se predicán de sus miembros individualmente considerados, sino de la comunidad misma, dotada de singularidad propia, la que justamente es el presupuesto del reconocimiento expreso que la Constitución hace “a la diversidad étnica y cultural de la nación colombiana”. Sobre la protección de la referida diversidad expuso la Corte en la mencionada sentencia:

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

El reconocimiento de la diversidad étnica y cultural en la Constitución supone la aceptación de la alteridad ligada a la aceptación de multiplicidad de formas de vida y sistemas de

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

Entre otros derechos fundamentales, las comunidades indígenas son titulares del derecho fundamental a la subsistencia, el que se deduce directamente del derecho a la vida consagrado en el artículo 11 de la Constitución.

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

Así, la exploración y explotación de los recursos naturales en los territorios nativos hace necesario armonizar dos intereses contrapuestos: la necesidad de planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales en los referidos territorios para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución (art. 80 Const.); y la de asegurar la protección de la integridad étnica, cultural, social y económica de las comunidades indígenas y afrodescendientes que ocupan dichos territorios, es decir, de los elementos básicos que constituyen su cohesión como grupo social y que, por lo tanto, son el sustrato para su mantenimiento. 20

Por lo anterior, debe buscarse un equilibrio o balance entre el desarrollo económico del país que exige la explotación y exploración de dichos recursos y la preservación de dicha integridad, que es condición para la subsistencia de los grupos étnicos²¹. Así, el Constituyente previó en el parágrafo del artículo 330 una fórmula de solución al anotado conflicto de intereses al disponer:

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

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

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

Con fundamento en los artículos superiores 40-2 y 330 (parágrafo) y las normas 6 y 7 del Convenio 169, estimó la Corte que “la institución de la consulta a las comunidades indígenas que pueden resultar afectadas con motivo de la explotación de los recursos naturales, comporta la adopción de relaciones de comunicación y entendimiento, signadas por el mutuo respeto y la buena fe entre aquéllas y las autoridades públicas”²², tendientes a buscar, como se indicó en el anterior acápite²³

:

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 así, que la comunidad tenga una participación activa y efectiva en la toma de la decisión que deba adoptarse, la cual en la medida de lo posible debe ser acordada o concertada.

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

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.

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

Sin embargo, es importante precisar que antes de realizarse dicha consulta previa, esta corporación señala que el Ministerio de Medio Ambiente, deberá realizar un estudio detallado frente a la explotación y exploración de la naturaleza en los territorios nativos, y así verificar dos aspectos: i) si existe una vulneración de los derechos de los indígenas y afrodescendientes en su territorio; y ii) determinar el impacto ambiental que se genera en

dichas zonas. Por ende, si esa cartera informa al ministerio del Interior y de Justicia que no se cumple algunos de estos dos requisitos, ello será vinculante y el Ministerio del Interior y de Justicia no podrá iniciar la consulta previa²⁴.

Adicionalmente, al resolver el caso Saramaka la Corte Interamericana anotó que “cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio Saramaka, el Estado tiene la obligación, no sólo de consultar a los Saramakas, sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de éstos, según sus costumbres y tradiciones”. Y realzó que existe diferencia entre “consulta” y “consentimiento”.

Así, en un estudio que realizó el Relator Especial de la ONU sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los pueblos indígenas, se estableció: “Siempre que se lleven a cabo proyectos a gran escala en áreas ocupadas por pueblos indígenas, es probable que estas comunidades tengan que atravesar cambios sociales y económicos profundos que las autoridades competentes nos son capaces de entender, mucho menos anticipar. Los efectos principales... comprenden la pérdida de territorios y tierra tradicional, el desalojo, la migración y el posible reasentamiento, agotamiento de recursos necesarios para la subsistencia física y cultural, la destrucción y contaminación del ambiente tradicional, la desorganización social y comunitaria, los negativos impactos sanitarios y nutricionales de larga duración y, en algunos casos, abuso y violencia.²⁵”

En consecuencia, el Relator determinó que “es esencial el consentimiento libre, previo e informado para la protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas en relación con grandes proyectos de desarrollo²⁶”.

De manera similar, otros organismos y organizaciones internacionales han señalado que, en determinadas circunstancias y adicionalmente a otros mecanismos de consulta, los Estados deben obtener el consentimiento de los pueblos tribales e indígenas para llevar a cabo planes de desarrollo o inversión a grande escala que tengan un impacto significativo en el derecho al uso y goce de sus territorios ancestrales.²⁷

Finalizó la Corte Interamericana puntualizando: “Es más significativo aún mencionar

que el Estado reconoció, asimismo, que el 'nivel de consulta que se requiere es obviamente una función de la naturaleza y del contenido de los derechos de la Tribu en cuestión'. La Corte coincide con el Estado y además considera que, adicionalmente a la consulta que se requiere siempre que haya un plan de desarrollo o inversión dentro del territorio tradicional Saramaka, la salvaguarda de participación efectiva que se requiere cuando se trate de grandes planes de desarrollo o inversión que puedan tener un impacto profundo en los derechos de propiedad de los miembros del pueblo Saramaka a gran parte de su territorio, debe entenderse como requiriendo adicionalmente la obligación de obtener el consentimiento libre, previo e informado del pueblo Saramaka, según sus costumbres y tradiciones."

Frente a lo anterior, esta corporación aclara que cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala, que tengan mayor impacto dentro del territorio de afrodescendientes e indígenas, es deber del Estado no sólo consultar a dichas comunidades, sino también obtener su consentimiento libre, informado y previo, según sus costumbres y tradiciones, dado que esas poblaciones, al ejecutarse planes e inversiones de exploración y explotación en su hábitat, pueden llegar a atravesar cambios sociales y económicos profundos, como la pérdida de sus tierras tradicionales, el desalojo, la migración, el agotamiento de recursos necesarios para la subsistencia física y cultural, la destrucción y contaminación del ambiente tradicional, entre otras consecuencias; por lo que en estos casos las decisiones de las comunidades pueden llegar a considerarse vinculantes, debido al grave nivel de afectación que les acarrea.

Sexta. El caso concreto.

Corresponde a esta Sala de Revisión determinar si la acción de tutela es procedente, al afirmar los actores, integrantes de comunidades indígenas y afrodescendientes, que se otorgó a una empresa minera la concesión para la exploración dentro de territorios que les corresponden, sin que mediara un debido proceso para la consulta, cuya realización no se informó ni se efectuó con "todas las comunidades directamente afectadas" (f. 719 cd. inicial).

Además, señalaron los accionantes que no están de acuerdo con la exploración y explotación en sus territorios, porque el proyecto minero genera un impacto ambiental en

los “cultivos de pancoger, los animales y la salud de las personas, significando con esto la pérdida de las economías tradicionales, base de la supervivencia... de los pueblos indígenas y tribales” (f. 719 ib.).

Sobre lo expuesto, entra esta corporación a determinar si en efecto fueron quebrantados, en tal proceso de consulta, derechos fundamentales que deban ser tutelados.

6.1. Frente a lo indicado en los acápites anteriores, se puntualizó que antes de iniciarse la respectiva consulta previa, se debe realizar un proceso pre consultivo, con las autoridades de cada comunidad indígena o afrodescendiente que pueda resultar afectada, en el cual se definan las bases del procedimiento apropiado a seguir en los diferentes casos, respetando las especificidades culturales, para “establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente... para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos”.²⁸

En el caso bajo estudio, en noviembre 1° de 2006 se llevó a cabo en el municipio de Murindó un proceso de preconsulta con algunos miembros del “Cabildo Mayor de Carmen del Darién, Cabildo Menor de Uradá y del Cabildo Mayor Indígena del Bajo Atrato (f. 722 ib.), sin embargo, no se aprecia que haya sido extendida a otras comunidades, lo que indica que no se realizó en toda la cobertura debida, con cada una de las comunidades que se encuentran asentadas en el entorno que puede sufrir repercusiones con la exploración y explotación minera objeto de la concesión.

6.2. En cuanto al proceso de consulta, esta corporación precisó que el Estado debe garantizar a las autoridades de los grupos étnicos y comunidades respectivas, directamente la participación y el acceso a la información sobre un programa o plan que se pretenda realizar en su territorio, buscando que colectivamente sean identificados los impactos positivos o negativos del proyecto o programa respectivo, con el objeto que la participación sea activa y efectiva para las comunidades y se salvaguarde la idiosincrasia de los pueblos nativos, para que las decisiones sean adoptadas previa concertación y acuerdo, en la medida de lo posible.

Por su parte, la Corte Constitucional anotó que el derecho de participación, que se materializa en la consulta previa, “constituye un instrumento básico para preservar la

integridad étnica, social, económica y cultural de las comunidades de indígenas y para asegurar, por ende, su subsistencia como grupo social”³⁰; por ello el Estado, por intermedio de sus diferentes autoridades competentes para cada asunto, tiene el deber de consultar previamente a los grupos étnicos, cada vez que vaya a adoptar medidas legislativas o administrativas que los afecten directamente; ha de tenerse en cuenta, así mismo, lo estatuido por los artículos 329 y 330 de la Constitución colombiana, sobre la conformación de las entidades territoriales indígenas y el gobierno en esos territorios, reglamentado según los usos y costumbres de las respectivas comunidades, entre cuyas funciones está la aplicación de la normatividad sobre el uso del suelo, diseñar políticas, planes y programas de desarrollo económico y social, y velar por la preservación de los recursos naturales.

En el caso concreto, esta Sala de revisión considera que el proceso de consulta previa adelantado por el Ministerio del Interior y de Justicia, no tuvo en cuenta a todas las autoridades e instituciones representativas de las comunidades respectivas, constatándose que algunos de los participantes en la adopción del proyecto en cuestión, no se encontraban debidamente acreditados, ni autorizados (f. 720 ib.).

Tal como consta en la demanda que dio lugar a la presente acción, el acta de abril 29 de 2006, en la cual se protocolizó la consulta previa de las comunidades afrocolombianas, fue avalada por el Ministerio del Interior y firmada por el llamado Consejo del Curvaradó, más no intervino el Consejo Comunitario de Jiguamiandó, representante de las comunidades realmente afectadas por el proyecto.

Acercas de Manuel Moya Lara, los demandantes indicaron que el Consejo que el dijo representar, “es inexistente, ilegal y se creó paralelo al verdadero Consejo Comunitario de Comunidades negras del Río Curvaradó, representada actualmente por el señor Luís Alberto Rentería Mosquera y para el momento en el que se celebró la reunión de consulta previa para el proyecto Mandé Norte, estaba a su cargo la señora Ligia María Chaverra” (f. 720 ib.), afrontando el mencionado señor Moya Lara un proceso penal por fraude procesal, presuntamente por haber suplantado al representante del Consejo de Curvaradó en la firma de acuerdos y contratos (fs. 720 y 721 ib.).

Por otra parte, aseveran que en el caso de las comunidades indígenas, el acta de

protocolización de julio 12 de 2008 fue firmada por representantes del Consejo Comunitario de Carmen del Darién CAMICAD y por el Cabildo Mayor Indígena de la Zona del Bajo Atrato CAMIZBA, los primeros sin la autoridad necesaria de las comunidades pertenecientes a él, mientras CAMIZBA es una organización con jurisdicción en Río Sucio, territorio que no es afectado por el proyecto (f. 724 ib.).

Así, se les vulneró el derecho de participación a las comunidades afrodescendientes de la cuenca del río Jiguamiandó, a las comunidades indígenas de los resguardos de Uradá-Jiguamiandó del municipio de Carmen del Darién, y a las del resguardo de Chageradó Turriquitadó del municipio de Murindó, en los departamentos del Chocó y Antioquia, involucrados a través de sus autoridades tradicionales, y de los Consejos Menores de las comunidades, en coordinación con los Consejos Mayores (f. 20 ib.), pues no se tuvo en cuenta a tales comunidades, ni se realizó consulta.

En la sentencia C-030 de 2008, anteriormente referida, se fijaron tres aspectos en torno al alcance y contenido del deber de consulta previa:

i) La consulta resulta obligatoria cuando las medidas que se adopten sean susceptibles de afectar específicamente a las comunidades aborígenes, en su calidad de tales.

En el caso bajo estudio, se pudo constatar que el Ministerio del Interior y de Justicia refirió que “la empresa se encuentra iniciando labores únicamente en zona de las comunidades consultadas y protocolizadas”, de lo cual se colige que la consulta, que debió efectuarse con anticipación, no se había realizado con todas las colectividades étnicas cuyos territorios resultarán afectados por la exploración y la explotación minera que se desea acometer.³¹

Las comunidades y los resguardos que ocupan la región del Río Jiguamiandó, (Nueva Esperanza, Pueblo Nuevo, Bella Flor Remacho, Uradá); del Resguardo del Río Murindó (Guagua, Isla, Ñaragué, Rancho Quemado, Coredó, Chageradó - Turriquitadó, Turriquitadó Alto y Llano); y del Resguardo de Uradá Jiguamiandó (Coredocito-Alto Guayabal, Nueva Cañaveral y Uradá), están en un ámbito de afectación directa por el proyecto minero Mandé Norte, pues han habitado ancestralmente los sectores concedidos a la empresa Muriel Mining Corporation para la exploración minera, territorios que así presentan especial significación cultural, material y espiritual.

ii) Frente a las condiciones de tiempo, modo y lugar en que debe producirse la consulta a la que se ha venido aludiendo, es preciso recordar que el Convenio 169 de la OIT, sin bien no establece unas reglas estrictas de procedimiento, implica que el trámite de la consulta esté ceñido al principio de la buena fe, en cuanto “se trata de propiciar espacios de participación, que sean oportunos en cuanto permitan una intervención útil y con voceros suficientemente representativos, en función del tipo de medida a adoptar”.

La consulta es una relación de comunicación y entendimiento, caracterizada por el mutuo respeto, la transparencia y la confianza recíproca entre los auténticos voceros de los pueblos indígenas y tribales y las autoridades públicas, en procura de:

a) Que la comunidad tenga conocimiento pleno sobre los proyectos.

b) Que igualmente sea enterada e ilustrada a cabalidad sobre la manera como la ejecución de los proyectos puede conllevar una afectación o variación sobre sus derechos, sus tradiciones y, en general, el hábitat.

c) La comunicación abierta, oportuna, libre y sin interferencias extrañas, procurándose la convocatoria de los representantes legítimos, en todo lo que conduzca a “participar activamente e intervenir en su modificación, si es preciso”³², todo para que de manera conjunta, consciente y sincera sean presentadas y valoradas las ventajas y desventajas del proyecto sobre la comunidad, cuyas inquietudes y observaciones serán atendidas no solo en lo concerniente a los intereses primarios y directos, sino en torno a los valores superiores de preservación cultural y ecológica.

Ese proceso de consulta aconseja que antes de radicar el acta para su formalización, el texto se haya divulgado entre las comunidades interesadas, se avance en la ilustración a tales grupos sobre su alcance, y se abran los escenarios de discusión que sean apropiados.

En el presente caso no se actuó de manera adecuada para procurar que la comunidad conociera el contenido del proyecto Mandé Norte y posteriormente, con conocimiento de causa, pudiese decidir con suficiente ilustración, previo el análisis de sus propias perspectivas y prioridades. De igual manera, la población originaria no era consciente de

que dicho proyecto afectaría al Cerro Careperro, sagrado para los ancestrales habitantes de la región. Tampoco se consultó a todas las comunidades, como ya se indicó.

El Ministerio del Interior y de Justicia debió adelantar el proceso de consulta previa con todos los grupos vernáculos que van a ser afectados con el proyecto minero, dándoles amplias facilidades para que conozcan integralmente el proyecto y que todos pudiesen participar, debidamente ilustrados, lo cual en este asunto no se posibilitó.

Como se ha observado, tales requerimientos no fueron satisfechos en debida forma por las autoridades, en cuanto sólo se efectuó la consulta con algunas dirigencias indígenas y afrodescendientes interesadas, y no siempre a través de representantes válidamente acreditados.

Tal fue el caso de las comunidades de Alto Guayabal, Nuevo Cañaveral y Uradá, que hacen parte del Resguardo Indígena de Uradá Jiguamiandó, que tampoco fueron consultadas.

iii) En cuanto a la consecuencia jurídica de la omisión frente al deber y al derecho de consulta, esta corporación precisó que es susceptible del amparo constitucional, por medio del cual las comunidades nativas pueden obtener que no se hagan efectivas medidas que no hayan sido previa y debidamente consultadas, y que se disponga la adecuada realización de las deliberaciones que sean necesarias.

En este caso, es claro que grupos originarios del territorio afectado no fueron debidamente consultados, ni hubo participación directa de la comunidad frente a la decisión de explorar y explotar su territorio para desarrollar el proyecto minero, mucho menos bajo qué condiciones, por lo cual dichas comunidades no tuvieron la oportunidad de definir sus propias prioridades.

Ante la consideración de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, acerca de que “el origen de estas actividades de naturaleza minera deviene de la administración pública”, por lo cual existe otro medio de defensa, ante la jurisdicción contenciosa administrativa, es necesario expresar que el objeto del debate en este caso es la consulta previa, que no se realizó de manera completa ni adecuada, por lo cual se ven

afectados derechos fundamentales de quienes acudieron a la tutela y sus comunidades, además de otearse daños irreversibles a un hábitat de inmensa riqueza biológica, de reconocida fragilidad, exigiéndose que la protección sea inmediata, de donde resulta evidente que esta acción es la única vía idónea y expedita.³³

6.3. Por otra parte, a la protección de la biodiversidad y la indemnidad de territorios de gran importancia y sensibilidad ecológica, la Corte Constitucional ha agregado, dentro del marco de los principios internacionales, el derecho de los grupos humanos minoritarios “a ser diferentes, a considerarse a sí mismos diferentes y a ser respetados como tales, garantizando de esta manera la pervivencia de la riqueza cultural, que la diversidad étnica de la Nación colombiana comporta —artículos 1º, 7º, 8º, 68 , 70 y 246 C.P.”.³⁴

Igualmente, la exploración y explotación de los recursos naturales en los territorios de los nativos, hace necesario armonizar dos intereses: la necesidad de planificar el manejo y aprovechamiento de los recursos naturales, para garantizar su desarrollo sostenible, su conservación, restauración o sustitución (art. 80 Const.), resultando palmario que lo insustituible no se puede tocar; y la de asegurar la protección de la integridad étnica, cultural, social y económica de las comunidades indígenas y afrodescendientes que ocupan dichos territorios, con elementos básicos que constituyen su cohesión y que son el sustrato indispensable para su mantenimiento.

Así ha de buscarse una justa medida, para equilibrar el desarrollo económico que necesita el país, que requiere avanzar en la exploración y explotación de los recursos nacionales, mineros en este caso, pero que debe detenerse ante la preservación ambiental, que es la vida de las futuras generaciones, y coordinarse con el inalienable respeto a los valores históricos, culturales y sociales de los grupos étnicos y de la población en general.

También es imperioso el acatamiento de las normas internas, máxime las contenidas en la propia Constitución, como el párrafo de su artículo 330:

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

Igualmente, frente a los estudios que se deben realizar antes de la consulta previa, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso Saramaka, indicó que “el Estado debe garantizar que no se emitirá ninguna concesión dentro del territorio... a menos y hasta que entidades técnicamente capaces, bajo la supervisión del Estado, realicen un estudio previo de impacto social y ambiental. Mediante estas salvaguardas se intenta preservar, proteger y garantizar la relación especial que los miembros del pueblo Saramaka tienen con su territorio, la cual a su vez, garantiza su subsistencia como pueblo tribal”

Adicionalmente, la Corte Interamericana, anotó que “cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio Saramaka, el Estado tiene la obligación, no sólo de consultar a los Saramakas, sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de éstos, según sus costumbres y tradiciones”.

En el asunto objeto de estudio, se encuentra demostrado que existe una estrecha relación entre el territorio y la supervivencia cultural y económica de las comunidades allá asentadas; la vulneración del derecho a la consulta sobre proyectos de exploración y explotación de recursos naturales, también conlleva la violación otros derechos de los pueblos afectados, tales como la autonomía e integridad cultural y social, y la propiedad sobre sus territorios ancestrales.

Adicionalmente, estos territorios han sido puestos en riesgo porque el proyecto Mandé Norte, que tiene una duración prevista en 30 años prorrogables otros 30, generará daños ambientales debido a la afectación de cabeceras de los ríos, la contaminación del aire con gases ácidos, la producción de residuos sólidos y la deforestación, entre otros, que repercuten en el delicado equilibrio ecológico de una de las zonas más biodiversas del mundo, en los cultivos de pancoger, en los animales, en la salud y en general, en la base de la economía de las diferentes comunidades autóctonas (fs. 718 y 719 cd. inicial).

El Ministerio de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial refirió que frente a los estudios e investigaciones que debe realizar sobre el impacto ambiental, se efectuó una “evaluación interdimensional de los posibles daños ambientales... en los territorios colectivos de los Consejos Comunitarios de las comunidades negras de

Jiguamiandó y Curvaradó”³⁵, el cual se encuentra “en fase de revisión y ajustes”; sin embargo, se observa que dichos estudios no se efectuaron sobre todos los territorios afectados, y que lo realizado aún requiere revisión y ajuste, razón por la cual la ejecución del proyecto minero debe postergarse y aún cancelarse, si eso es lo que se deriva de las evaluaciones ambientales serias y objetivas que tiene que realizar, en protección de la naturaleza.

Frente al consentimiento libre, informado y previo de las comunidades, según sus costumbres y tradiciones, en el caso bajo estudio se observa que el acta de protocolización verificada con algunas colectividades se ha asimilado a un simple trámite administrativo, en el cual la comunidad no ha tenido oportunidad de pronunciarse a fondo frente al proyecto que explorará y explotará minerales en su territorio ancestral. Así, se han venido desconociendo subreglas constitucionales, que son de obligatoria observancia en estos casos e involucran en la consulta previa los principios de buena fe y de consentimiento libre e informado, que deben gobernar el proceso.

De otra parte, deben ser analizadas objetivamente, y así se ordenará en principio al Ministro de Defensa Nacional, las razones por las cuales las comunidades aborígenes de la región, no perciben el ingreso de la Fuerza Pública en sus territorios como garantía de seguridad. La Corte Constitucional ha sido clara en señalar que, independientemente de que el impacto directo sobre las comunidades se considere positivo o negativo, cualquier acción que pueda afectarles directamente, debe ser consultada³⁶

Como resultado de todo lo expuesto, la Sala de Revisión revocará el fallo proferido por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, que confirmó el adoptado por el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil, negando la tutela impetrada, la cual, en su lugar, se concederá para amparar los derechos fundamentales principalmente de las comunidades afectadas e invocados por los actores.

En consecuencia, ordenará al Ministro del Interior y de Justicia que se rehagan los trámites que precedieron al acta de formalización de consulta previa, haciéndola extensiva a todas las colectividades que resultaren afectadas por el proyecto Mandé

Norte, teniendo en cuenta que dichas comunidades deberán ser plenamente informadas, desde la preconsulta hasta la finalización del acuerdo. Entre tanto, se deberá suspender la exploración y explotación que se esté adelantando.

Igualmente, se ordenará al Ministro de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, que antes de que se rehaga y extienda la consulta previa con todas las comunidades interesadas en el desarrollo del proyecto de exploración y explotación minera Mandé Norte, culmine los estudios científicos integrales y de fondo sobre el impacto ambiental que tal desarrollo pueda producir, difundiendo ampliamente los resultados entre las comunidades indígenas y afrodescendientes que puedan ser afectadas y evitando que se emitan licencias ambientales para la ejecución de proyectos de exploración y explotación que afecten la biodiversidad.

Además, se ordenará de manera específica a INGEOMINAS, por conducto de su representante legal o quien haga sus veces, que se abstenga de otorgar o suspenda, según el caso, las licencias de exploración y explotación minera en el proyecto Mandé Norte, hasta que no finalicen a cabalidad los estudios sobre el impacto ambiental y se realice la consulta previa de manera adecuada, por las razones y en los términos de esta sentencia.

Finalmente, se ordenará a la Defensoría del Pueblo apoyar, acompañar y vigilar el pleno cumplimiento del presente fallo, con el fin de garantizar de manera efectiva los derechos aquí protegidos.

III.- DECISIÓN.

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

RESUELVE

Primero: REVOCAR la sentencia proferida por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en mayo 27 de 2009, que confirmó la adoptada por el Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil en mayo 23 del mismo año, negando la tutela formulada por los señores Álvaro Bailarín, Benerito Domico (quien desistió), Hugo Rentería Durán, Germán

Pernía, Argemiro Bailarín Bailarín, José Miguel Majore Bailarín, Zaginimbi Bailarín, Macario Cuñapa Bailarín, Andrés Domico y Javier Bailarín Carupia, contra los Ministerios del Interior y de Justicia; de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial; de Defensa; de Minas y Energía; y de Protección Social.

Segundo: En su lugar, se resuelve CONCEDER la protección de los derechos al debido proceso; a la consulta previa con las comunidades autóctonas y a la existencia, autonomía, integridad e identidad cultural y social de tales comunidades, al igual que a las riquezas naturales de la Nación.

Tercero: En consecuencia, ORDENAR a todas las autoridades accionadas, que en el ámbito de sus respectivas funciones y de inmediato, hagan SUSPENDER las actividades de exploración y explotación que se estén adelantando o se vayan a adelantar, en desarrollo del contrato de concesión denominado Mandé Norte, para la exploración y explotación de cobre, oro, molibdeno y otros minerales, en los departamentos de Antioquia y Chocó.

Cuarto: ORDENAR al Ministro del Interior y de Justicia que rehaga los trámites que precedieron al acta de formalización de consulta previa, que debe realizar en debida forma y extender a todas las comunidades que puedan resultar afectadas en el desarrollo del proyecto de exploración y explotación minera denominado Mandé Norte.

Quinto: ORDENAR al Ministro de Ambiente, Vivienda y Desarrollo Territorial, que antes de que se rehaga y extienda la consulta previa con todas las comunidades interesadas en el desarrollo del proyecto de exploración y explotación minera Mandé Norte, culmine los estudios científicos integrales y de fondo sobre el impacto ambiental que tal desarrollo pueda producir, difundiendo ampliamente los resultados entre las comunidades indígenas y afrodescendientes que puedan ser afectadas y evitando que se emitan licencias ambientales para la ejecución de proyectos de exploración y explotación que afecten la biodiversidad y el medio ambiente.

Sexto: ORDENAR al Ministro de Defensa Nacional que analice objetivamente y subsane las razones por las cuales las comunidades indígenas y afrodescendientes que ancestralmente habitan en la región irrigada por los ríos Jiguamiandó, Uradá y Murindó, no perciben el ingreso de la Fuerza Pública en sus territorios como garantía de

seguridad.

Séptimo: ORDENAR a INGEOMINAS, por conducto de su representante legal o quien haga sus veces, que se abstenga de otorgar o suspenda, según el caso, las licencias de exploración y explotación minera en el proyecto Mandé Norte, hasta que no finalicen a cabalidad los estudios sobre el impacto ambiental y se realice la consulta previa de manera adecuada.

Octavo: ORDENAR a la Defensoría del Pueblo apoyar, acompañar y vigilar el pleno cumplimiento del presente fallo, con el fin de garantizar de manera efectiva los derechos aquí protegidos. Ofíciense por la Secretaría General de esta corporación a la Defensoría para que coordine y cree la comisión pertinente para tal fin.

Noveno: Por Secretaría General, LÍBRESE la comunicación a que se refiere el artículo 36 del Decreto 2591 de 1991.

Notifíquese, comuníquese, publíquese e insértese en la Gaceta de la Corte Constitucional. Cúmplase.

NILSON PINILLA PINILLA

Magistrado

HUMBERTO ANTONIO SIERRA PORTO

Magistrado

JORGE IVÁN PALACIO PALACIO

Magistrado

MARTHA VICTORIA SÁCHICA DE MONCALEANO

Secretaria General

2 Ley 21 de 1991, aprobatoria del Convenio 169 sobre pueblos indígenas y tribales en países independientes, aprobado por la 76a. reunión de la Conferencia General de la OIT, Ginebra, 1989.

3 SU-039 de febrero 3 de 1997, M. P. Antonio Barrera Carbonell.

4 T-380 de septiembre 13 de 1993, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

5 Cfr. al respecto C-169 de febrero 14 de 2001, M. P. Carlos Gaviria Díaz; SU-383 de mayo 13 de 2003, M. P. Álvaro Tafur Galvis; C-620 de julio 29 de 2003, M. P. Marco Gerardo Monroy Cabra y C-208 de marzo 21 de 2007, M. P. Rodrigo Escobar Gil; entre otras.

6 SU-383 de 2003, antes referida.

7 “Preámbulo del Convenio 169 de la OIT”

8 Convenio 169, artículo 7.

9 C-030 de 2008, ya citada.

10 C-461 de mayo 14 de 2008, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

11 C-208 de 2007, antes señalada.

12 “Sentencia T-652 de 1998 que pone de presente la unificación jurisprudencial que en cuanto al tema del bloque de constitucionalidad que integra el convenio 169 de la OIT con el artículo 40 -2 de la Constitución, de conformidad con los artículos 93 y 94 de la Constitución, formuló la Sentencia SU 039 de 1997. En esta sentencia se puntualiza: // ‘Diferentes normas del mencionado convenio apuntan a asegurar la participación de las comunidades indígenas en las decisiones que las afectan relativas a la explotación de los recursos naturales en sus territorios’, así: // ‘Artículo 5o. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio: // a) Deberán reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosas y espirituales propios de dichos pueblos y deberá tomarse debidamente en consideración la índole de los problemas que se les plantean tanto colectiva como individualmente; // b) Deberá

respetarse la integridad de los valores, prácticas e instituciones de esos pueblos; // c) Deberán adoptarse, con la participación y cooperación de los pueblos interesados, medidas encaminadas a allanar las dificultades que experimenten dichos pueblos al afrontar nuevas condiciones de vida y de trabajo' // Artículo 6o. 1.- Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán: // a) Consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente; // b) Establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados pueden participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles, en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan. // c) Establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin // 2.- Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas'.//

'Artículo 7: Los pueblos interesados deberán tener el derecho de decidir sus propias prioridades en lo que atañe al proceso de desarrollo, en la medida en que éste afecte a sus vidas, creencias, instituciones y bienestar espiritual y a las tierras que ocupan o utilizan de alguna manera, y de controlar, en la medida de lo posible, su propio desarrollo económico, social y cultural. Además, dichos pueblos deberán participar en la formulación, aplicación y evaluación de los planes y programas de desarrollo nacional y regional susceptibles de afectarles directamente'. // ' Artículo 15. 1. Los derechos de los pueblos interesados en los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos // 2. En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tengan derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos

interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades'.// 'Con fundamento en los arts. 40-2, 330 parágrafo de la Constitución y las normas del Convenio 169 antes citadas, estima la Corte que la institución de la consulta a las comunidades indígenas que pueden resultar afectadas con motivo de la explotación de los recursos naturales, comporta la adopción de relaciones de comunicación y entendimiento, signadas por el mutuo respeto y la buena fe entre aquéllas y las autoridades públicas, tendientes a buscar: // a) Que la comunidad tenga un conocimiento pleno sobre los proyectos destinados a explorar o explotar los recursos naturales en los territorios que ocupan o les pertenecen, los mecanismos, procedimientos y actividades requeridos para ponerlos en ejecución. // b) Que igualmente la comunidad sea enterada e ilustrada sobre la manera como la ejecución de los referidos proyectos puede conllevar una afectación o menoscabo a los elementos que constituyen la base de su cohesión social, cultural, económica y política y, por ende, el sustrato para su subsistencia como grupo humano con características singulares. // c) Que se le de la oportunidad para que libremente y sin interferencias extrañas pueda, mediante la convocación de sus integrantes o representantes, valorar conscientemente las ventajas y desventajas del proyecto sobre la comunidad y sus miembros, ser oída en relación con las inquietudes y pretensiones que presente, en lo que concierna a la defensa de sus intereses y, pronunciarse sobre la viabilidad del mismo. Se busca con lo anterior, que la comunidad tenga una participación activa y efectiva en la toma de la decisión que deba adoptar la autoridad, la cual en la medida de lo posible debe ser acordada o concertada'. // 'Cuando no sea posible el acuerdo o la concertación, la decisión de la autoridad debe estar desprovista de arbitrariedad y de autoritarismo; en consecuencia debe ser objetiva, razonable y proporcionada a la finalidad constitucional que le exige al Estado la protección de la identidad social, cultural y económica de la comunidad indígena.' // 'En todo caso deben arbitrarse los mecanismos necesarios para mitigar, corregir o restaurar los efectos que las medidas de la autoridad produzcan o puedan generar en detrimento de la comunidad o de sus miembros.'"

13 Sentencias T-188 de mayo 12 de 1993, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz; T-342 de julio 27 de 1994 y SU-039 de febrero 3 de 1997, M. P. Antonio Barrera Carbonell.

14 “En la Sentencia SU-383 de 2003 la Corte puso de presente que ‘por haber expedido el Decreto 1320 de 1998 sin recurrir a la consulta previa y debido a que la consulta que la norma diseña no se ajusta a los dictados del Convenio 169, las reclamaciones presentadas por la Asociación Médica Sindical Colombiana y por la Central Unitaria de Trabajadores ante la Oficina Internacional del Trabajo fueron admitidas por el Consejo de Administración por recomendación de la Mesa -276ª y 277ª reuniones- y culminaron con la aprobación, por parte del Consejo de Administración, de las recomendaciones de la Comisión de Expertos, las que coinciden en la necesidad de solicitar al Gobierno Nacional la modificación del Decreto 1320 de 1998.’”

15 La Corte Interamericana de Derechos Humanos, mediante sentencia de noviembre 28 de 2007, al resolver el caso del Pueblo Saramaka vs. Surinam, manifestó que “al garantizar la participación efectiva de los integrantes del pueblo Saramaka en los planes de desarrollo o inversión dentro de su territorio, el Estado tiene el deber de consultar, activamente, con dicha comunidad, según sus costumbres y tradiciones (supra párr. 129). Este deber requiere que el Estado acepte y brinde información, e implica una comunicación constante entre las partes. Las consultas deben realizarse de buena fe, a través de procedimientos culturalmente adecuados y deben tener como fin llegar a un acuerdo. Asimismo, se debe consultar con el pueblo Saramaka, de conformidad con sus propias tradiciones, en las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad, si éste fuera el caso. El aviso temprano proporciona un tiempo para la discusión interna dentro de las comunidades y para brindar una adecuada respuesta al Estado. El Estado, asimismo, debe asegurarse que los miembros del pueblo Saramaka tengan conocimiento de los posibles riesgos, incluido los riesgos ambientales y de salubridad, a fin de que acepten el plan de desarrollo o inversión propuesto con conocimiento y de forma voluntaria. Por último, la consulta debería tener en cuenta los métodos tradicionales del pueblo Saramaka para la toma de decisiones.”

16 Es importante aclarar que frente a la decisión de la Corte Interamericana, esta corporación en sentencia C-616 de junio 13 de 2001, M. P. Rodrigo Escobar Gil, señaló: “El legislador y la administración deben respetar los mandatos constitucionales y los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia que hacen parte del bloque de constitucionalidad, en virtud del artículo 93 de la Constitución, uno de los

cuales es la Convención Americana sobre Derechos Humanos, para lo cual deben tener en cuenta las interpretaciones que los órganos autorizados han hecho sobre el alcance de los derechos que reconocen estas normas, en este caso la Corte Interamericana sobre Derechos Humanos.”

17 C-461de 2008, ya referida.

18 La Corte Interamericana sostuvo en el antes citado caso de Saramaka “que la subsistencia cultural y económica de los pueblos indígenas y tribales, y por lo tanto de sus integrantes, depende del acceso y el uso a los recursos naturales de su territorio ‘que están relacionados con su cultura y que se encuentran allí’ y que el artículo 21 protege el derecho a dichos recursos naturales (supra párrs. 85-96). Sin embargo, el alcance de dicho derecho requiere de una mayor elaboración, especialmente en cuanto a la relación intrínseca entre la tierra y los recursos naturales que allí se encuentran, así como entre el territorio (entendido como comprendiendo tanto la tierra como los recursos naturales) y la supervivencia económica, social y cultural de los pueblos indígenas y tribales, y por ende de sus miembros.”

19 T-880 de 2009, antes indicada.

20 Igualmente, en la misma sentencia de la Corte Interamericana se indicó: “De allí la necesidad de proteger las tierras y los recursos que han usado tradicionalmente: para prevenir su extinción como pueblo. Es decir, el objetivo y el fin de las medidas requeridas en nombre de los miembros de los pueblos indígenas y tribales es garantizar que podrán continuar viviendo su modo de vida tradicional y que su identidad cultural, estructura social, sistema económico, costumbres, creencias y tradiciones distintivas serán respetadas, garantizadas y protegidas por los Estados.

... ..

Debido a la conexión intrínseca que los integrantes de los pueblos indígenas y tribales tienen con su territorio, es necesaria la protección del derecho a la propiedad sobre éste, de conformidad con el artículo 21 de la Convención, para garantizar su supervivencia. De este modo, el derecho a usar y gozar del territorio carecería de sentido en el contexto de los miembros de los pueblos indígenas y tribales si dicho

derecho no estuviera conectado con los recursos naturales que se encuentran dentro del territorio. Por ello, el reclamo por la titularidad de las tierras de los integrantes de los pueblos indígenas y tribales deriva de la necesidad de garantizar la seguridad y la permanencia del control y uso de los recursos naturales por su parte, lo que a su vez, mantiene ese estilo de vida. Esta conexión entre el territorio y los recursos naturales necesarios para su supervivencia física y cultural, es exactamente lo que se precisa proteger conforme al artículo 21 de la Convención a fin de garantizar a los miembros de los pueblos indígenas y tribales el uso y goce de su propiedad. De este análisis, se entiende que los recursos naturales que se encuentran en los territorios de los pueblos indígenas y tribales que están protegidos en los términos del artículo 21 son aquellos recursos naturales que han usado tradicionalmente y que son necesarios para la propia supervivencia, desarrollo y continuidad del estilo de vida de dicho pueblo.”

21 En la antes referida sentencia sobre el caso Saramaka se señaló: “El agua limpia natural, por ejemplo, es un recurso natural esencial para que los miembros del pueblo Saramaka puedan realizar algunas de sus actividades económicas de subsistencia, como la pesca. La Corte observa que este recurso natural se verá probablemente afectado por actividades de extracción relacionadas con otros recursos naturales que no son tradicionalmente utilizados o esenciales para la subsistencia del pueblo Saramaka y, por lo tanto, de sus miembros (infra párr. 152). De modo similar, los bosques dentro del territorio Saramaka proporcionan hogar para los distintos animales que cazan para sobrevivir, y es allí donde recogen frutas y otros recursos esenciales para vivir (supra párrs. 82-83 e infra párrs. 144-146). En este sentido, las actividades de las compañías madereras en el bosque también podrían afectar dichos recursos de subsistencia. Es decir, la extracción de un recurso natural es muy probable que afecte el uso y el goce de otros recursos naturales necesarios para la supervivencia de los Saramakas.”

22 SU-039 de febrero 3 de 1997, anteriormente citada.

23 La OIT en el Convenio 169, artículo 15, numeral 2, declaró que “en caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida,

antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades.” Igualmente, el Banco Mundial ha implementado requisitos similares: “Política Operacional Revisada y Procedimientos del Banco en relación con Pueblos Indígenas (OP/BP 4.10).” Otros documentos se ocupan de manera más amplia sobre el derecho de una minoría de participar en las decisiones que le afectan directa o indirectamente; así, en la ONU, Comité de Derechos Humanos: “Comentario General N° 23: Los derechos de las minorías (Art. 27), supra nota 93, párr. 7 (indicando que el goce de los derechos culturales conforme al artículo 27 del PIDCP ‘puede requerir la adopción de medidas positivas legales de protección y medidas que garanticen la participación efectiva de los miembros de comunidades minoritarias en las decisiones que les afectan’; Comité de Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación Racial, Recomendación General N° 23, Derechos de los Pueblos Indígenas, supra nota 76, párr. 4(d) haciendo un llamado a los Estados a ‘garantizar que los miembros de los pueblos indígenas tengan el mismo derecho con respecto a la participación efectiva en la vida pública y que no se tome ninguna decisión que guarde una relación directa con sus derechos o intereses sin su consentimiento informado’.”

24 Igualmente, se precisó en el precedente Saramaka que: “En este caso en particular, las restricciones en cuestión corresponden a la emisión de las concesiones madereras y mineras para la exploración y extracción de ciertos recursos naturales que se encuentran dentro del territorio Saramaka. Por ello, de conformidad con el artículo 1.1 de la Convención, a fin de garantizar que las restricciones impuestas a los Saramakas respecto del derecho a la propiedad por la emisión de concesiones dentro de su territorio no impliquen una denegación de su subsistencia como pueblo tribal, el Estado debe cumplir con las siguientes tres garantías: primero, el Estado debe asegurar la participación efectiva de los miembros del pueblo Saramaka, de conformidad con sus costumbres y tradiciones, en relación con todo plan de desarrollo, inversión, exploración o extracción (en adelante ‘plan de desarrollo o inversión’)²⁴ que se lleve a cabo dentro del territorio Saramaka. Segundo, el Estado debe garantizar que los miembros del pueblo Saramaka se beneficien razonablemente del plan que se lleve a cabo dentro de

su territorio. Tercero, el Estado debe garantizar que no se emitirá ninguna concesión dentro del territorio Saramaka a menos y hasta que entidades independientes y técnicamente capaces, bajo la supervisión del Estado, realicen un estudio previo de impacto social y ambiental. Mediante estas salvaguardas se intenta preservar, proteger y garantizar la relación especial que los miembros del pueblo Saramaka tienen con su territorio, la cual a su vez, garantiza su subsistencia como pueblo tribal.” (No está en negrilla en el texto original.)

25 “ONU, Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamentales de los pueblos indígenas, supra nota 97, p. 2.”

27 El CEDR ha anotado que “en cuanto a la explotación de los recursos que yacen en el subsuelo en tierras tradicionales de comunidades indígenas, el Comité observa que la mera consulta con estas comunidades no es suficiente para cumplir con los requisitos establecidos por el Comité en su recomendación general XXIII sobre los derechos de los pueblos indígenas. El Comité, por lo tanto, recomienda que se obtenga el consentimiento previo e informado de dichas comunidades” (no está en negrilla en el texto original). Cfr. Comité de Naciones Unidas para la Eliminación de la Discriminación Racial, “Consideraciones de los Informes presentados por los Estados Partes conforme al artículo 9 de la Convención. Observaciones Finales respecto del Ecuador (sesión sesenta y dos, 2003), ONU Doc. CERD/C/62/CO/2, 2 de junio de 2003, párr. 16.”

28 Convenio 169 de la OIT, artículo 6°; sentencia T-737 de 2005, antes señalada.

29 C-461 de 2008, ya indicada.

30 C- 825 de 2001, antes referida.

31 En la sentencia C-461de 2008, ya referida, se puntualizó:“El Gobierno tiene el deber de promover la consulta cuando se trate de proyectos que sean de su iniciativa, el cual debe desarrollarse en una ‘Mesa Permanente de Concertación’ con cada uno de los Pueblos y Organizaciones indígenas y afrodescendientes que se encuentren afectados.”

32 C-461de 2008, precitada.

33 En la precitada sentencia C-030 de 2008, se lee: “La Corte ha sostenido que el

derecho constitucional a la consulta previa debe ser interpretado de manera armónica con las provisiones del Convenio 169 de la OIT (Ley 21 de 1991), el cual hace parte del bloque de constitucionalidad.”

34 T-880 de febrero 13 de 2009, M. P. Clara Elena Reales Gutiérrez.

35 La Ley 193 de 1999, artículo 1º numeral 6º, desarrolla así el principio de precaución: “La formulación de las políticas ambientales tendrán en cuenta el resultado del proceso de investigación científica. No obstante, las autoridades ambientales y los particulares darán aplicación al principio de precaución conforme al cual, cuando exista peligro de daño grave e irreversible, la falta de certeza científica absoluta no deberá utilizarse como razón para postergar la adopción de medidas eficaces para impedir la degradación del medio ambiente.”

36 Cfr. C-030 de 2008; C-461 de 2008 y C-175 de 2009, anteriormente referidas.